

COMENTARIO:

TERRITORIALIDAD, PRESCRIPCIÓN E INMUNIDAD  
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS\*

*Carlos Frontaura Rivera*

Profesor de la Facultad de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCION

1. A propósito de la detención en Inglaterra del ex Presidente y Senador de la República, don Augusto Pinochet Ugarte, han surgido en el ámbito jurídico nacional e internacional un conjunto de interrogantes que han provocado acaloradas discusiones e intercambios de opinión. ¿Puede España arrogarse jurisdicción para juzgar delitos cometidos en Chile? ¿Existe jurisdicción universal en materia de delitos contra la humanidad? ¿Puede Inglaterra detener y extraditar a

\* *Nota:* Este trabajo no habría podido llevarse a cabo sin la inestimable ayuda y cooperación de la alumna de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile y ayudante de la Cátedra de Derecho Constitucional, Srta. Catalina Montt Müller.

producen dentro de sus límites geográficos. Si una persona, de la que se presume ha cometido un crimen en España, se encuentra en el Reino Unido, España puede solicitar al Reino Unido que extradite a tal persona. El poder de extraditar desde el Reino Unido por un "crimen de extradición" se encuentra actualmente contenida en la Ley de Extradición de 1989. Dicha Ley define lo que constituye un "crimen de extradición". Para los fines del caso que nos ocupa, el requisito más importante es que la conducta denunciada debe constituir un crimen bajo las leyes tanto de España como del Reino Unido. Esto es conocido como regla de doble criminalidad.

Desde las atrocidades nazis y los juicios de Nuremberg, el derecho internacional ha reconocido una cantidad de ofensas como crímenes internacionales. Los estados individuales han tomado la jurisdicción para intentar juzgar algunos crímenes internacionales incluso en casos en que dichos crímenes no fueron cometidos dentro de las fronteras geográficas de tales naciones. El más importante de estos crímenes

internacionales para los fines de este caso es la tortura, la cual es regulada por la Convención Internacional Contra la Tortura y otros Tratamientos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Las obligaciones contraídas por el Reino Unido bajo tal Convención (así como por otros 110 o más países signatarios que la adoptaron) fueron incorporadas en la ley del Reino Unido, sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988. Dicha ley entró en vigencia el 29 de septiembre de 1968. La Sección 134 creó un nuevo crimen bajo la ley en el Reino Unido: el de la tortura. Tal como lo estipula la Convención en Torno a la Tortura, "toda" tortura, independientemente del lugar en que se cometa, es un acto criminal ante la ley del Reino Unido y sujeto de ser juzgado en el Reino Unido por ello. Nadie ha sugerido que antes que la Sección 134 tuviera validez, las torturas cometidas fuera del Reino Unido eran un crimen bajo la ley del Reino Unido. Tampoco se ha sugerido que la sección 134 fuera retroactiva, de modo tal que las torturas cometidas fuera del Reino

---

España al ex Presidente, sólo en virtud de un simple requerimiento? ¿Goza el Senador Pinochet de inmunidad? ¿Prescriben o no los llamados delitos de lesa humanidad?

Que la respuesta a todas estas interrogantes no es simple, sino, por el contrario, excesivamente compleja, se desprende no sólo del hecho de que existan diversas opiniones jurídicas en el ámbito de los abogados y ius publicistas, sino también de que sobre estas materias han existido ya tres fallos distintos por parte de los más altos tribunales ingleses. En efecto, tanto el fallo de la Alta Corte como los dos que ha pronunciado la Cámara de los Lores, han resuelto de manera absolutamente diferente estas preguntas.

2. Pero además de la dificultad jurídica anotada anteriormente, no debe desconocerse que este caso envuelve una cuestión política muy fuerte. Al respecto reconocía Lord Browne-Wilkinson en el fallo del 24 de marzo, que en el fondo de este proceso lo que existe "...es que para aquellos que tienen convicciones políticas de izquierda el Senador Pinochet es un archidemonio; para los de la derecha es visto como el salvador de Chile...". Es cierto que el mismo juez señalaba que había que abstraerse de este hecho. Sin embargo, su solo reconocimiento —además de ennoblecer a quien lo hace— es un hecho de la causa que es necesario tomar en consideración al analizar el problema en su conjunto, aunque para los fines de este trabajo ello no corresponda hacerlo y, de hecho, no se hace.

3. Con el objeto de aproximar algunas respuestas sobre las interrogantes jurídicas más importantes que han surgido e intentar hacer un aporte a la discusión jurídica, cabe realizar un breve análisis de los más importantes tratados,

Unido antes del 29 de septiembre de 1988 constituyeran un crimen en el Reino Unido. Puesto que las torturas fuera del Reino Unido no constituían crimen bajo la ley del R.U. hasta el 29 de septiembre de 1988, el principio de doble criminalidad que requiere como Ley sea un crimen bajo las leyes española e inglesa no puede quedar satisfecho en relación con lo hecho antes de tal fecha si el principio de doble criminalidad exige que el acto sea criminal bajo la ley del Reino Unido al momento en que se cometió. Si, por otra parte, la regla de doble criminalidad sólo requiere que el acto sea criminal bajo la ley del R.U. al momento de la extradición, la regla queda satisfecha en relación a que todas las presuntas torturas atribuidas al Senador Pinochet independientemente de dónde tuvieron lugar antes o después de 1988. Las cortes españolas han sostenido que tienen la jurisdicción sobre todos los crímenes imputados.

En tales circunstancias, la primera interrogante a responder es si la definición de "crimen de extradición" bajo la Ley de

1989 exige que el acto sea criminal bajo la ley del R.U. al momento de emprenderla o solamente al momento de la extradición.

Esta pregunta, a pesar de que surgió, no fue contemplada en la Corte. Durante la primera audiencia efectuada en esta Cámara aparentemente se consideró que todos los cargos atribuidos al Senador Pinochet eran crímenes de extradición. Fue apenas durante la audiencia antes sus señorías en que se hizo más notable la importancia de dicho punto. Tal como se verá, a mi juicio sólo un número limitado de los cargos en que se sustentaba el proceso era para extraditar al Senador Pinochet, constitufan crímenes de extradición ya que la mayoría se basaban en hechos ocurridos mucho antes de 1988. En particular, no considero que las torturas cometidas fuera del Reino Unido antes del 29 de septiembre de 1988 fueran crímenes bajo la ley del R.U. Parece que la principal pregunta analizada en etapas anteriores de este caso —cuenta un ex jefe de estado con inmunidad soberana para no ser arrestado o procesado en el R.U. por

---

convenciones, resoluciones e informes sobre el tema de los derechos humanos, así como algunos comentarios y observaciones a parte de los contenidos más relevantes del fallo de los Lores del 24 de marzo pasado, que parece constituir ya a estas alturas del caso, una pieza fundamental de referencia obligatoria para quienes se interesan en el desarrollo jurídico del derecho internacional y de los derechos humanos.

4. El objetivo de este trabajo es referirse a cada una de las situaciones y figuras delictivas, en la medida que ello sea posible y necesario, que han sido incluidas tanto en el proceso judicial que se sigue en España, como en el debate público. Sin embargo, ello no constituye bajo ningún punto de vista el reconocimiento o la aseveración de veracidad o falsedad de cada uno de los hechos señalados, materia que no forma parte del sentido ni alcance de lo que se ha pretendido hacer.

## II. TEMAS QUE HAN ESTADO EN JUEGO

### 1. *Los agentes diplomáticos gozan siempre de inmunidad*

Se sostuvo reiteradamente al comienzo de este caso, que las personas que han cometido delitos de lesa humanidad no gozan de la inmunidad reconocida para los agentes diplomáticos. Sin embargo, esta afirmación parece un tanto débil a la luz de las razones que motivan esta inmunidad y de acuerdo con lo que establecen los tratados internacionales.

actos de tortura— se aplica a menores cargos. Pero la pregunta de inmunidad de estado continua siendo un punto crucial ya que, a mi juicio, existen ciertos actos del Senador Pinochet (aunque una pequeña cantidad) que no constituyen un crimen de extradición y permitirían al Ministro del Interior (si él así lo estimara conveniente) extraditar al Senador Pinochet a España, salvo que se le otorgue inmunidad de estado. De igual manera, ya identificado cuáles de los supuestos crímenes son crimen de extradición, pasaré a considerar si el Senador Pinochet goza de inmunidad respecto de dichos crímenes. Pero antes quisiera hacer un breve recuento de los hechos relevantes.

#### LOS HECHOS

El 11 de septiembre de 1973 un golpe de estado derechista derrocó el régimen de izquierda del Presidente Allende. El golpe fue encabezado por una junta militar de la que el Senador (entonces General) Pino-

chet era el líder. En algún momento se convirtió en jefe de Estado. El régimen Pinochet se mantuvo en el poder hasta el 11 de marzo de 1990 cuando el Senador Pinochet renunció.

No existen disputas reales de que durante el período del régimen del Senador Pinochet se cometieron en Chile grandes actos de barbarie y en otras partes del mundo: torturas, asesinatos y la desaparición no explicada de personas, todo esto a gran escala. A pesar de que no se alega que el Senador Pinochet cometió en persona ninguno de tales actos, se alega que fueron hechos de acuerdo con una conspiración de la cual él formaba parte, a instigación suya y con su conocimiento. El niega tales acusaciones. Ninguno de los supuestos actos fue cometido por o contra ciudadano del Reino Unido ni en el Reino Unido.

En 1998 el Senador Pinochet llegó al Reino Unido a recibir tratamiento médico. Las autoridades judiciales en España intentaron extraditarlo para que compareciera a juicio a enfrentar una gran cantidad

---

En efecto, tanto la doctrina como la práctica sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros y de sus organismos se ha inspirado, separada y, en ocasiones, simultáneamente en los principios de igualdad, de independencia y de dignidad de los Estados. "...el Derecho internacional clásico atribuye ciertas consecuencias jurídicas a la dignidad de los Estados como inherentes a su personalidad internacional. Estas son, por ejemplo, el derecho a exigir que los jefes de Estado no sean difamados o calumniados; que se les reconozca, como a sus representantes diplomáticos, extraterritorialidad e inviolabilidad cuando se encuentren en el extranjero..."<sup>1</sup>

Por otra parte, esta inmunidad o extraterritorialidad, que beneficia a los agentes diplomáticos, proviene del derecho internacional consuetudinario, sin embargo, ella ha sido recogida en la Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961.

En efecto, el artículo 29 establece en forma absoluta, amplia y total la inviolabilidad del agente diplomático, sin que pueda ser arrestado o detenido. Expresamente señala: "La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad."

<sup>1</sup> OPPENHEIM, "Tratado de Derecho Internacional Público", Tomo I, Vol I. Casa Editorial Bosch, Barcelona. 1961. Primera Edición española, pág. 302.

de cargos. Algunos de dichos cargos tienen relación con España, pero no así la mayoría.

Los antecedentes del caso es que para aquellos que tienen convicciones políticas de izquierda el Senador Pinochet es un archidemonio; para los de la derecha es visto como el salvador de Chile.

Bien se podría pensar que el juicio al Senador Pinochet en España por ofensas, todas ellas relacionadas con el estado de Chile y la mayor de ellas con ocurrencia en Chile, no tendrá un buen juicio. Pero no puedo dejar de hacer hincapié que ello no es de interés de sus señorías. A pesar de que otros perciben nuestra tarea como simplemente optar entre los dos lados de la referencia personal o inclinación política, todo ello es un gran error. Nuestro trabajo es decidir dos cuestiones de ley: ¿existe algún crimen de extradición?, y si así fuera, ¿cuenta el Senador Pinochet con inmunidad de comparecencia por haber cometido dichos crímenes? Si, como asunto de ley, no existen crímenes de extradición o cuenta con inmunidad en rela-

ción con cualquier crimen que exista, no hay entonces derecho legal para extraditar al Senador Pinochet a España o, ciertamente, entorpecer o demorar su regreso a Chile. Si, por otra parte, existen crímenes de extradición en relación a los cuales el Senador Pinochet no cuenta con inmunidad de estado, entonces estará a disposición del Ministro de Interior el extraditarlo. La tarea de la Cámara es solamente decidir estos puntos de la ley.

El 16 de octubre de 1998 se emitió una orden internacional en España para el arresto del Senador Pinochet. Ese mismo día un magistrado en Londres emitió una orden provisional ("la primera orden") bajo la Sección 3 de la Ley de Extradición de 1989. El Senador Pinochet fue arrestado en un hospital londinense el 17 de octubre de 1998. El 18 de de octubre las autoridades españolas emitieron una segunda orden internacional. Otra orden provisional ("la segunda orden") fue emitida por el magistrado en la Corte de Magistrados de Bow Street, el 22 de octubre de 1998, acusando al Senador Pinochet de:

Por su parte, se agrega en el artículo 31 párrafo 1 que "... *el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor...*", agregando en su párrafo 2 que no será obligado a testificar.

En buenas cuentas la inmunidad e inviolabilidad de los agentes diplomáticos deriva de la costumbre internacional, recogida actualmente en un tratado internacional. Su fundamento está en la soberanía, en la igualdad y en la dignidad de los Estados. Que un Estado receptor pudiese detener, arrestar o procesar a un agente diplomático pondría en peligro uno de los elementos fundamentales sobre los cuales se encuentra construido el derecho internacional. Y así ha sido entendido por la mayoría de las naciones civilizadas. Es decir, esa inmunidad no le ha sido entregada al agente diplomático en razón de su persona, sino en razón de la dignidad del Estado que lo envía.

Por otra parte, no existe tratado o convención en materia de derechos humanos que desconozca esta inmunidad de los agentes diplomáticos y ello debería hacerse en forma expresa, toda vez que la Convención de Viena la contempla en forma amplia y absoluta.

Por último, no está de más recordar que los Estados receptores cuentan con instrumentos legales de carácter internacional para evitar que asuma, o para expulsar a un agente diplomático cuya conducta anterior o posterior merezca su rechazo.

En conclusión, los agentes diplomáticos gozan de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor, aun cuando se los acuse de haber cometido violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad. Lo anterior se deriva de lo siguiente:

"(1) Entre enero 1 de 1988 y diciembre de 1992, siendo un servidor público, infligió intencionalmente dolor y sufrimiento grave a terceros durante el ejercicio o supuesto ejercicio de sus deberes oficiales;

(2) Entre el primer día de enero de 1988 y el 31 de diciembre de 1992, siendo un servidor público, conspiró con personas desconocidas para infligir dolor o sufrimiento grave a terceros durante el ejercicio o supuesto de sus deberes oficiales;

(3) Entre el primer día de enero de 1982 y el 31 de enero de 1992, detuvo a otras personas (rehenes) y para obligar a dichas personas a hacer o abstenerse de llevar a cabo cualquier acto, amenazó con matar, herir o continuar deteniendo los rehenes;

(4) Entre el primer día de enero de 1982 y el 31 de diciembre de 1992, conspiró con personas desconocidas para detener a otras personas (rehenes) y para obligar a dichas personas a hacer o abstenerse de llevar a cabo cualquier acto, ame-

nazó con matar, herir o continuar deteniendo los rehenes;

(5) Entre el primer día de enero de 1976 y diciembre de 1992, conspiró con personas desconocidas para cometer asesinato en un país suscrito a la Convención."

El Senador Pinochet dio inicio a los procedimientos de hábeas corpus y para solicitar la revisión judicial de la primera y segunda órdenes provisionales. Estas diligencias llegaron ante la Corte Divisional (Lord Bingham de Cornhill, C.J., Collins y Richards J.J.), la que el 28 de octubre de 1998 invalidó ambas órdenes. Nada validó la primera orden invalidada, ya que no se presentó apelación alguna a esta Cámara. Los antecedentes sobre los cuales la Corte Divisional invalidó la segunda orden fueron que el Senador Pinochet (antiguo jefe de Estado) gozaba de inmunidad respecto de los actos que se le imputaban. Sin embargo, también se ha argumentado ante la Corte Divisional, que ciertos crímenes alegados en la segunda orden no eran "crímenes de extradición" dentro del signifi-

- 
- a. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas concede en términos absolutos la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción a los agentes diplomáticos en el Estado receptor.
  - b. Ningún tratado, convención o declaración sobre derechos humanos o delitos de lesa humanidad contempla excepción a este principio de la Convención de Viena. Más aún, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada en 1992, contempla expresamente en su artículo 16 párrafo 3, la validez de la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos, aun cuando ellos estuvieren sindicados como autores de este delito.

En concreto, el señalado artículo 16 contiene importantes disposiciones sobre los procedimientos, jurisdicciones e inmunidades que afectan a los presuntos autores de desaparecimientos forzados.

Es así como el párrafo 1 establece que si es denunciada la posible comisión de este delito, los presuntos autores quedan suspendidos de toda función oficial. Sin embargo, hay que tener presente que esta suspensión está prevista respecto de cargos que se ejercen en el país donde ocurrió la supuesta desaparición y mientras se investiga esta.

El párrafo segundo señala que los presuntos responsables deben ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común en cada Estado. Y el párrafo 4 señala que debe dársele a los presuntos autores un trato equitativo, respetando sus derechos humanos.

Sin embargo, a nuestro juicio, el párrafo más relevante lo constituye el contenido en el N° 3, que señala textualmente: "3. No se admitirán privile-

cado de la Ley de 1989 y que no fueron crímenes cometidos bajo la ley del R.U. al momento en que fueron cometidos. A pesar de no haber determinado este punto directamente, el Lord Juez ha sostenido que, para que sea un crimen de extradición, no es necesario que el acto sea criminal en la fecha del acto en que se fundamente, pero solamente la fecha de solicitud de extradición.

Los Servicios Fiscales de la Corona (actuando en representación del gobierno de España) apeló a esta Cámara con la venia de la Corte Divisional. La Corte Divisional certificó el punto de ley de importancia general como la "interpretación y amplitud adecuadas de la inmunidad de que disfruta un antiguo jefe de Estado para no ser arrestado y sometido a procedimientos de extradición en el Reino Unido respecto de actos cometidos mientras era jefe de Estado". Antes de que la apelación llegara por primera vez a esta Cámara, el 4 de noviembre de 1998, el gobierno de España presentó una Solicitud de Extradición formal que ampliaba en gran medida

la lista de supuestos crímenes contenidos en la segunda orden provisional en relación con una conspiración general para asumir el gobierno de Chile mediante un golpe de estado y, a partir de ese momento, reducir el país cometiendo genocidio, asesinatos, torturas y la toma de rehenes, verificándose dichos actos básicamente en Chile pero así también en otros países.

La apelación primero fue recibida en audiencia ante esta Cámara entre el 4 y el 12 de noviembre de 1998. El Comité escuchó las deposiciones del fiscal de la Corona como apelante (en representación del gobierno de España), del Senador Pinochet y de Amnesty International como partes interventoras y como parte independiente (*amicus curiae*). Las deposiciones escritas fueron así mismo consideradas por Human Rights Watch. El Comité estudió los argumentos basándose en el amplio alcance del caso tal como se indica en la Solicitud de Extradición. No está del todo claro hasta qué grado el Comité escuchó las deposiciones o si algunos

---

*gios, inmunidades ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas."*

Evidentemente, al colocarse esta excepción se está reconociendo que no obstante la gravedad del delito que se le imputa a una persona, la inmunidad de los agentes diplomáticos queda a salvo. Y ello tiene una razón de ser muy poderosa que se basa en el hecho de que esta inmunidad le es otorgada a esta persona no por ella misma, sino por representar a un Estado extranjero. Ello no obsta a las responsabilidades internacionales que podría tener ese Estado y por las que tendría que responder en consecuencia.

- c. Ratifica también este criterio, aunque no se refiera a él directamente, el hecho de que el Informe de M. Louis Joinet<sup>2</sup> recomienda dentro de las medidas que deben adoptarse para evitar la impunidad, el que no se permita que se acuerde asilo territorial o diplomático para los presuntos culpables.

En efecto, se señala en el numerando 33 de este informe, entre las medidas que se proponen para la existencia de un recurso eficaz, en contra de estos delitos que "*...Además de no corresponder el derecho a refugio político, el asilo territorial o diplomático tampoco puede ser acordado...*".

<sup>2</sup> Informe Final elaborado y revisado por M. Louis Joinet sobre "La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)" en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, conocido como "Informe Joinet" (Octubre de 1997).

o todos los cargos constituyen "crímenes de extradición". Existe la sugerencia en las sentencias de que el punto fue acogido. Ciertamente, si la cuestión se estudió en su cabalidad, jugó un papel menor en tal audiencia. La sentencia fue dictada el 25 de noviembre de 1998 (ver [1998] 3 W.L.R. 1456). La apelación fue permitida por una mayoría (Lord Nicholls de Birkenhead, Lord Steyn y Lord Hoffmann, Lord Slynn of Hadley y Lord Lloyd de Berwick en contra) sobre los antecedentes de que el Senador Pinochet no gozaba de inmunidad en relación con los crímenes bajo la ley internacional. El 15 de enero de 1998 dicha sentencia de la Cámara fue desestimada sobre los antecedentes de que el Comité no estaba debidamente constituido: ver [1999] 2 W.L.R. 272. La apelación fue sometida a nueva audiencia el 18 de enero de 1999 ante sus señorías. Mientras tanto, la posición volvió a cambiar una vez más. Primero, el Ministro del Interior había emitido a la autoridad del magistrado la orden para continuar con los procedimientos bajo la

sección 7 de la Ley de 1989. Al permitir que siguiera adelante la extradición a España se fundamentó parcialmente en la decisión de esta Cámara de la primera audiencia en que el Senador Pinochet no gozaba de inmunidad. No autorizó los procedimientos de extradición para el cargo de genocidio. De igual manera no se dirigió ningún otro argumento en relación con el cargo de genocidio que había sido desestimado del caso.

En segunda instancia, la República de Chile solicitó su intervención como parte. Hasta ese momento Chile había estado exigiendo que se debía conceder la inmunidad al Senador Pinochet, pero ahora quería unirse al juicio como parte. Toda inmunidad que conlleve cargos criminales contra el Senador Pinochet no es inmunidad del senador sino de la República de Chile. Se permitió, por ende, la intervención de la República de Chile. La misma parte interviniente (*amicus*), Mr. Lloyd Jones, compareció ante la primera audiencia como abogado para Amnesty International. Nuevamente se presentaron a

---

En buenas cuentas, el refugio político no corresponde, ya que internacionalmente en diversos tratados así se ha señalado; mas cuando habla del asilo territorial o diplomático, indica que ese tampoco puede ser acordado, es decir, está formulando una proposición y no algo que haya sido acordado en los tratados internacionales. Hace una recomendación, emite un informe sobre lo que debe ser. Mientras tanto, sí corresponde el asilo territorial o diplomático; no correspondiendo, de acuerdo al derecho internacional, el refugio político.

En resumen, no tendría sentido que se recomendara el que no se permita el asilo diplomático, si la inmunidad de jurisdicción no rigiera en estas materias y ello fuera un principio universalmente reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## 2. *Los jefes de Estado y ex jefes de Estado gozan siempre de inmunidad*

Una de las consecuencias más importantes de la sentencia de la Alta Corte de Londres que concedió el hábeas corpus al Senador Pinochet, fue el reconocimiento de su inmunidad como ex Jefe de Estado. Fue con este fundamento que dicho tribunal revocó las órdenes de detención que pesaban sobre él y fue este razonamiento el tema central de los alegatos y de las sentencias que con posterioridad dictaron los Lores.

Como acertadamente lo señalara Lord Slynn of Hadley en el primer fallo ante la Casa de los Lores, este punto de derecho sobre la inmunidad del Senador Pinochet como ex Jefe de Estado no dice relación con la posibilidad o conveniencia de que él sea juzgado por un tribunal chileno o por uno internacional,



disposición de Human Rights Watch las presentaciones escritas.

En tercer lugar, el ámbito de los cargos contra el Senador Pinochet se había vuelto a ampliar. Chile había incorporado particulares adicionales de los cargos con que quería avanzar. Para poder dar cierto orden a los procedimientos, Mr. Allun Jones, fiscal de la Corona, preparó un programa de los 32 cargos criminales en el R.U. que correspondían con las acusaciones contra el Senador Pinochet bajo la ley española, salvo omitiendo los cargos por genocidio. Los cargos en tal presentación están completamente analizados y considerados en la presentación de mi noble y culto amigo, Lord Hope de Craighead, quien resume los cargos de la siguiente manera:

Cargos 1, 2 y 5: conspiración de tortura entre enero 1 de 1972 y el 20 de septiembre de 1973, y entre agosto 1 de 1973 y enero 1, 1990;

Cargo 3: conspiración para detener o tomar rehenes entre agosto 1 de 1973 y enero 1, 1990:

Cargo 4: conspiración para torturar en adelanto de asesinatos cometidos varios países, incluidos Italia, Francia, España y Portugal, entre enero 1 de 1972 y enero 1, 1990.

Cargos 6 y 8: tortura entre agosto 1, 1973 y 8 de agosto, 1973 y 11 de septiembre de 1973.

Cargos 9 y 12: conspiración de asesinato en España entre enero 1, 1975 y el 31 de diciembre de 1976, y en Italia el 6 de octubre de 1975.

Cargos 10 y 11: intento de homicidio en Italia el 6 de octubre de 1975.

Cargos 13 a 29 y del 31 y 32: tortura en diversas ocasiones entre el 11 del septiembre de 1973 y mayo de 1977.

Cargo 30: tortura el 24 de junio de 1989.

Voy ahora a considerar cuáles de dichos crímenes son de extradición.

#### CRÍMENES DE EXTRADICIÓN

Tal como entiendo la posición, durante la primera audiencia en la Cámara de

sino que está vinculado con la interrogante de si él goza de esta inmunidad respecto de los procedimientos de detención y extradición en el Reino Unido en relación con actos que se hubieren cometido mientras fue Jefe de Estado. "...Si la pregunta presentada a sus señorías en la apelación es si compete a un tribunal de Chile o a un tribunal internacional investigar dichas alegaciones, la respuesta, sujeta a los términos de cualquier indulto, sería con toda seguridad positiva. Pero esa no es la pregunta, y es necesario que recordemos que no lo es. No han pedido a sus señorías que decidan sobre la conveniencia de iniciar un proceso contra el apelado, ni sobre la posibilidad de extraditarlo a otro país (cuestión que deberá resolver el Secretario de Estado), ni mucho menos sobre la posibilidad de que él, en particular, sea culpable de la comisión de los delitos mencionados o responsable de estos. *La pregunta planteada es si tiene derecho a inmunidad como antiguo Jefe de Estado, en lo relativo a los procedimientos de detención y extradición en el Reino Unido, con respecto a los actos presuntamente cometidos cuando era Jefe de Estado...*"<sup>3</sup>.

Ahora bien, la extraterritorialidad e inmunidad de los jefes de Estado también nace, como la de los agentes diplomáticos, de la independencia, igualdad y dignidad de los Estados. Es decir, su fundamento o razón de ser está en la doctrina y práctica sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros.

<sup>3</sup> Sentencia del 25 de noviembre de 1998 pronunciada por la Cámara de los Lores, en el caso "La Reina contra Bartle y el Comisionado de Policía de Londres y otros. De una parte, Pinochet (recurso del Tribunal Supremo de la División de Tribunales de la Reina)", en Revista Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, Número 4, año 1998, pág. 391.

los Lores, el Servicio de Juzgado de la Corona no buscaba depender en ningún acto del Senador Pinochet anterior al 11 de septiembre de 1973 (la fecha en que se produjo el golpe) o después del 11 de marzo de 1990 (la fecha en que el Senador Pinochet dejó de ser jefe de Estado). Por tanto, tal como se presentó el caso, si el Senador Pinochet gozaba de inmunidad, tal inmunidad consideraba todo el período de los crímenes alegados. Durante la segunda audiencia ante sus señorías, sin embargo, la Corona amplió el período durante el cual se dijo se habían cometido los crímenes. Por ejemplo, ver los cargos 1 y 4 donde se afirma que la conspiración se inició en enero 1 de 1972, es decir, antes de que el Senador Pinochet fuera jefe de Estado y, por tanto, antes de que pudiera gozar de inmunidad. En consecuencia, durante la segunda audiencia, los abogados del Senador Pinochet retomaron la presentación de algunos de estos cargos, en particular aquellos relacionados con tortura y conspiración a tortura, no eran "crímenes de extradición" ya que al momento

en que se cometieron dichos actos, los actos no eran de naturaleza criminal bajo la ley del Reino Unido. Una vez presentado, este punto no se podía confinar simplemente al período (si lo hubo) antes de que el Senador Pinochet fuera jefe de Estado. Si la regla de doble criminalidad requiere que se demuestre que a la fecha de los actos dichos actos hubieran sido criminales bajo la ley del Reino Unido, todo cargo basado en tortura o conspiración para torturar que ocurriera antes del 29 de septiembre de 1988 (cuando entró en vigencia la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal) no puede ser un "crimen de extradición" y, por lo tanto, no se puede bajo ninguna circunstancia emitir un orden de extradición contra el Senador Pinochet.

Bajo la sección 1 (1) de la Ley de 1989, una persona acusada de un "crimen de extradición" puede ser arrestada y devuelta al país que ha solicitado su extradición. La Sección 2 define los "crímenes de extradición", en pertinencia a este caso, de la siguiente manera:

---

La extraterritorialidad respecto de los Jefes de Estado, bien pudo tener su origen primero en la antigua tradición que beneficiaba a los monarcas en su calidad de tales, basado en el antiguo principio de *par in parem non habet imperium*, es decir, en un privilegio de carácter personal. Sin embargo, hoy día se trata de un beneficio que la sociedad de las naciones le ha entregado a todos los Estados y, por tanto, que se encuentra ligado a ellos y no a la persona del Jefe de Estado. "... *el Derecho internacional reconoce a todos los Estados el derecho a reclamar la llamada extraterritorialidad y, por consiguiente, la exención de jurisdicción local, principalmente en favor del Jefe de Estado*, de los enviados diplomáticos, de los barcos de guerra y de las fuerzas armadas que se hallen en territorio extranjero..."<sup>4</sup>.

Esta inmunidad de los jefes de Estado tiene su fundamento en una práctica uniforme del derecho internacional que ha cristalizado en una norma general y universalmente aceptada. Por tanto, constituye costumbre internacional que es una de las fuentes principales de este derecho que no podría ser revocada sino por otra costumbre en sentido inverso o por una norma expresa y amplia contenida en algún tratado internacional de carácter general.

Como bien lo señalaron la mayoría de los jueces ingleses que han intervenido en esta causa en cualquiera de sus diversas instancias, esta inmunidad de los jefes de Estado se extiende a aquellos que han dejado de serlo por cualquier

<sup>4</sup> OPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 345.

Actos en el territorio de una nación extranjera, un país miembro de la Comunidad o una colonia que, si ocurriese en el Reino Unido, constituiría un ofensa punitiva con encarcelamiento por un período de 12 meses o una pena mayor, y que, de la manera en que esté descrita en la ley del país extranjero, Comunidad o colonia, es penable bajo dicha ley;

Una ofensa extraterritorial contra la ley de un país extranjero, país de la Comunidad o colonia que sea penable bajo la ley con encarcelamiento durante un período de 12 meses, o una pena mayor, y que satisfaga...

(i) la condición especificada en la subsección (2) posterior; o

(ii) todas las condiciones especificadas en la subsección (3) posterior.

“(2) La condición mencionada en la subsección (1) (b) (i) anterior es que en circunstancias correspondientes una conducta equivalente constituiría una ofensa extraterritorial contra las leyes del Reino Unido punible con prisión por un término de 12 meses, o cualquier otra pena mayor.

“(3) Las condiciones mencionadas en la subsección (1) (b) (ii) anterior son:

(a) que el gobierno extranjero, país o colonia de la Comunidad Británica basa su jurisdicción en la nacionalidad del transgresor;

(b) que la conducta que constituye la ofensa ocurrió fuera del Reino Unido; y

(c) que, en caso de haberse efectuado en el Reino Unido, constituiría una ofensa bajo la ley del Reino Unido punible con prisión por un término de 12 meses, o cualquier otra pena mayor”.

La pregunta es si las referencias a la conducta “que, si esto hubiera ocurrido en el Reino Unido, constituiría una ofensa” en la sección 2 (1) (a) y (3) (c) se refiere a un caso hipotético que se efectuó a la fecha del pedido de extradición (“la fecha del pedido”) o la fecha de la conducta en sí misma (“la fecha de la conducta”). En la Corte Divisional, el Presidente del Tribunal Supremo (en la pág. 20 de la Transcripción) sostuvo que las palabras requerían que los actos fueran crimina-

causa o motivo respecto de los actos realizados por él mientras ocupó el cargo. Es decir, a partir de que pasan a ser ex jefes de Estado mantienen una inmunidad, no ya respecto de los actos que realicen en el futuro, sino respecto de lo que hicieron como jefes de Estado. Esto se conoce como inmunidad *ratione materiae*.

Así, Lord Browne-Wilkinson, en la sentencia de 24 de marzo pasado, comparaba la inmunidad de los ex jefes de Estado con aquella de que gozan los ex agentes diplomáticos cuando dejan sus funciones, en conformidad al artículo 39 párrafo 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En efecto, la mencionada norma establece que estas personas cuando cesan en sus funciones pierden sus privilegios cuando abandonan el país o después de un término razonable en el cual deban hacerlo; sin embargo, con respecto a actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión, la inmunidad continua existiendo. Aplicando una vieja máxima jurídica, “donde existe la misma razón, existe la misma disposición”, puede sostenerse que la inmunidad de los ex jefes de Estado se mantiene respecto de los actos que realizaron mientras ostentaban este cargo.

Por otra parte, cabe hacer presente que esta inmunidad o extraterritorialidad reconocida por el derecho internacional es un privilegio o beneficio que se le otorga al Estado, el que puede reclamarlo para eximir a su jefe o ex jefe de Estado de la jurisdicción local de otro Estado. En buenas cuentas, esta persona no podría, al menos dentro de un Estado republicano, invocar esta inmunidad dentro de su propio país. Y hacemos expresa referencia al caso de los Estados republicanos, porque en aquellos países que, como España e Inglaterra, tienen

les únicamente a la fecha del pedido. Señaló:

"Añadiría, sin embargo, en cuanto al punto de retrospectividad, que en mi opinión, la supuesta conducta contra el sujeto del pedido no necesariamente debió haber sido criminal aquí al momento en que el supuesto crimen se cometió en el exterior. No hay nada que lo establezca de esta manera en la sección 2. Lo que sí es necesario es que al momento del pedido de extradición la ofensa haya sido una ofensa criminal aquí y que en ese caso sería punible con 12 meses de prisión o más. De no haber sido así, la sección 2 (1) (a) se habría referido a conductas que en el momento relevante 'han constituido', una ofensa y la sección 2.(3) (c) habría dicho 'habría constituido'. Por lo tanto, rechazo este argumento".

Lord Lloyd (quien fue el único miembro del Comité en expresar una opinión sobre este punto en la primera audiencia) fue del mismo parecer. Dijo en la pág. 1481:

"Pero concuerdo con la Corte Divisiva en que este argumento es malo. Se trata de una comprensión errada de la sección 2 del Acto de Extradición de 1989. La sección 2 (1) (a) se refiere a una conducta que constituiría una ofensa en el Reino Unido en este momento. No se refiere a una conducta que habría constituido una ofensa en aquel momento".

Señores, si se consideran las palabras de la sección 2 de manera aislada cabe la posibilidad de dos posibles interpretaciones. Estoy de acuerdo con el Presidente del Tribunal que, tomadas de una manera aislada, las palabras "que si esto hubiera ocurrido... constituiría" se aplican mejor como una referencia a un caso hipotético que está sucediendo en este momento, es decir, a la fecha del pedido, que a un caso hipotético del pasado, es decir, a la fecha de la conducta. Pero en mi opinión no queda claro cuál es la construcción adecuada. La palabra "esto" en la frase "si esto hubiera ocurrido..." es una referencia a la conducta misma del individuo en el exterior que, lógicamente, es un caso del

monarquías constitucionales, el jefe de Estado o monarca tiene inmunidad absoluta dentro de su territorio<sup>5</sup>.

Ahora bien, cabe hacerse la pregunta en términos globales de si esta inmunidad se mantiene o cae como consecuencia de que ese jefe de Estado o ex jefe de Estado haya cometido un delito de lesa humanidad. En nuestro criterio, esa inmunidad debe mantenerse por las siguientes razones:

- a. En primer término, porque ella ha sido concebida en términos amplios por el derecho internacional consuetudinario. Es decir, ella es reconocida como un privilegio o beneficio que se reconoce a los Estados y no a las personas sin restricciones de ningún tipo. Tanto es así, que Oppenheim llega a señalar que los actos privados de los jefes de Estado y que son internacionalmente lesivos quedan fuera del sometimiento de los tribunales de justicia y, por lo tanto, el derecho internacional le impone a los Estados una cierta responsabilidad subsidiaria.
- b. En segundo lugar, porque si la inmunidad de los agentes diplomáticos ha sido reconocida en términos amplios, sin excepción alguna para los casos de delitos de lesa humanidad, con igual o mayor razón debiera aplicarse respecto de los jefes de Estado o ex jefes de Estado.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, el artículo 56 de la Constitución Española señala que el Rey es inviolable y que no tendrá responsabilidad.

pasado. La pregunta entonces sería “si ese evento del pasado (incluyendo la fecha en la que ocurrió) constituye una ofensa para las leyes del Reino Unido”. La respuesta a esa pregunta dependería de la ley del Reino Unido en aquella fecha.

Pero, naturalmente, no es correcto interpretar estas palabras aisladamente y Sus señorías tienen la ventaja de contar con presentaciones que apuntan con fuerza a que la fecha relevante es la de la conducta. El punto inicial es que el Acta de 1989 regula al menos tres tipos de extradición.

En primer lugar, extradición a un país de la Comunidad Británica, a una colonia o país extranjero que no es miembro de la Convención Europea sobre Extradición. En este tipo de caso (que no es el actual) el procedimiento bajo la Parte III de la Ley de 1989 requiere que el pedido de extradición venga acompañado por la evidencia necesaria para justificar el arresto bajo la Ley: sección 7 (2) (b). Luego el Secretario de Estado emite su autoridad para proceder en la que tiene que especifi-

car las ofensas bajo las leyes del R.U. que “estarían constituidas por una conducta equivalente en el Reino Unido”: sección 7 (5). Bajo la sección 8 se le otorga poder al magistrado para emitir una orden de arresto si se le entrega una evidencia “que en su opinión justifique la emisión de una orden de arresto para la persona acusada”; sección 8 (3). Luego la corte de reclusiones tiene que ver, entre otras cosas, si ‘la evidencia es suficiente, como para garantizar un juicio si el crimen para la extradición hubiera ocurrido dentro de la jurisdicción de la corte: sección 9 (8). A mi juicio, estas cláusulas indican claramente que la conducta debe ser criminal bajo las leyes del Reino Unido al momento de la conducta y no sólo a la fecha del pedido. Todo el proceso de arresto y reclusión nos llevan a una posición en la cual bajo la sección 9 (8) el magistrado debe quedar satisfecho de que, de acuerdo a las leyes del Reino Unido, si la conducta “hubiera ocurrido”, la evidencia fuera suficiente como para garantizar su juicio. Esta es una clara referencia a la posición a

- 
- c. En tercer lugar, porque cuando se ha querido sustraer la inmunidad de jefe de Estado o ex jefe de Estado, para permitir que una persona sea juzgada por un crimen internacional, se ha señalado expresamente. Así, por ejemplo, el Acta de Nuremberg de 1945, en el Convenio de Tokio, en el Convenio sobre el delito de Genocidio (el que sólo puede ser juzgado por un tribunal del Estado en que se cometió o por un tribunal internacional), el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Internacional de Ruanda y más recientemente el Convenio de Roma por el cual se crea el Tribunal Penal Internacional, contemplan expresamente el hecho de que se levanta la inmunidad respecto de estas personas. Es más, en todos estos Convenios, como lo hizo notar Lord Slynn of Hadley en el primer fallo ante la Cámara de los Lores, se distinguía entre “jefe de Estado” y “cargo público” o “cargo oficial”. Es decir, en cada uno de ellos al levantarse la inmunidad de los jefes de Estado no bastaba con señalar que se lo hacía respecto de cualquier “función pública” o “cargo oficial”, sino que era necesario indicar expresamente que se le levantaba al jefe de Estado. “...En estos casos, los Estados no sostienen que los términos ‘cargo público’ y ‘cargo oficial’ sean suficientemente amplios para abarcar a los jefes de Estado o a los antiguos jefes de Estado, pero se necesita una exclusión específica de una defensa o una objeción a la jurisdicción sobre esa base...”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Sentencia del 25 de Noviembre de 1998, *op. cit.*, pág. 403.

la fecha en la que ocurrió de hecho la conducta. Además considero que es forzoso que la evidencia que el magistrado tiene para su consideración sea suficiente "como para garantizar su juicio". Lo que se toma en consideración en este caso no es un concepto abstracto de si un caso hipotético es criminal, sino de un asunto práctico serio. ¿se llevaría correctamente al caso en relación con este acusado si la conducta en cuestión hubiera ocurrido en el Reino Unido? La respuesta a esa pregunta debe ser "no" a menos que para esa fecha la conducta hubiera sido criminal bajo las leyes del Reino Unido.

El segundo tipo de caso del que trata la Ley de 1989 es aquel en el que la extradición es solicitada por un Estado extranjero que, como España, sea parte de la Convención de Extradición Europea. Los requerimientos que serían aplicables en dicho caso son los mismos que señalé anteriormente en relación con el primer tipo de caso, con la excepción de que el estado solicitante no tiene que presentar evidencias para proporcionar la base sobre la

cual el magistrado emita su orden para cargar el proceso. El Estado demandante meramente proporciona la información. Pero esto no da pie para distinguir a casos de la Convención del primer tipo de caso. El requerimiento de doble criminalidad debe ser el mismo en ambos tipos de caso.

Finalmente, el tercer tipo de caso consiste de aquellos casos en los cuales existe una Orden en Consejo aplicable bajo la Ley de Extradición de 1870. En dichos casos, el procedimiento no está regulado por la Parte III de la Ley de 1989, sino por la Cédula I del Acta de 1989: ver sección 1 (3). Efectivamente, la Cédula I contiene las cláusulas relevantes de la Ley de 1870, que sujetas a sustanciales enmiendas fueron aplicables hasta la promulgación de la Ley de 1989. El esquema de la Ley de 1870 consistía en definir "al crimen de extradición" cuyo significado es 'un crimen que si se hubiera cometido en Inglaterra... habría sido uno de los crímenes descritos en la primera cédula de esta Ley': sección 26. La primera sección a la Ley de 1870 contiene una lis-

---

Resulta, pues, que ningún convenio internacional en materia de derechos humanos excluye expresamente la inmunidad de Jefe de Estado, salvo el de Genocidio, pero respecto de este son procedentes las observaciones que se señalan respecto de la territorialidad de la ley penal que se abordan más adelante.

Cabe detenerse en este punto, puesto que, de acuerdo al fallo pronunciado por los Lorees del 24 de marzo, el artículo 1º de la Convención contra la Tortura incluiría a los jefes de Estado y, por tanto, de acuerdo al análisis que ellos hacen, desde la entrada en vigencia de este Convenio para Chile o para cualquier país que lo hubiera suscrito, no puede invocarse la tantas veces citada inmunidad para eximirse de la jurisdicción de un tribunal extranjero. Sobre este punto que constituye la médula del asunto, volveremos más adelante a propósito de los comentarios de la sentencia del 24 de marzo pasado. Quede sentado, en todo caso, que el mencionado artículo 1º no contempla, en forma expresa, la exclusión del alegato de inmunidad de jefe de Estado.

### 3. *En estas materias no existe una jurisdicción universal en términos amplios*

Se ha sostenido, también reiteradamente, que existiría una jurisdicción universal para conocer de las violaciones de los derechos humanos y que esta tendencia del derecho internacional vendría desde el final de la Segunda Guerra Mundial, especialmente desde los tribunales de Nuremberg y Tokio y de los Convenios de Ginebra.

Al respecto hay que recordar que "... La soberanía como autoridad suprema, esto es, independiente de cualquier otra autoridad terrenal, tiene diferentes as-

ta de crímenes y tiene el siguiente encabezamiento:

“Se debe interpretar la siguiente lista de crímenes de acuerdo a la ley existente en Inglaterra... a la fecha del supuesto crimen, ya sea por derecho consuetudinario o por estatuto dictado antes o después de la promulgación de esta Ley”.

Por lo tanto, es suficientemente claro por las palabras que he destacado que bajo el Acta de 1870 el reglamento de doble criminalidad requería que la conducta fuera criminal bajo la ley inglesa al momento de la conducta, no al momento del pedido. El Párrafo 20 de la Cédula I del Acta de 1989 señala que:

“Se debe suponer que ‘el crimen de extradición’, en relación a cualquier Estado extranjero, se refiere a la Orden en Consejo bajo la sección 2 del Acta de Extradición de 1870 aplicable a dicho estado ya que entró en efecto inmediatamente antes de la entrada en vigencia de esta Acta y a cualquier enmienda posteriormente efectuada a esa Orden”.

Por lo tanto, en este tipo de caso regulado por la Cédula I al Acta de 1989 se debe aplicar la misma posición que se aplicó formalmente bajo el Acta de 1870, es decir, la conducta debe ser un crimen bajo la ley inglesa al momento de su comisión. Sería algo extraordinario que la misma Acta requiriera que se demostrara la criminalidad bajo la ley inglesa en una fecha para un tipo de extradición y en otra fecha para otro tipo. Pero el caso va más allá de eso. Se nos mostró una cantidad de los *travaux préparatoires* relacionados con la Convención de Extradición y los papeles departamentales que llevaron al Acta de 1989. Mantenían un excepcional silencio con respecto a la fecha relevante. Pero sí revelaron que no había discusión en cuanto a cambiar la fecha en la que debía demostrar la criminalidad bajo la ley inglesa. Me parece imposible que la legislatura haya tenido la intención de cambiar esa fecha por sobre la que se había aplicado por más de cien años bajo el Acta de 1870 (es decir, la fecha de la conducta) por un capricho y sin investigación.

---

pectos. En tanto en cuanto excluye la dependencia de otra autoridad, y especialmente de la autoridad de otro Estado, la soberanía equivale a independencia...<sup>7</sup>. Por otra parte, Oppenheim agrega que “... Entendida como poder del Estado para ejercer su autoridad suprema sobre todas las personas y cosas que se encuentran en su territorio, la soberanía equivale a la supremacía territorial (*dominium, soberanía territorial*). Entendida como poder del Estado para ejercer su autoridad suprema sobre sus ciudadanos en el interior y en el extranjero, soberanía es la supremacía personal (*imperium, soberanía política*)...<sup>8</sup>. En buenas cuentas, la soberanía de los estados es independencia y supremacía territorial y personal. En base a estos atributos, el Estado puede dirigir sus asuntos internacionales de acuerdo a su criterio, puede darse la Constitución y las leyes que le parezcan más convenientes, puede organizar su administración y juzgar los hechos cometidos dentro de su territorio, entre otras materias.

Ahora bien, de acuerdo a estos principios, lo normal será entonces que cada Estado juzgue los hechos ocurridos dentro de sus fronteras, sin que sobre ellos tenga tutela o derecho alguno otro Estado o la comunidad de las naciones. Lo contrario significaría alterar completamente la igualdad y la soberanía de los Estados. Por lo tanto, de existir un derecho que permitiera la extraterritorialidad de la ley penal, este debiera ser contemplado expresamente. Es decir, si en términos generales existe una jurisdicción universal en materia de derechos hu-

<sup>7</sup> OPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 345.

<sup>8</sup> *Ibid.*

LOS CARGOS QUE SUPONEN  
CRÍMENES EXTRADITABLES

Las consecuencias de requerir que la tortura sea un crimen bajo la ley del R.U. a la fecha en que esta se cometió ya fueron consideradas en el discurso de Lord Hope. Como él lo demuestra, los cargos de tortura y conspiración para la tortura que se relaciona con la conducta anteriores al 29 de septiembre de 1988 (la fecha en la que la sección 134 comenzó a regir) no son extraditables, es decir, sólo aquellas partes de la conspiración para la tortura supuestas en el cargo 2 y de tortura y conspiración para la tortura supuestas en el cargo 4 que se relacionan con el período posterior a esa fecha y el simple acto de tortura supuesto en el cargo 30 son crímenes extraditables relacionados con la tortura.

Lord Hope así mismo considera, y concuerdo con él, que el único cargo relacionado con la toma de rehenes (cargo 3) no revela ninguna ofensa bajo la Ley de Toma de Rehenes de 1982. La ofensa

estatuaría consiste en tomar y capturar a una persona (el rehén) para obligar a alguien que no es el rehén a hacer o a abstenerse de hacer algún acto: sección 1. Pero la única conducta relacionada con rehenes que se sanciona supone que la persona capturada (el llamado rehén) se debió ver forzado a hacer algo debido a las amenazas de dañar a otros no rehenes, que es lo exactamente opuesto a la ofensa. Por lo tanto, los cargos de tomar rehenes están mal planteados y no constituyen crímenes extraditables.

Finalmente, el análisis de Lord Hope demuestra que el cargo de conspiración en España para asesinar en España (cargo 9) y semejantes conspiraciones en España para cometer crímenes en España, y semejantes conspiraciones en España previas al 29 de septiembre de 1988 para cometer actos de tortura en España, en cuanto forman parte de las alegaciones en el cargo 4, son crímenes extraditables.

Por lo tanto, debo considerar si, en relación con estas dos categorías de cargos subsistentes, el Senador Pinochet goza

---

manos —como se ha afirmado—, ello debiera constar por una costumbre o en un tratado internacional de alcance general. No basta con afirmar que existe una tendencia o un uso general que conducen el derecho internacional hacia ese punto, por cuanto estamos en presencia de uno de los elementos fundamentales en los que se asienta la sociedad de las naciones, su independencia y su soberanía.

Con relación a lo anterior cabe recordar lo que señala Oppenheim "...La costumbre no debe ser confundida con el uso... Los juristas internacionales hablan de una *costumbre* cuando se ha desarrollado un definido y continuo hábito de llevar a cabo ciertos actos con la convicción de que, con arreglo al Derecho internacional, son obligatorios y justos. Por otra parte, hablan de un uso cuando el hábito de realizar determinadas acciones se ha ido estableciendo sin que existiese la convicción de que estos actos son obligatorios o justos conforme al Derecho internacional... la conducta de los Estados, en lo que se refiere a sus relaciones internacionales, puede ser usual sin que por ello quepa afirmar que se basa en el Derecho internacional consuetudinario..."<sup>9</sup>. En el mismo sentido señalaba Lord Slynn of Hadley en el primer fallo ante la Cámara de los Lores "... se debe decir que, en esta fase del desarrollo del derecho internacional, algunas de estas tendencias son aún aspiraciones, en Estado embrionario. No creo que se haya demostrado que haya costumbre o consenso general entre los Estados, y mucho menos un convenio ampliamente aceptado que estipule que todas las

<sup>9</sup> OPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 27.



de inmunidad soberana. Pero es necesario en primer lugar considerar la ley moderna de tortura.

#### TORTURA

Aparte de la ley de piratería, el concepto de responsabilidad personal bajo el derecho internacional para crímenes internacionales es de un desarrollo relativamente moderno. Las materias tradicionales del derecho internacional son los estados, no seres humanos. Pero tras los juicios sobre crímenes de guerra después de la II Guerra Mundial, la comunidad internacional comenzó a reconocer que podía haber responsabilidad criminal bajo el derecho internacional para un tipo de crímenes como lo son los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Aunque puedan existir legítimas dudas en cuanto a la legalidad de la Carta del Tribunal de Nuremberg, a mi juicio aquellas dudas se disiparon con la Declaración de Principios del Derecho Internacional re-

conocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946.

Esa Declaración consignó los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg y el juicio del Tribunal y guió al Comité en la codificación del derecho internacional para que se trataran como materia de primordial importancia los planes para la formulación de principios reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg.

Al menos desde esa fecha en adelante el concepto de responsabilidad personal por un crimen de derecho internacional debe haber formado parte del derecho internacional. Al comienzo la tortura de estado era uno de los elementos de un crimen de guerra. Por lo consiguiente, la tortura, y varios otros crímenes contra la humanidad, estaban relacionados con la guerra o al menos con hostilidad de algún tipo.

Pero con el correr del tiempo esta relación con la guerra fue quedando a un

transgresiones del derecho internacional son susceptibles de enjuiciamiento en tribunales nacionales, en base a la universalidad de la jurisdicción..."<sup>10</sup>.

Bajo estos principios no cabe hablar de la existencia de una costumbre internacional o de un tratado que en términos generales contemple la universalidad de la jurisdicción en materia de violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad. El que un Estado se arrogue facultades para conocer de ellos cuando han sido cometidos en otro, *no es un principio general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

Es decir, no resulta efectiva la afirmación de que la extraterritorialidad resulta una regla general aceptada por este Derecho; por el contrario, el principio que regula estas materias es el de la territorialidad.

Esta conclusión se sustenta en los siguientes argumentos:

a. Constituye un principio general del derecho internacional, aceptado por todos los Estados, el de la competencia, supremacía o soberanía territorial. Como lo señala el profesor Benadava, este concepto de supremacía territorial ha sido definido por la doctrina como "...el ejercicio de la autoridad o poder público del Estado sobre todas las personas presentes en el territorio, los bienes en él situados y los hechos que allí ocurran...La competencia territorial se caracteriza por su plenitud y exclusividad. Es plena porque ella comprende todos los actos jurídicos y materiales inherentes al poder público del Estado. Es exclusiva por-

<sup>10</sup> Sentencia del 25 de noviembre de 1998, *op. cit.*, pág. 399.

lado y la tortura, separada de la guerra u hostilidades, se convirtió en un crimen internacional por derecho propio: ver Oppenheim's International Law (edición Jennings y Watts), vol. 1, 996; nota 6 al Artículo 18 del I.L.C. Draft Code of Crimes Against Peace; Prosecutor v. Furudzija Tribunal for Former Yugoslavia, Case Nº 17-95-17/1-T. A partir de 1945, la tortura a gran escala ha figurado como uno de los crímenes contra la humanidad; ver, por ejemplo, las Resoluciones de la Asamblea General de las NU 3059, 3452 y 3453 dictadas en 1973 y 1975; estatutos de los Tribunales Criminales Internacionales para la ex Yugoslavia (Artículo 5) y Ruanda (Artículo 3).

Aún más, la República de Chile reconoció ante sus señorías que la Ley Internacional que prohíbe la tortura tiene el carácter de *ius cogens* o una norma perentoria, es decir, una de aquellas reglas de Derecho Internacional que tiene un *status* particular. En Furudzija (supra), en el párrafo 153, el Tribunal declaró:

"Debido a la importancia de los valores que protege (la prohibición de la tortura), ha evolucionado hasta convertirse en una norma perentoria o de *ius cogens*, es decir, una norma que goza de un rango superior en la jerarquía internacional, en relación con el derecho de los tratados, e incluso con las leyes ordinarias 'simples'.

"La consecuencia más notoria de este mayor rango es que el principio en cuestión no puede ser derogado por los Estados por medio de tratados internacionales o costumbres locales o especiales o incluso por reglas habituales generales que no poseen la misma fuerza normativa ... Evidentemente, la naturaleza *ius cogens* de la prohibición contra la tortura articula la noción de que la prohibición se ha convertido en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional. Más aún, se pretende producir con esta prohibición un efecto intimidatorio, ya que le indican a todos los miembros de la comunidad internacional y a los individuos sobre los que ejercen autoridad que la prohibición de la tortura es un valor ab-

---

que, en principio, dentro del territorio que pertenece a un Estado sólo este puede ejercer su autoridad o poder público, *con exclusión de los demás...*"<sup>11</sup>.

Una de las manifestaciones más importantes de la supremacía territorial es la que se refiere a la jurisdicción, es decir, a la capacidad de administrar la justicia civil y criminal por los tribunales del Estado en donde se encuentran las personas o los bienes de que se trata y los hechos que allí ocurran.

En razón de este principio, la discrecionalidad del Estado en materia de jurisdicción criminal está mucho más limitada que en materia civil, *el derecho internacional establece ciertos límites al ejercicio de esta jurisdicción y el Estado debe ceñirse a ellos. Si el Estado los excede, comete un acto internacionalmente ilícito que compromete su responsabilidad.*

Así, en materia de jurisdicción criminal, los principios indiscutibles que puede invocar un Estado para juzgar determinados hechos constitutivos de delito son los siguientes:

- i) La territorialidad, es decir, que los hechos hayan ocurrido en el territorio del Estado que pretende juzgarlos (principio general);
- ii) La nacionalidad activa, es decir, que el ofensor sea de la nacionalidad del Estado que invoca su ley penal para condenar ciertos delitos ocurridos fuera de sus fronteras;

<sup>11</sup> BENADAVA, Santiago. "Manual de Derecho Internacional Público". Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, págs. 156 y 157.

soluta del cual nadie se debe apartar" (Ver también los casos citados en la Nota 170 al caso Furudzija).

La naturaleza *ius cogens* del crimen internacional de la tortura justifica que los Estados ejerzan jurisdicción universal sobre la tortura donde sea que se cometa. El derecho internacional declara que las ofensas *ius cogens* pueden ser sancionados por cualquier Estado, ya que los ofensores son "enemigos comunes de la humanidad y todas las naciones obedecen al mismo interés de aprehenderlos y enjuiciarlos": Demjanjuk v. Petrovsky (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571.

La Srta. Montgomery, quien representa al senador Pinochet, sugirió que aunque la tortura era contraria al derecho internacional, esta no era estrictamente un crimen internacional en su sentido más amplio. A la luz de las autoridades a las que me he referido (y hay muchas más) no me caben dudas de que mucho antes de la Convención contra la Tortura de 1984, la tortura institucional era un crimen internacional en su sentido más amplio.

Sin embargo, no había ningún tribunal o corte para castigar los crímenes internacionales de tortura. Las cortes locales podrían asumir la jurisdicción: ver Demjanjuk (supra); fiscal general de Israel v. Eichmann (1962) 36 I.L.R.S. Pero el objetivo era asegurar una jurisdicción general de modo que el torturador no estuviera seguro en ninguna parte a la que fuera.

Por ejemplo, en este caso se alega que durante el régimen de Pinochet la tortura era un arma oficial, aunque no reconocida, del gobierno y que cuando el régimen estaba próximo a terminar, aprobó una legislación diseñada para dar amnistía a aquellos que habían participado en la tortura institucionalizada.

Si estos alegatos son verdaderos, el hecho de que la corte local tuviera jurisdicción para abordar el crimen internacional de la tortura no era nada pertinente mientras el régimen totalitario permaneciera en el poder: un régimen totalitario no permitirá un fallo de sus propias cortes sobre sus propios defectos. De ahí la peti-

- 
- iii) La Protección, es decir, se admite juzgar a extranjeros que cometieron delitos fuera del territorio, siempre que afecten importantes intereses nacionales, como la seguridad y el crédito financiero del Estado.
  - iv) La universalidad, pero restringida a delitos muy específicos. En efecto, la universalidad de jurisdicción es un principio que claramente se contrapone al de supremacía territorial, por ello no es admitido en términos amplios o generales, ni podría serlo, ya que de lo contrario no existiría el principio de la inmunidad soberana, ni los Estados propiamente tales.

Sin embargo, la comunidad internacional, a través de normas expresas ha contemplado ciertos delitos que admiten la aplicación de la universalidad, porque la persecución de ellos interesa a todas las naciones. Ahora bien, por tratarse de un criterio que de alguna manera contradice el principio general de la supremacía territorial, no sólo debe contemplarse en forma expresa, sino además debe interpretarse restrictivamente, por tratarse de una excepción. Es decir, no basta con señalar que dicho criterio existiría o sería una tendencia internacional respecto de algún delito. La norma internacional que lo contempla debe existir, debe ser clara y debe estar absolutamente consolidada, además de que ella sólo podrá regir hacia el futuro, jamás hacia el pasado.

Dentro de este criterio de la universalidad se contemplan delitos como la piratería, el tráfico de esclavos, la trata de blancas, ciertos delitos de narcotráfico y lavado de dinero y algunos delitos contemplados en las Convenciones de Ginebra, siempre que se cometan en contra de las personas protegidas por dichas Convenciones y con ocasión de un conflicto internacional.

ción que alguna maquinaria internacional reprimiera la tortura de estado, la cual no es dependiente de las cortes locales donde la tortura fue cometida.

Entre tanto, más de 110 estados (los que incluyen Chile, España y el Reino Unido) llegaron a formar parte de la Convención contra la Tortura. Pero no está para nada claro que ninguno de ellos practicara la tortura de estado. Lo que se necesitaba en consecuencia era un sistema internacional que pudiera castigar a aquellos que eran culpables de tortura y el cual no permitiría la evasión del castigo por parte del torturador al trasladarse de un estado a otro.

La Convención contra la Tortura se acordó no con el fin de crear un crimen internacional, el cual no hubiera existido previamente, sino proporcionar un sistema internacional bajo el cual el criminal internacional —el torturador— no pudiera encontrar ningún refugio seguro.

Burgers y Danelius (respectivamente presidente del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas en la Convención contra la

Tortura de 1984 y redactores de su primer borrador) señalan, en la pág. 131, que fue "un propósito esencial (de la Convención) asegurar que un torturador no escape de las consecuencias de sus actos trasladándose a otro país".

#### LA CONVENCION CONTRA LA TORTURA

Artículo 1 de la Convención define la tortura como la imposición intencional de dolor severo y sufrimiento con la visión de lograr una amplia gama de propósitos "cuando tal dolor o sufrimiento es impuesto por o a instigación de o con el consentimiento o conformidad de un funcionario público u otra persona que actúa con una capacidad oficial".

Artículo 2 (1) requiere que cada parte estado prohíba la tortura en el territorio dentro de su propia jurisdicción y el Artículo 4 requiere que cada parte estado asegure que "todos" los actos de tortura son ofensas bajo su código criminal. El Artículo 2 (3) proscribiera cualquier defensa

*Ahora bien, en este último caso hay que tener presente que no todas las violaciones que contemplan las Convenciones de Ginebra pueden ser materia de este principio de la universalidad, sino que sólo algunas de ellas —específicamente señaladas—, cometidas con ocasión de un conflicto internacional y respecto de las personas protegidas por dichas Convenciones —por tanto, no respecto de todas las personas—. Estas limitantes indican lo restringido del principio aplicado. Por otra parte, hay que tener presente que sólo tiene lugar la universalidad en las Convenciones de Ginebra, cuando existe conflicto internacional, se excluyen en todas ellas (artículo 3º de las cuatro), los conflictos internos. En estos casos, dichas violaciones no son materia de la jurisdicción universal. "...En efecto, del mismo texto del artículo 3 resulta que este artículo es el único aplicable en caso de conflictos internos..."<sup>12</sup>.*

Por otra parte, existe el criterio de la nacionalidad pasiva, es decir que un Estado tendría jurisdicción sobre delitos cometidos fuera de su territorio por extranjeros en contra de sus nacionales. Sin embargo, este criterio no ha sido reconocido ampliamente en el Derecho Internacional, de modo que no puede considerarse, y de hecho no lo es, un principio que regule esta materia. Por de pronto no se encuentra, en términos generales, en ningún tratado internacional y es rechazado como principio de derecho internacional por Inglaterra, Estados Unidos y muchos otros países.

<sup>12</sup> Claude PILLOUD, Director del Comité Internacional de la Cruz Roja. "Las reservas a los Convenios de Ginebra de 1949", aparecido en la Revista Internacional de la Cruz Roja marzo y abril de 1976. Página 12 de la separata del artículo.

de órdenes superiores. Bajo el Artículo 5 (1) cada parte estado tiene que establecer su jurisdicción sobre la tortura: (a) cuando se cometa dentro del territorio bajo su jurisdicción, (b) cuando el supuesto ofensor sea un nacional de ese estado, y (c) en ciertas circunstancias, cuando la víctima sea un nacional de ese estado.

Bajo el Artículo 5 (2) una parte estado tiene que asumir la jurisdicción sobre un supuesto ofensor que se encuentre dentro de su territorio. El Artículo 6 contiene cláusulas para que un estado en cuyo territorio se encuentre un supuesto torturador lo detenga, investigue la posición y notifique a los estados como se alude en el Artículo 5 (1) e indique si pretende ejercer jurisdicción.

Bajo el Artículo 7 el estado en cuyo territorio se encuentre el supuesto torturador lo someterá, si no es extraditado a uno de los estados que se mencionan en el Artículo 5 (1), a sus autoridades con el propósito que lo enjuicien. Bajo el Artículo 8 (1) la tortura se tratará como un ofensa extraditable y bajo el Artículo 8 (4) la tortura,

para los propósitos de extradición, se tratará como si se hubiera cometido no sólo en el lugar donde ocurrió sino también en el estado mencionado en el Artículo 5.

¿Quién es un "funcionario" para los propósitos de la Convención contra la Tortura?

La primera pregunta en la Convención es decidir si los actos hechos por un jefe de Estado son realizados por "un funcionario público o una persona que actúa con una capacidad oficial" dentro del significado del Artículo 1. La misma pregunta surge bajo la sección 134 del Acta de Justicia Criminal de 1968. La respuesta a ambas preguntas debe ser la misma.

En su juicio en la primera audiencia Lord Slynn sostuvo que un jefe de Estado no era ni un funcionario público ni una persona actuando con una capacidad oficial dentro del significado del Artículo 1: señaló que hay un número de convenciones internacionales (por ejemplo el Estatuto de Crímenes de Guerra Yugoslavo y el Estatuto de Crímenes de Guerra de Ruanda) las cuales se refieren especí-

b. En los principios de la libre determinación de los pueblos y en el de la igualdad soberana de todos los Estados, reconocidos expresamente en la Carta de las Naciones Unidas, artículos 1 y 2, y en el Pacto sobre Derechos Políticos y Civiles, artículo 1.

En efecto, la Carta de las Naciones Unidas señala en su artículo 1 párrafo 2, que se reconoce como uno de los objetivos de las Naciones Unidas, *promover el respeto al principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos*. Agregándose, en su artículo 2 párrafo 1, que se reconoce como principio que debe respetarse para alcanzar los objetivos señalados en el artículo 1º, *el de la igualdad soberana de todos sus Miembros*.

Por su parte, el Pacto sobre Derechos Políticos y Civiles (Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966), en su artículo I párrafo 1 reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que implica un reconocimiento a su capacidad y soberanía para determinar el sistema político y, por tanto, jurídico que los regulará. Textualmente indica que "1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural."

En conclusión y en razón de estos principios, los Estados tienen derecho a determinarse tanto en el orden político, como en su orden social y económico. Ahora bien, el orden político implica la organización interna del país, sus instituciones y su derecho.

c. Ninguno de los tratados internacionales establece, en términos generales, que un Estado tenga derecho a juzgar las violaciones a los derechos humanos

ficamente a jefes de Estado cuando tienen el propósito de hacerlos responsables.

Lord Lloyd por lo visto no estuvo de acuerdo con Lord Slynn en este punto, puesto que pensó que un jefe de estado que era un torturador podía ser procesado en su propio país, un punto de vista que no podía ser correcto a menos que tal jefe de Estado se hubiera conducido él mismo como un funcionario público o con una capacidad oficial.

Quedó claro durante el argumento que tanto la República de Chile como el senador Pinochet aceptaban que los actos afirmados contra el senador Pinochet, si se probaran, eran actos hechos por un funcionario público o persona que actuaba con una capacidad oficial dentro del significado del Artículo 1.

En mi opinión estas concesiones se hicieron en forma correcta. A menos que un jefe de estado que autoriza o promueve la tortura sea un funcionario o esté actuando con una capacidad oficial dentro del Artículo 1, él no sería culpable del crimen internacional de tortura incluso dentro de

su propio estado. Esa, evidentemente, no puede haber sido la intención. Según mi punto de vista sería completamente contrario a la intención de la Convención si hubiera alguien que pudiera quedar exento de culpa.

La pregunta crucial no es si el senador Pinochet cae dentro de la definición en el Artículo 1: él visiblemente sí cae dentro de esa. La cuestión es si, aun así, él es procesalmente inmune al proceso. Para mí, el hecho de que un jefe de estado puede ser culpable del crimen esclarece poco, si es que algo, el problema de si él es inmune a un enjuiciamiento por ese crimen en un estado extranjero.

#### JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Hubo considerable debate ante sus señorías concerniente a la extensión de la jurisdicción para procesar torturadores otorgado a los estados distintos a aquellos mencionados en el Artículo 5 (1). No encuentro necesario buscar una res-

---

quando han sido cometidas en otro Estado, salvo las excepciones específicas señaladas en la letra a. precedente.

i) Así, por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio señala que las personas acusadas de dicho delito serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. Es decir, el país competente es aquel donde se ha cometido el delito, salvo que exista una Corte Internacional a la cual le haya reconocido jurisdicción. Así, el artículo VI de esta Convención contempla expresamente la norma de competencia señalada.

No está de más recordar que España al ratificar esta Convención hizo prevención expresa respecto de la jurisdicción de un Tribunal Internacional. Parece al menos inconsecuente que España se arrogue facultades para conocer este tipo de delitos cualquiera que sea el lugar en que se hayan cometido, no obstante que ella rechaza expresamente una jurisdicción internacional y, por tanto, con mayor razón una jurisdicción nacional distinta de la suya<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Auto del Juzgado Central de Instrucción Número Seis de la Audiencia Nacional de Madrid de fecha 15 de septiembre de 1998 del Magistrado D. Manuel García-Castellón, Fundamentos Jurídicos. Considerando Primero, mediante el cual el tribunal resuelve aceptar la jurisdicción para conocer de las querellas presentadas en contra de don Augusto Pinochet Ugarte y otros por los delitos de genocidio, terrorismo y otros.

puesta a todos los puntos planteados. Es suficiente que esté claro que en todas las circunstancias, si los estados del Artículo 5 (1) prefieren no procurar la extradición o procesar al ofensor, otros estados deben hacerlo.

El propósito de la Convención era introducir el principio *aut dedere aut punire*: ya sea que extradite o castigue: Burgers y Danelius pág. 131. Durante toda la negociación de la Convención ciertos países deseaban que el ejercicio de la jurisdicción bajo el Artículo 5 (2) dependiera del estado que asumía la jurisdicción habiendo rechazado la extradición a un estado del Artículo 5 (1).

No obstante en una sesión en 1984 todas las objeciones al principio de *aut dedere aut punire* se retiraron. "Ninguna delegación se opuso más a la inclusión de la jurisdicción universal en la Convención preliminar": el Grupo de Trabajo en la Convención Preliminar U.N. Doc. E/CN.4/1984/72, para. 26. Si no hay ningún enjuiciamiento, o extradición, por un estado del Artículo 5 (1), el estado donde se en-

cuentre el supuesto ofensor (el cual ya lo habrá detenido según el Artículo 6) debe ejercer la jurisdicción bajo el Artículo 5 (2) procesándolo bajo el Artículo 7 (1).

Recojo los siguientes puntos importantes de la Convención contra la Tortura:

- 1) La tortura dentro del significado de la Convención sólo puede ser cometida por "un funcionario público u otra persona que actúa con una capacidad oficial", pero estas palabras incluyen a un jefe de estado. Un solo acto de tortura oficial es "tortura" dentro de la Convención.
- 2) Las órdenes superiores no proporcionan ninguna defensa.
- 3) Si los estados con la jurisdicción más obvia (los estados del Artículo 5 (1)) no buscan la extradición, el estado donde el supuesto torturador se encuentre debe procesar o, manifiestamente, extraditar a otro país, es decir, hay jurisdicción universal.
- 4) No hay ninguna cláusula expresa que aborde la inmunidad de estado de los

(Por último, cabe hacer presente que de acuerdo al artículo II de esta convención el delito de genocidio está definido como la perpetración de ciertos actos, descritos en el tratado, realizados "...con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso...". Claramente, a la luz de esta definición de la convención, resultan atípicas las conductas que se le imputan al General Pinochet).

ii) Por otra parte la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada en 1987, contempla expresamente en su artículo 5 la territorialidad como principio general respecto de los delitos que sanciona.

Es cierto, en todo caso, como ha resuelto la Cámara de los Lores, que en ella se contempla una cierta jurisdicción extraterritorial de carácter excepcional y subsidiaria. Sin embargo, esta sólo existe o tiene lugar cuando el ilícito que se condena por el Convenio y que se imputa a alguna persona, tiene el carácter de haber formado parte de una política de Estado, como se verá más adelante a propósito de los comentarios sobre la sentencia.

En efecto, el artículo 5 de la Convención señala como principio general la territorialidad sobre los delitos de tortura. Sin embargo, el párrafo 2 establece un caso de extraterritorialidad: el que tiene lugar cuando el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición a otro Estado, en conformidad al propio Convenio.

Es decir, lo que contempla este párrafo 2 y que permite dicha extraterritorialidad es que se reúnan los siguientes requisitos copulativos:

jefes de estado, embajadores u otros funcionarios.

- 5) Puesto que Chile, España y el Reino Unido son todos parte de la Convención, están obligados según el tratado por sus cláusulas ya sea que estas se apliquen o no en ausencia de la obligación del tratado. Chile ratificó la Convención con efecto desde el 30 de octubre de 1988 y el Reino Unido con efecto desde el 8 de diciembre de 1988.

#### INMUNIDAD DE ESTADO

Este es el punto en torno al cual giraron gran parte de los argumentos. Es de considerable importancia general internacional, puesto que, si el senador Pinochet no está calificado para la inmunidad en relación con los actos de tortura que se afirma que ocurrieron después del 29 de septiembre de 1988, será la primera vez hasta donde el asesor legal ha descubierto en que una corte local se ha negado a pro-

porcionar inmunidad a un jefe de estado o ex jefe de estado sobre la base que no puede haber inmunidad contra el enjuiciamiento por ciertos crímenes internacionales.

Dada la importancia del punto, es sorprendente cuán estrecha es el área de disputa. Hay un acuerdo general entre las partes en cuanto a las reglas de inmunidad estatutaria y la razón fundamental que las sustenta. El problema es si la ley internacional otorga la inmunidad de estado en relación con el crimen internacional de tortura, y si es así, si la República de Chile está autorizada para afirmar tal inmunidad aun cuando Chile, España y el Reino Unido sean partes de la Convención contra la Tortura y en consecuencia "contractualmente" ligados a llevar a efecto sus cláusulas desde el 8 de diciembre de 1988 a más tardar.

Es un principio básico de la ley internacional que un estado soberano (el estado foro) no falle sobre la conducta de un estado extranjero. El estado extranjero está calificado para la inmunidad procesal

- 
- Que el presunto delincuente se encuentre en el territorio de un Estado cualquiera que, de acuerdo a las reglas sobre la territorialidad, no tiene jurisdicción; y
  - Que este Estado no conceda la extradición a otro Estado parte del Convenio que pretende juzgar al acusado del delito de tortura.

Se debe tener presente, en todo caso, que podría interpretarse que el párrafo 3 de este artículo deja abierta la puerta para que otro Estado distinto de aquel donde se cometió el delito o distinto de aquel en que se encuentra el supuesto culpable pueda arrogarse jurisdicción, cuando señala que "La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales". Pero también es admisible entender que esta norma sólo hace referencia a la jurisdicción penal interna que, en materia de tortura, pueda ejercer una país signatario de la Convención sin que signifique o implique un compromiso de carácter internacional por parte de los otros Estados y, por tanto, que no afecta a la legislación internacional.

Sin embargo, esta es una materia que por su importancia en el fallo en comento, dejaremos para más adelante. Al respecto, sería conveniente señalar que, en todo caso, si se estima que la Convención contempla una jurisdicción universal, ella no es obligatoria para los Estados parte, sólo tendría el carácter de facultativa.

Hay que tener presente que este Tratado entró a regir en 1988, es decir, no podría aplicarse sino a partir de esta fecha la extraterritorialidad excepcional que contempla. Este, que es un principio general del derecho, se encuentra



a los juicios del estado foro. Esta inmunidad se extiende tanto a la responsabilidad criminal como civil. La inmunidad de estado probablemente surgió de la inmunidad histórica de la persona del monarca. En cualquier caso, tal inmunidad personal del jefe de estado persiste hasta el día de hoy; el jefe de estado está calificado para la misma inmunidad que tiene el estado mismo.

El representante diplomático del estado extranjero en el estado foro también ha recibido la misma inmunidad en reconocimiento de la dignidad del estado al cual representa. Esta inmunidad que disfruta un jefe de estado en el poder y un embajador en el cargo es una inmunidad completa que está unida a la persona del jefe de estado o embajador y que lo vuelve inmune a todas las acciones o procesamientos ya sea que estén o no relacionados con asuntos realizados para el beneficio del estado. Se dice que tal inmunidad se otorga *ratione personae*.

¿Qué pasa entonces cuando el embajador deja su cargo o el jefe de

estado es depuesto? La posición del embajador queda cubierta por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961. Después de proporcionar inmunidad al arresto (Artículo 29) y a la jurisdicción criminal y civil (Artículo 31), Artículo 39 (1) estipula que los privilegios del embajador se disfrutarán desde el momento en que él asume el cargo; y el apartado (2) establece:

(2) Cuando las funciones de una persona que disfruta privilegios e inmunidades han llegado a su fin, tales privilegios e inmunidades normalmente cesan en el momento en que abandona el país, o al término de un período razonable en el cual hacerlo, pero perdurarán hasta ese tiempo, incluso en caso de un conflicto armado. No obstante, con respecto a actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión, la inmunidad continuará existiendo”.

La inmunidad parcial continua del embajador después de dejar el cargo es de un tipo diferente a la *ratione per-*

consagrado también en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 28. En efecto, ahí se señala la no retroactividad de los tratados, salvo que se haya señalado lo contrario expresamente o que ello conste de alguna manera fidedigna. Así, se indica lo siguiente: “28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

iii) Por su parte, los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, o de Crímenes de Lesa Humanidad –los que, en todo caso, no tienen el valor de un tratado o convención– y que fueron declarados en 1973, señalan expresamente en sus números 2 y 5 que este tipo de delitos deben ser enjuiciados en los países en que se hayan cometido; es ese Estado el que tiene derecho a juzgar.

iv) De la misma manera, ratifica el tantas veces mencionado principio de la territorialidad, la Convención Europea relativa a la Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y de Crímenes de Guerra, cuando señala en el inciso primero de su artículo 1 que los Estados contratantes se comprometen a tomar medidas para lograr la inaplicabilidad de la prescripción en estos delitos, *siempre y cuando ellos sean punibles de acuerdo a la legislación nacional*.

Al respecto cabe consignar que este tratado sólo tiene aplicación europea, puesto que sus contratantes y sus cláusulas están previstas respecto de países de

*sonae* que disfrutó mientras estuvo en el puesto. Puesto que él ya no es más el representante del estado extranjero no merece ningún privilegio particular o inmunidades como persona. No obstante, con el fin de preservar la integridad de las actividades del estado extranjero durante el período cuando era embajador, es necesario establecer que la inmunidad se proporciona a sus actos oficiales durante el período en el cargo. Si esto no se hiciera, la inmunidad soberana del estado se podría evadir poniendo en tela de juicio actos realizados durante el período previo del embajador.

Por consiguiente, bajo el Artículo 39 (2) el embajador, como cualquier otro funcionario del estado, disfruta de inmunidad en relación con sus actos oficiales que llevó a cabo mientras era un funcionario. Esta inmunidad limitada, *ratione materiae*, se tiene que comparar con la ex inmunidad *ratione personae*, la cual otorgaba inmunidad completa a todas las actividades ya sean públicas o privadas.

En mi opinión respecto a la ley común un ex jefe de estado disfruta de inmunidades similares, *ratione materiae*, una vez que deja de ser jefe de estado. Igualmente pierde la inmunidad *ratione personae* al dejar de ser jefe de estado: ver Watts, La Posición Legal en Ley Internacional de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, pág. 88; y los casos que ahí se citan.

Puede ser enjuiciado por sus obligaciones privadas: Ex Rey Farouk de Egipto v. Crithian Dior (1957) 24 I.L.R. 228; Jiménez v. Aristeguieta (1962) 311 F. 2d 547. Como ex jefe de estado él no puede ser enjuiciado con respecto a actos que realizó mientras era jefe de estado en su capacidad pública: Hatch v. Bae (1876) 7 Hun. 596. De este modo, en la ley común, la posición del ex embajador y el ex jefe de estado parece ser ampliamente la misma: ambos disfrutaban de inmunidad por actos que se realizaron en el desempeño de sus respectivas funciones mientras estuvieron en el cargo.

---

ese continente. Sin embargo, el principio que se deduce de la norma citada viene a demostrar que la territorialidad de la ley penal, incluso para delitos calificados de lesa humanidad, es un principio general del derecho internacional. En efecto, la norma descrita establece un compromiso que asumen los estados contratantes tendente a tomar las medidas necesarias para evitar la prescripción de los delitos que el tratado condena. Sin embargo, dicho compromiso es exigible en la medida en que los mencionados delitos sean punibles de acuerdo a la ley penal del país contratante de que se trate. En buenas cuentas, esta norma viene a ser una ratificación indirecta de la territorialidad, ya que es tal su importancia, que esta convención está dispuesta a reconocer que la obligación de cumplir el compromiso que señala su artículo 1 queda sujeta a dicho principio.

En resumen, en esta convención europea se reconoce la primacía de la territorialidad de las normas penales, tanto así que en esos casos no están obligados los Estados contratantes a adoptar medidas de imprescriptibilidad.

v) Podría sostenerse que en la Declaración Sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas —el que tampoco es un tratado—, emitida en 1992, se reconoce tácitamente la extraterritorialidad, siempre que *ella sea ejercida en conformidad con los convenios internacionales*. Es decir, no se trata de una extraterritorialidad absoluta, sino que ella debe estar sujeta a los convenios internacionales, los que, como ya hemos visto, no la conceden en términos generales.

d. Además, el propio Informe Joinet señala expresamente en sus numerando 28 que "...La competencia de los tribunales nacionales debería, por razones de

He elaborado este punto porque hay una extraña característica de la ley del Reino Unido, la que debo mencionar brevemente. El Acta de Inmunidad del Estado de 1978 modifica la inmunidad completa tradicional que proporciona la ley común en demandas por daños contra estados extranjeros. Tales modificaciones están contenidas en la Parte I del Acta. La Sección 16 (1) estipula que nada en la Parte I del Acta se tiene que aplicar a los procedimientos criminales. En consecuencia la Parte I no tiene aplicación directa en el presente caso. No obstante, la Parte III del Acta contiene la sección 20 (1) la cual estipula:

“Sujeto a las cláusulas de esta sección y a modificaciones necesarias, el Acta de Privilegios Diplomática de 1964 se aplicará a:

- (a) un soberano u otro jefe de estado;
- (b) ...
- (c) ...

como se aplica al jefe de una misión diplomática...”

La forma correcta en la que se aplica el Artículo 39 (2) de la Convención de Viena a un ex jefe de estado es desconcertante. ¿Qué “funciones” tiene uno que contemplar? ¿Cuándo estas cesan, puesto que el ex jefe de estado por cierto casi nunca llega a este país menos aún lo deja? ¿La inmunidad de un ex jefe de estado se limita al ejercicio de las funciones de un miembro de la misión, o es eso nuevamente algo que está sujeto a una “modificación necesaria”?

Es difícil resistirse a la sospecha de que algo ha salido mal. Se llevó a cabo una búsqueda en la historia parlamentaria de la sección. De aquí surgió que la sección original 20 (1) (a) señala: “un soberano u otro jefe de estado que esté en el Reino Unido por invitación o con el consentimiento del Gobierno del Reino Unido”. Sobre esa base la sección había sido inteligible.

No obstante, fue cambiada por la enmienda de un gobierno cuyo autor señaló que la cláusula como se introdujo “deja un duda insatisfactoria sobre la posición de

*principio, ser la norma, porque toda solución durable implica que esta tiene que partir de la nación misma...*” Agregando, posteriormente, que sería saludable, en forma subsidiaria, establecer la competencia de un tribunal internacional.

Por último agrega en el N° 29 que *sería conveniente que los tratados internacionales contuvieran normas de competencia universal*. Al hacer esta recomendación, el propio informante reconoce que los tratados internacionales en materia de derechos humanos *no contienen, en términos generales, cláusulas de competencia universal*.

En buenas cuentas, un informe cuyo objetivo es proponer normas y principios en contra de la impunidad, está reconociendo que en el orden internacional no existen cláusulas de competencia universal o extraterritorialidad. Es por ello que el informante, más adelante, propone que las Naciones Unidas adopten una resolución que promueva la existencia de este tipo de cláusulas en los tratados y convenios sobre derechos humanos.

#### 4. *Los principios generales del derecho no admiten excepciones en casos de violación a los derechos humanos*

Se ha sostenido, también, que en materia de derechos humanos existirían una serie de limitaciones a los principios sobre los cuales se ha ido construyendo el derecho penal a nivel mundial. Así, se ha manifestado fundamentalmente, que los delitos de lesa humanidad no prescribirían, que no regiría el principio de la irretroactividad de las leyes o de los tratados y que no podrían ser objeto de amnistía.

los jefes de estado que no están en el Reino Unido"; él manifestó que la enmienda era para asegurar que los jefes de estado fueran tratados como jefes de misiones diplomáticas "sin consideración a la presencia en el Reino Unido". La historia parlamentaria, en consecuencia, no revela ninguna indicación clara de cuál era el propósito.

Sin embargo, a mi juicio, no importa excesivamente, puesto que el Parlamento no puede haber pretendido otorgar a los jefes de estado y ex jefes de estado mayores derechos del que ya disfrutaban bajo la ley internacional. En conformidad, "las modificaciones necesarias", las cuales tienen que hacerse, producirán el resultado que un ex jefe de estado tiene inmunidad en relación con los actos hechos como parte de sus funciones oficiales cuando fue jefe de estado. Por consiguiente, en mi opinión, el Senador Pinochet como ex jefe de estado disfruta de inmunidad *ratione materiae* en relación con actos que él llevó a cabo como jefe de estado como parte de sus funciones oficiales como tal.

Luego la pregunta que tiene que responderse es si la afirmada organización de tortura de estado del senador Pinochet (si se prueba) constituiría un acto cometido por el senador Pinochet como parte de sus funciones oficiales como jefe de estado. No es suficiente señalar que no puede ser parte de las funciones del jefe de estado cometer un crimen. Las acciones que son criminales bajo la ley local aun así se pueden haber realizado oficialmente y en consecuencia dar origen a la inmunidad *ratione materiae*. El caso necesita un análisis más detallado.

¿Se puede manifestar que la comisión de un crimen, el cual es un crimen internacional contra la humanidad y *ius cogens* es un acto hecho en una capacidad oficial a favor del estado? Creo que hay un fuerte base para decir que la implementación de la tortura como la define la Convención para la Tortura no puede ser una función de estado. Esta es la visión que adoptó Sir Arthur Watts (*supra*) quien señaló (en pág. 82):

"Aunque en general la ley internacional no involucra directamente obli-

---

El fundamento principal que se ha esgrimido al respecto es que la violación de los derechos humanos repugna tanto a la comunidad internacional que no cabría aplicar ninguno de estos principios, ya que ello significaría una verdadera impunidad respecto de los responsables. De hecho, una de las preocupaciones fundamentales de las entidades vinculadas con los derechos humanos, desde fines de la década pasada, ha sido el tema de la impunidad.

Sin embargo, esta tesis que puede resultar razonable a primera vista, no se compadece ni es coherente con las normas y principios que la propia evolución de los derechos humanos ha ido construyendo en materia del derecho penal. En efecto, el que no hay crimen ni pena sin una ley anterior; la prescripción de los delitos (en un tiempo más o menos largo o corto); e incluso la posibilidad del indulto o la amnistía como un instrumento de pacificación social después de una guerra o de un conflicto interno, han sido considerados siempre como un avance de la legislación penal.

Quizá por estas consideraciones es que la supuesta eliminación de estos principios cuando se trata de violaciones a los derechos humanos, no se ha consolidado aún y probablemente no se consolidará nunca, pues de lo contrario se estaría rechazando la propia evolución que ha tenido, en un sentido humanitario, el derecho penal.

En conclusión, no existe una costumbre internacional debidamente asentada, ni un tratado general que rechace la aplicación de estos principios en términos globales. Sino, por el contrario, en esta materia, deben regir las normas generales del derecho penal como la presunción de inocencia; la irretroactividad de las

gaciones sobre individuos en forma personal, eso no es siempre apropiado, particularmente para actos de tal gravedad que constituyen no simplemente daños internacionales (en el sentido amplio de un daño civil) sino más bien crímenes internacionales que infringen el orden público de la comunidad internacional.

“Los estados son personas legales artificiales: sólo pueden actuar a través de las instituciones y agencias de estado, lo cual significa, finalmente, a través de sus funcionarios y otros individuos que actúan en nombre del estado. Para la conducta internacional, un asunto muy serio como para ser manchado con criminalidad, considerar esta como atribuible sólo al estado impersonal y no a los individuos que la ordenaron o la perpetraron, es tanto irreal como ofensivo para las nociones comunes de justicia.

“La idea de que los individuos que cometen crímenes internacionales son internacionalmente responsables por ellos, ahora ha llegado a ser una parte aceptada de la ley internacional. Los problemas en

esta área —tales como la no existencia de un tribunal internacional permanente que tenga jurisdicción sobre tales crímenes, y la falta de consenso en cuanto a qué actos son internacionalmente criminales para este propósito— no han afectado la aceptación general del principio de responsabilidad individual para la conducta criminal internacional”.

Más tarde, en p. 84, dijo:

“No se puede dudar que como una cuestión general de la legislación internacional un jefe de Estado será personalmente responsable y será llamado a responder ante la justicia si existe suficiente evidencia de que autorizó o perpetró crímenes internacionales tan serios”.

Se pueden hacer objeciones que Sir Arthur estaba analizando los casos donde la comunidad internacional ha establecido un tribunal internacional en relación al cual el documento regulatorio expresamente convierte al jefe de estado en sujeto de jurisdicción del tribunal internacional: véase, por ejemplo, la carta de Nurem-

---

normas penales; el que existe prescripción, al menos para varios países, entre los que está Chile; y que, al menos, hasta ciertas fechas y en ciertas circunstancias, sería admisible la amnistía.

Las razones que nos llevan a concluir estas cuestiones son las siguientes:

a. La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala expresamente en su artículo 11 párrafo 1 que se reconoce a toda persona la presunción de inocencia, agregando en su párrafo 2 que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

En el mismo sentido, lo señala el artículo 15 del Pacto sobre Derechos Políticos y Civiles. Es decir, debe presumirse la inocencia y la descripción del delito debe haber existido con anterioridad al momento de su comisión, al menos para el derecho internacional.

En efecto, el Artículo 15 del mencionado Pacto reconoce el principio de *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Principio que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 4 párrafo 2, es de aquellos que no puede suspenderse ni aun en circunstancias extraordinarias, lo que sí se autoriza respecto de otros derechos en el mencionado artículo 4.

Agrega sin embargo, en su párrafo 2, que *la no existencia de la tipificación delictual de un hecho o de la pena que lo acompaña a nivel nacional*, al momento de la comisión del mismo, no puede considerarse una excepción para el juicio y la aplicación de una pena, si ello es contrario a los principios generales del derecho reconocidos internacionalmente, que lo consideran un delito. En con-

berg, artículo 7; el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia; el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y el Estatuto de la Corte Criminal Internacional. Es cierto que en estos casos se dice expresamente que el jefe de estado o ex jefe de estado está sujeto a la jurisdicción de la corte. Pero esos son casos en los que una nueva corte sin jurisdicción existente está siendo establecida. La jurisdicción que se establece en la Convención contra la Tortura y la Convención sobre los Rehenes es una donde las cortes locales existentes de todos los países están siendo autorizadas y requeridas a tomar jurisdicción internacional. La pregunta es si, en el nuevo tipo de jurisdicción, el único punto de vista posible es el que los que están siendo sometidos a la jurisdicción de cada una de las cortes de estado del mundo en relación con la tortura no tienen derecho a reclamar inmunidad.

Tengo dudas si antes de la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura, la existencia del crimen internacional de la tortura como *ius cogens* era sufi-

ciente para justificar la conclusión de que la organización de la tortura de estado no podía ser catalogada para propósitos de inmunidad como cometida en el cumplimiento de funciones oficiales. En ese nivel no había tribunal internacional para castigar la tortura y tampoco jurisdicción general para permitir o requerir su castigo en cortes locales. No fue hasta cuando hubo alguna forma de jurisdicción internacional para el castigo del crimen de tortura que realmente se pudo hablar de un crimen internacional totalmente constituido. Sin embargo, a mi juicio la Convención sobre la Tortura proporcionó lo que faltaba: una jurisdicción mundial universal. Más aún, requería que todos los estados miembros prohibieran y declararan la tortura fuera de la ley: Artículo 2. ¿Cómo puede ser para propósitos legales internacionales una función oficial hacer algo que la ley internacional por sí misma prohíbe y criminaliza?

En tercer lugar, una característica esencial del crimen internacional de tor-

---

secuencia, si el hecho, al momento de cometerse, no tiene una tipificación delictual o una pena a nivel nacional e internacional, *debe aplicarse plenamente el principio jurídico del nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

b. En la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del año 1988, se señala en su artículo 7 que respecto del acusado de delito de tortura la decisión de la autoridad se debe adoptar "en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado".

Las mismas condiciones aplicables a cualquier delito de carácter grave tienen que incluir tanto las que perjudican como las que favorecen al inculpado; y ello quiere decir que deben aplicarse los principios generales del derecho penal, reconocidos universalmente, como la prescripción, el indulto, la presunción de inocencia, el *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, etc. Incluso podría sostenerse que también tiene aplicación la amnistía.

En el mismo sentido el artículo 17 sobre desapariciones forzosas señala que cuando los recursos judiciales dejen de ser eficaces, "...se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos...". Por su parte el párrafo 3 del mismo artículo contempla expresamente que de haber prescripción respecto de estos actos, esta debe ser de largo plazo.

*En buenas cuentas, respecto de estos delitos, declarados de lesa humanidad, puede contemplarse prescripción, aunque se pide que ella sea de largo plazo y que no empiece a correr sino cuando se cumplan ciertas condiciones. Ahora*

tura es que tiene que ser cometido "por o con el conocimiento de un funcionario público u otra persona actuando en una capacidad oficial". Como resultado, todos los acusados en los casos de tortura serán funcionarios públicos. Aún así, si el ex jefe de estado tiene inmunidad, el hombre más responsable escapará a ser responsabilizado, en tanto que sus inferiores (los jefes de policía, funcionarios de menor rango del Ejército) quienes llevaron a cabo sus órdenes deberán responder ante estos actos. Encuentro imposible aceptar que esta sea la intención.

Finalmente, y lo que expresa mi pensamiento, si la implementación de un régimen de tortura es una función pública que motiva el *ratione materiae*, esto produce resultados muy raros. La inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a ex jefes de estado y ex embajadores sino que a todos los funcionarios de estado que han participado en llevar a cabo las funciones de estado. Tal inmunidad es necesaria a fin de prevenir que la inmunidad de estado sea enredada al juzgar o querellarse contra el

funcionario que, por ejemplo, cometió la tortura cuando una acusación contra un jefe de estado sería imposibilitada por la doctrina de la inmunidad. Si eso procedía en el presente caso, y si la implementación del régimen de tortura ha de ser considerada como función oficial suficiente para encontrar una inmunidad para el ex jefe de estado, también debe ser función oficial suficiente justificar la inmunidad para sus inferiores, los que realmente ejercieron la tortura. Bajo la Convención el crimen internacional de tortura puede ser sólo cometida por un funcionario o alguien en una capacidad de tal. Todos gozarían de inmunidad. Consecuentemente no podría haber un caso fuera de Chile en el que un juicio exitoso contra la tortura puede ser llevado a cabo, a menos de que el Estado de Chile esté preparado a renunciar su derecho a la inmunidad de sus funcionarios. Es por ello que toda la compleja estructura de la jurisdicción internacional sobre la tortura cometida por funcionarios resulta abortiva y uno de los principales objetivos de la Convención contra la Tor-

---

bien, esta declaración señala expresamente en su artículo 18 que los culpables o presuntos culpables de estos delitos no pueden beneficiarse de una ley de amnistía especial. En todo caso esta norma de la declaración (que aún no se ha convertido en un tratado vigente para Chile, al menos), no prohíbe una ley de amnistía de carácter general y además sólo podría regir hacia el futuro, jamás respecto del pasado.

c. Por otra parte, debe recordarse que el tratado sobre imprescriptibilidad de los delitos de guerra y de los de lesa humanidad ha sido ratificado por muy pocos países. Por de pronto no ha sido ratificado ni por Chile, ni por España, ni por el Reino Unido. En el mismo sentido la Convención Europea relativa a la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra, tampoco ha sido ratificada ni por España, ni por el Reino Unido<sup>14</sup>.

d. El Protocolo N° II de las Convenciones de Ginebra aprobado el 8 de junio de 1977 y que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, que se refiere a los conflictos armados sin carácter internacional, señala expresamente en el artículo 6 párrafo 5 que una vez que terminen las hostilidades entre las partes en conflicto, las autoridades deben procurar dictar las más amplias amnistías posibles.

<sup>14</sup> Información proporcionada vía Internet por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, Suiza, 1997.

tura —proporcionar un sistema bajo el cual no hay refugio para los torturadores— sería frustrada. En mi opinión todos estos factores juntos demuestran que la noción de inmunidad continua para ex jefes de estado es inconsistente con las provisiones de la *Convención contra la Tortura*.

Es por estas razones, que, si es que como se sostiene, el Senador Pinochet organizó y autorizó tortura luego del 8 de diciembre de 1988, él no estaba actuando en ninguna capacidad que motive la inmunidad *ratione materiae* porque tales acciones eran contrarias a la legislación internacional. Chile había acordado declarar ilegales tales conductas y Chile había acordado con las otras partes en la *Convención contra la Tortura* que todos los estados signatarios deberían tener jurisdicción para enjuiciar la tortura oficial (como fue definida en la *Convención*) incluso si tal tortura era cometida en Chile.

En lo que se refiere a los cargos de asesinato y conspiración, nadie ha presentado argumentos por qué las razones de la inmunidad común y corriente no deberían

aplicarse y el Senador Pinochet es merecedor de tal inmunidad.

Es por estas razones que yo permitiría la apelación para que los procedimientos de extradición sigan su curso bajo las acusaciones de que la tortura en ejecución de una conspiración para cometer tortura, incluido sólo el acto de tortura que se presenta en el cargo número 30, estaba siendo cometida por el Senador Pinochet luego del 8 de diciembre de 1988, cuando perdió su inmunidad.

El emitir para el magistrado una autorización para proceder de acuerdo a lo que establece la sección 7 del Acta de Extradición de 1989, el Secretario de Estado procedió sobre la base que todos los rangos de cargos sobre tortura y asesinato contra el Senador Pinochet serían el asunto medular del proceso de extradición. La decisión de los lores de excluir de consideración un gran número de tales cargos constituye un cambio sustancial de las circunstancias. Esto obviamente requerirá que el Secretario de Estado reconsidere su decisión bajo la sección 7 a la luz de las nuevas circunstancias.

En efecto, el artículo 6 en su párrafo 5 señala expresamente que "*A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.*"

Evidentemente, la norma citada anteriormente es demostrativa de que en el derecho internacional de los derechos humanos sí se contempla e incluso se promueve la dictación de leyes de amnistía. Por ello no es efectivo, como se ha señalado, que para el derecho internacional la amnistía es equivalente a impunidad y que estaría absolutamente prohibido que ellas se dictaran.

e. Por último, ninguno de los tratados mencionados, salvo el de imprescriptibilidad —y ya se señaló el valor relativo que este tratado tiene debido a que los países comprometidos en estos hechos no han ratificado esta convención—, señala que la amnistía no sea admisible.

Por otra parte, si bien existen declaraciones y resoluciones de las Naciones Unidas —las que claramente no tienen el valor de tratados— que no reconocen la amnistía para este tipo de delitos, hay que recordar lo que al respecto se indica en el informe de M.L. Joinet. En efecto, este señala expresamente que las ONGs y los organismos de derechos humanos, así como varios juristas y partidos políticos, promovieron, especialmente en América Latina, la dictación de leyes de amnistía durante la década del setenta. El objetivo era obtener la libertad de varios terroristas o "presos políticos", así como la posibilidad de pacificación de



esos países y la búsqueda de diálogos fecundos que permitieran la reconstrucción democrática. Expresa el mencionado informe que "...así como, en el caso de ciertos países, la oposición democrática... *se movilizaron en favor de la amnistía para los prisioneros políticos. Esta evolución es característica de los países de América Latina entonces sometidos a regímenes dictatoriales...*". Continúa el informe señalando que la amnistía era considerada como un símbolo de libertad, "...lo que facilitará progresivamente la unificación de múltiples iniciativas de resistencia pacífica o de lucha contra los regímenes dictatoriales de la época...".

Respecto de este tipo de amnistías<sup>15</sup> que favoreció claramente a un sector político, el informe se muestra, por decir lo menos, favorable. Hay que tener presente que la ley de amnistía dictada por Chile se produjo, justamente, a finales de la década del setenta, es decir, dentro del marco señalado por M. Joinet y que no propone que se modifique.

Es necesario señalar que el mencionado informe indica que en los ochenta y, particularmente, a partir de los noventa, la tendencia es a rechazar las amnistías puesto que este instrumento dificultaría la sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, esta que puede ser considerada una tendencia mundial, aun no se ha consolidado en una costumbre o en un tratado que son las fuentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos.

En resumen, el experto entiende que la amnistía es una institución que, aunque no deseable, puede conducir a la pacificación de un pueblo en un determinado momento y la vuelta de ese país a la comunidad democrática. ¿A quién le corresponde definir cuándo esa ley de amnistía cumple con ese objetivo y cuándo no? Claramente, sólo lo puede hacer cada país en virtud del principio de la libre determinación, principio internacional universalmente reconocido.

### III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FALLO DE LA CAMARA DE LOS LORES

#### 1. *Inmunidad de los Jefes de Estado a la luz de la Convención contra la Tortura*

1.1. Se concluye, por mayoría, en el fallo de 24 de marzo último que, al menos desde la aprobación del Convenio contra la tortura, no puede sostenerse que la inmunidad de los jefes de Estado o de los ex jefes de Estado les permitiría excluirse de la jurisdicción local de un Estado extranjero.

En general, el tema central de la discusión sobre este punto está constituido por la definición del delito de tortura en el artículo 1º párrafo 1º de la Convención. Es decir, de lo que se entiende por delito de tortura han derivado, la mayoría de los jueces, que la mencionada inmunidad no tendría aplicación en este caso.

El referido artículo expresa que "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflijan intenciona-

<sup>15</sup> Se trata de aquellas dictadas en países de hispanoamérica tendentes a perdonar a terroristas y guerrilleros de izquierda con el objeto de que se insertaran en la vida democrática.

damente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

Los jueces británicos, en general, tanto en el primer fallo ante la Cámara de los Lores, como en el segundo fallo, se detuvieron largamente en el alcance de los términos “...funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas...”. Es decir, de esta frase se deduciría que los jefes o los ex jefes de Estado carecerían de la inmunidad a la luz de esta Convención y, por tanto, podrían ser juzgados por estos delitos.

1.2. Al respecto, fundamentalmente, se dan tres clases de argumentos para rechazar la inmunidad como ex jefe de Estado del Senador Pinochet, a partir de la vigencia de esta Convención:

- a) La organización de la tortura no puede ser para los propósitos legales internacionales una función oficial, toda vez que la ley internacional la prohíbe y penaliza. La definición misma de tortura es inconsistente con la inmunidad. No se ha renunciado en la Convención a la inmunidad porque esta no existe, no se puede haber previsto delitos de *ius cogens* e inmunidad, ya que esto sería contradictorio.
- b) Si bien, antes de la entrada en vigencia de la Convención, la tortura era un delito de carácter internacional como *ius cogens*, ello no sería suficiente para concluir que la “... organización de la tortura de estado no podía ser calificada para propósitos de inmunidad como cometida en el cumplimiento de funciones oficiales...” (Lord Browne-Wilkinson). Sin embargo, desde esta Convención que prevé una jurisdicción internacional para la sanción del delito de tortura, se puede hablar de un crimen internacional totalmente constituido. Es decir, este Convenio lo que busca es sancionar este delito como un delito de carácter internacional, no porque no lo fuera antes, sino porque no existía una jurisdicción universal que permitiera sancionar y a partir de la existencia de esta jurisdicción no puede sostenerse que un jefe o un ex jefe de Estado mantengan su inmunidad.
- c) Si de acuerdo a la Convención contra la tortura es factible juzgar a quienes llevaron a cabo los hechos, en general, personal subalterno (policías, militares y civiles de rango inferior), resultaría poco comprensible que no pudiera juzgarse al jefe o ex jefe de Estado, es decir, al hombre más responsable de los hechos.

1.3. Ahora bien, frente a estos argumentos, aquellos que sostuvieron que la inmunidad de jefe de Estado subsistía no obstante la aprobación de este Convenio, se basaron fundamentalmente en los siguientes aspectos:

- a) Que el concepto de “...funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas...”, no es un criterio lo suficientemente amplio como para comprender a los jefes de Estado o a los ex jefes de Estado, toda vez que en

cada ocasión en que se ha pretendido que se pueda juzgar a estas personas y, por tanto, se les ha levantado la inmunidad (Nuremberg, Tokio, Yugoslavia, Ruanda) se ha hablado expresamente de jefes de Estado y además de “cargos públicos” y “cargos oficiales”. En buenas cuentas, de acuerdo a este criterio la simple mención a funcionarios públicos no incluiría a los jefes de Estado, puesto que de acuerdo a la tradición internacional el concepto utilizado sería insuficiente.

- b) Que la línea que divide lo que son actos privados u oficiales de un Jefe de Estado es bastante compleja, pero ya que el Senador Pinochet no es acusado de haber cometido personalmente los delitos que se le imputan sino de haber organizado la comisión de dichos delitos como jefe de Gobierno, no cabe sino considerar que no actuaba a título privado, sino a título oficial. Que para facilitar esta distinción cabe mejor hablar de actos gubernamentales más que oficiales.
- c) Que toda renuncia por parte del Estado a su inmunidad de jurisdicción en un tratado debe ser expresa. Que sólo puede existir una renuncia tácita cuando el Estado interviene en un proceso en otro país sin alegar dicha inmunidad. En el mismo sentido la renuncia a la inmunidad de los jefes de Estado debe estar contenida en forma expresa en los Convenios o tratados, de lo contrario se prestaría para un caos internacional puesto que cada parte podría llegar a conclusiones diferentes.  
Se agrega que los tratados tienen muchas etapas y se van aceptando y aprobando poco a poco y punto por punto. ¿Por qué no tocar, entonces, el tema de la inmunidad de los jefes de Estado? En la historia de la negociación de este Convenio, nunca se propuso la renuncia tácita a la inmunidad. Si se hubiera tratado se habría establecido en forma expresa a objeto de evitar confusión en la interpretación. Por tanto, no habiéndose previsto la inmunidad en forma directa o indirecta en el tratado, mal podría este excluirla.
- d) Dado que uno de los propósitos más importantes de la inmunidad de jefe de Estado está en que él no pueda ser acusado en el exterior por razones políticas, es imprescindible, salvo que exista una excepción expresa, que ellos puedan gozar de este beneficio.

1.4. Es indudable que el análisis de los argumentos esgrimidos por los diferentes jueces que han intervenido en el proceso nos conducen a dos problemas esenciales y cuya solución puede ser diferente. En efecto, por una parte está el problema de intentar determinar el tenue límite que permite diferenciar entre actos oficiales y actos privados del jefe de Estado, toda vez que de acuerdo a la postura mayoritaria, los primeros quedarían cubiertos por la inmunidad y los segundos no. Pero, por otra parte, cabe también preguntarse más allá de toda duda razonable, si la Convención contra la Tortura levantó o no la inmunidad de los jefes de Estado o ex jefes de Estado de tal manera que pudieran ser juzgados en cualquier tribunal local por este delito.

1.5. Respecto del primer aspecto, es decir, si la tortura puede o no constituir un acto oficial de un jefe de Estado, cabe hacerse una pregunta previa:

¿Puede un acto ser contrario al derecho internacional, constituir un ilícito, generar responsabilidades del Estado que lo comete e incluso responsabilidades personales de quien lo realiza o quien ordena realizarlo y, al mismo tiempo, ser o constituir un acto oficial?

1.6. Estimo que la respuesta, por cierto siendo de mucha complejidad, tiene un contenido afirmativo. Es decir, es factible encontrar que ciertos actos son contrarios al derecho internacional, pero que al mismo tiempo pueden revestir el carácter de actos oficiales o gubernamentales.

Al respecto cabe recordar lo que señalaba Oppenheim: "...Es delito internacional todo daño o perjuicio causado a otro Estado por el jefe o el Gobierno de un Estado en violación de una obligación internacional de carácter jurídico. Los actos del jefe del Estado y del Gobierno son equivalentes a los actos de los funcionarios o de otras personas, ordenados o autorizados por el jefe de Estado o por el Gobierno..."<sup>16</sup>. Agregando más adelante que: "...Teniendo en cuenta que los Estados son personas jurídicas, se plantea el problema de determinar cuáles son los actos lesivos de carácter internacional que, según a quien sean imputados, pueden ser considerados como actos de Estado y por lo tanto como actos delictivos internacionales. A nuestro juicio lo son: primero, todos los actos realizados por los jefes de Estado o por los miembros de un Gobierno que actúan en tal capacidad, de tal modo que sus actos aparecen como actos de Estado..."<sup>17</sup>.

En buenas cuentas, para que el delito sea calificado como internacional es necesario que haya sido realizado por el jefe de Estado o por los miembros de un Gobierno, actuando en tal calidad, de manera que revista el carácter de acto oficial. Incluso más adelante se señala que por estas actuaciones, el jefe de Estado tendría inmunidad en una corte local de un Estado extranjero.

Es decir, no cabe duda que un hecho contrario al derecho internacional, tanto que constituya un ilícito internacional, podría llegar a ser un acto oficial.

1.7. Ahora bien, frente a esta tesis podría sostenerse que esto es cierto para este tipo de delitos internacionales, cuando se daña a otro Estado o cuando no se cumple un tratado, pero que tratándose de una violación al *ius cogens*, no puede admitirse la teoría de que sería un acto oficial y que como la tortura es una clara infracción al *ius cogens*, entonces estamos en presencia de un hecho que no puede revestir el carácter de acto oficial.

Sin embargo, frente a esta objeción cabe hacer presente que algunos Lores reconocieron en su fallo que la tortura era una violación al *ius cogens* mucho antes de la existencia del Convenio, pero que antes de este, esta sola circunstancia no era motivo suficiente para considerar que este ilícito no podía constituir un acto oficial. En buenas cuentas, a pesar de que una determinada infracción al derecho internacional puede ser una contravención al *ius cogens*, ello no la convierte de inmediato, y por ese solo hecho, en un acto privado sino que, por el contrario, podría llegar a concluirse que se trató de un acto oficial.

1.8. Pero a pesar de lo señalado precedentemente, queda en pie el argumento de que a partir del Convenio y por la circunstancia de que este prevé una jurisdicción universal para la sanción del delito de tortura, se puede hablar de un crimen internacional totalmente constituido que permite juzgar a los jefes de Estado y ex jefes de Estado. Pero me parece que esta forma de razonar constituye, de alguna manera, una petición de principios, toda vez que justamente lo que se trata de dilucidar y desmenuzar en este asunto es si, bajo la vigencia del Convenio contra la tortura, los jefes de estado mantienen o no su inmunidad.

<sup>16</sup> OPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 359.

<sup>17</sup> OPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 361.

1.9. A la luz de lo expuesto anteriormente, cabe entonces preguntarse sobre cuál es el límite entre los llamados actos oficiales que quedan cubiertos por la inmunidad de jefe de Estado, y los actos privados.

Al respecto, estimo que es indispensable hacer una prevención que consiste en señalar que no pueden compararse dos situaciones distintas. A saber, una cosa es si un acto es oficial y otra es saber si dicho acto es ilícito o ilegal. Por tanto, pretender vincular ambos conceptos resulta poco práctico y no nos permite encontrar la referida fronterera. En efecto, la oficialidad de un acto está más vinculada con su forma que con su contenido; por el contrario, la ilicitud o ilegitimidad de un acto, está vinculada estrechamente con el contenido del mismo más que con su forma. Es por esta circunstancia que existen actos oficiales, reconocidos como tales por el derecho internacional, que son ilícitos y actos ilícitos que no son oficiales sino privados.

De este modo, una ley aprobada con todos los trámites constitucionales, constituye un acto oficial de un Estado –no puede pensarse un acto más oficial que este–, pero el contenido de dicha ley puede ser contrario al *ius cogens* y, por tanto, al derecho internacional. Así por ejemplo una ley que obliga a practicarse el aborto o que impide a los matrimonios procrear más de determinada cantidad de hijos. Del mismo modo una política gubernamental, por ejemplo, destinada a la desaparición de una determinada raza o etnia, constituye un acto oficial del Estado, lo que no impide que dicha política sea contraria al orden público internacional.

1.10. En conclusión, no cabe duda que un hecho puede ser oficial y, al mismo tiempo, constituir un acto contrario al derecho internacional. Desde esta perspectiva no puede ponerse en duda que la organización para realizar tortura de estado puede, efectivamente, a pesar de ser un acto contrario al *ius cogens*, constituir un acto oficial. Por cierto que la tortura *per se* no es un acto oficial, sino que ella debe reunir ciertos elementos o características para que lo sea.

1.11. Una vez tratado este asunto cabe preguntarse entonces si la Convención contra la Tortura levantó o excluyó la inmunidad que favorece a los jefes de Estado o ex jefes de Estado.

Como se ha señalado expresamente, esta inmunidad es parte del derecho internacional consuetudinario. Y para que pudiera ser excluida su aplicación se necesitaría o de otra costumbre en sentido inverso, o de una renuncia por parte del Estado a quien beneficia o de una norma expresa contenida en un tratado.

Al respecto, la experiencia –incluso la más reciente– indica que cada vez que se ha querido levantar esta inmunidad para permitir juzgar a un jefe o ex jefe de Estado, ello se ha señalado expresamente, sin lugar a dudas o interpretaciones y además se ha concedido jurisdicción internacional y no sólo universal al tribunal respectivo. Así en Nuremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda. En el mismo sentido en la Convención contra el Genocidio, donde se excluye la inmunidad pero no se da jurisdicción universal, sino jurisdicción territorial y jurisdicción internacional.

En buenas cuentas, nuevamente nos enfrentamos a un error de interpretación –contrario al principio de buena fe que debe regir la aplicación de los tratados– bastante difundido en este caso, que consiste en convertir lo que es sólo una tendencia en materia de derechos humanos, en una verdadera norma. En el derecho internacional las tendencias podrán ser usos, mas no costumbres.

Cuando se ha estimado necesario o cuando las partes se han puesto de acuerdo, la comunidad internacional ha levantado expresamente la inmunidad de jurisdicción y no podría ser de otro modo, puesto que, de lo contrario, primaría siempre la costumbre internacional. Como señala Oppenheim, "La costumbre es la más antigua y originaria fuente del Derecho internacional en particular, así como del Derecho en general. *Por esta razón, aun cuando un tribunal internacional está obligado a tomar en consideración, en primer término, aquellas estipulaciones que en virtud de los tratados obligan a las partes, dichos tratados se interpretan, en caso de duda, acudiendo a la costumbre internacional...*"<sup>18</sup>.

Desde esta perspectiva, no conteniendo el tratado contra la tortura una norma expresa que excluya la inmunidad de los jefes o ex jefes de Estado, me parece que debe primar la costumbre internacional por sobre cualquier otra consideración. El tratado resulta claro en la materia. Pero si se considera que su interpretación no es nítida –y así se deduce de los argumentos señalados por los jueces británicos del voto de mayoría–, entonces debió recurrirse a la costumbre y esta claramente señala que los jefes de estado gozan de la tantas veces mencionada inmunidad.

1.12. De acuerdo a lo anterior, me parece que sólo queda en pie el argumento que señala que el hecho de reconocer inmunidad a los jefes de Estado significaría que de acuerdo al Convenio sería posible condenar a los subalternos, mas no a quien habría ordenado la práctica de la tortura.

Estimo que este fundamento es uno de los más sólidos que se han dado para sostener la improcedencia de la inmunidad a partir de 1988. Sin embargo, según este criterio, todos los tratados en materia de derechos humanos adolecerían del mismo inconveniente en el sentido de que sólo permitirían juzgar a los subalternos. No está de más recordar que cuando ellos han querido que se excluya la inmunidad del Jefe de Estado se ha dicho expresamente, justamente para evitar este problema (Convenio contra el Genocidio). Pero resulta que la mayoría de los jueces que se inclinaron por la tesis señalada, reconocieron la mencionada inmunidad respecto de los demás delitos imputados al Senador Pinochet.

Por otra parte, cabe recordar que Oppenheim señala en la obra tantas veces citada que en la constitución de los tribunales militares posteriores a la Segunda Guerra Mundial se contempló expresamente la exclusión de la inmunidad de jefes de Estado, justamente, porque de lo contrario se habría podido entender que sólo podían ser juzgados los subalternos y no los cabecillas. En el mismo sentido cabe recordar que al final de la Primera Guerra Mundial fueron juzgados los subalternos y no el Kaiser Guillermo II, ya que Holanda le concedió asilo y le reconoció su inmunidad.

## 2. *Jurisdicción Universal en el Convenio de la Tortura*

2.1. El fallo, y aquí unánimemente, recoge la tesis de que la Convención contra la tortura y la Convención sobre la Toma de Rehenes, otorgan jurisdicción universal e internacional a los tribunales locales. Este aspecto se basa en lo que disponen, especialmente, los artículos 2, 4, 5 y 7 del Convenio.

2.2. Esta podría ser una interpretación del Convenio, aunque, de serla, es necesario hacer un matiz. En efecto, al parecer el fallo reconoce que la Conven-

<sup>18</sup> OPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 26.

ción establecería una especie de mandato para los Estados partes en el sentido de contemplar la universalidad de la jurisdicción. Sin embargo, me parece que ese no es el sentido más preciso del contenido del acuerdo.

2.3. En la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor en 1987 y que fue ratificada por Chile en 1988, se establece en el artículo 4º, como obligación de los Estados parte, el preocuparse que todo acto de tortura, sin distinción especial, sea considerado por su legislación como un delito.

Sin embargo, en el artículo 5º, compuesto de 3 párrafos, se señalan las obligaciones que tienen los Estados parte en materia jurisdiccional, respecto de los delitos de tortura contemplados en el artículo 4º.

Dentro de estas obligaciones se indica lo siguiente:

- a) En el párrafo 1º se señala que los Estados tendrán la obligación de instituir su jurisdicción para conocer de los delitos de tortura: cuando ellos hayan ocurrido dentro de su jurisdicción; cuando el ofensor sea de su nacionalidad y cuando la víctima sea de su nacionalidad, siempre que el Estado lo considere apropiado. En buenas cuentas, se obliga a establecer jurisdicción siguiendo los principios tradicionales de la territorialidad y de la nacionalidad activa, y se permite establecerlo siguiendo el principio de la nacionalidad pasiva.
- b) En el párrafo 2º se señala que los Estados deben tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos de tortura en los casos en que el supuesto ofensor se halle dentro del territorio de su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados previstos en el letra anterior.  
Se prevé, en el artículo 6º que el Estado donde se encuentre el supuesto ofensor debe analizar los hechos que se le imputan, de modo, que si los considera plausibles, debe detener a esta persona y asegurar su comparecencia. A su vez, este Estado debe realizar las investigaciones preliminares. Deberá, así mismo, comunicarle a los Estados que podrían tener jurisdicción en virtud de lo señalado en la letra anterior, del hecho de la detención, de los resultados de la investigación y de si se propone ejercer jurisdicción.
- c) Por último en el párrafo 3º se señala expresamente que esta Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida en conformidad con las leyes nacionales. Al señalar esto podría estimarse que se está abriendo una puerta a una jurisdicción más amplia que pudieran arrogarse los Estados en su legislación nacional; o, al decir del fallo de los Lores, sería admisible una competencia universal. Sin embargo, de considerarse que esta es la interpretación más adecuada del Convenio, entonces no puede sino concluirse que esa jurisdicción universal no es exigida, sino tan sólo permitida por el tratado.

2.4. En resumen, y en consideración a lo expuesto en el numerando anterior, podría interpretarse esta Convención en el sentido de que ella establece obligaciones jurisdiccionales y faculta a los Estados parte para establecer otras jurisdicciones.

En efecto, el Convenio exige a los Estados el que instituyan jurisdicción guiados por los siguientes principios: territorialidad, nacionalidad activa y lugar

en el que se encuentra el presunto ofensor (en este último caso se exige además que él no otorgue la extradición a un país que se la está solicitando en virtud de las causales que se señalan en el párrafo 1° del artículo 5°).

Pero, al mismo tiempo, es admisible interpretar que el Convenio permite (aunque no exige) que los Estados parte establezcan jurisdicción guiados por el principio de la nacionalidad pasiva (se indica expresamente) o por otro principio, como pudiera ser el de la universalidad (de acuerdo a lo que se indica en el artículo 5 párrafo 3).

2.5. Sin embargo, la supuesta jurisdicción universal que se contemplaría en la Convención es sólo una de las hipótesis de interpretación admisible, toda vez que el mencionado párrafo 3°, de donde ella se extrae, no es en absoluto claro.

Es así como puede sostenerse que el párrafo 3° lo único que hace es reconocer las jurisdicciones penales en materia de tortura que contemplen las leyes nacionales, pero siempre que digan relación con situaciones internas y no se está dando un reconocimiento, ni siquiera implícito, a una jurisdicción universal.

En efecto, lo que hace la norma es señalar la posibilidad de que un país determinado considere en un sentido más amplio el concepto de tortura, que establezca sobre ella una jurisdicción más exigente, pero siempre referida al ámbito interno, jamás con obligaciones internacionales y menos que pretenda imponerle esas normas de jurisdicción interna a terceros Estados.

2.6. Esta opinión encuentra su fundamento en el contexto general del Convenio. En efecto, cada vez que las disposiciones del mismo se refieren a la posibilidad de que un Estado donde se encuentra el presunto autor de la tortura otorgue extradición, se coloca en la situación de que ella le sea otorgada a otro Estado sólo en virtud del principio de la territorialidad o de la nacionalidad activa o pasiva. *En ninguna norma existe la opción de que el Estado otorgue extradición basado en otro criterio distinto de jurisdicción.*

Así, por ejemplo, el párrafo 2° del artículo 5° del tratado que establece la obligación de los Estados Partes de establecer jurisdicción sobre la tortura en los casos que el inculpado se encuentre en su territorio, señala que dicha obligación existe cuando "...dicho Estado no conceda la extradición (...) a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo." Es decir, el mandato jurisdiccional tiene lugar sólo cuando el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto autor, no concede extradición a los Estados que tienen jurisdicción en virtud de los principios de la territorialidad o de la nacionalidad activa o pasiva. No se prevé ningún otro criterio de jurisdicción para conceder la mencionada extradición.

En el mismo sentido, el párrafo 4° del artículo 6° del citado Convenio establece que el Estado que detiene a un inculpado "...notificará inmediatamente (...) a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5..."

De la misma manera, el párrafo 2° del artículo 7° indica que "En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 5, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 5."

Por último, en el párrafo 4° del artículo 8° —que se refiere justamente a la extradición en el caso de la tortura—, se señala expresamente que "A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han come-



*tido no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5."*

En resumen, ninguna norma del Convenio contra la Tortura contempla normas procesales o normas de extradición que puedan basarse en una jurisdicción fundada en un criterio distinto que el de la territorialidad, el de nacionalidad activa o el de la nacionalidad pasiva.

2.7. Ahora bien, como las dos interpretaciones señaladas en los numerandos anteriores no son compatibles y como ambas tienen fundamentos plausibles, sólo cabe realizar una interpretación armónica y que le dé sentido al mencionado párrafo 3° del artículo 5°.

En ese sentido cabe concluir lo siguiente:

- a) Dado que la jurisdicción universal tiene un carácter excepcional en el derecho internacional, debe ser establecida de manera expresa de modo que no permita duda alguna. No habiéndose contemplado así en la Convención contra la Tortura, ni siquiera facultativamente, resulta peligroso obtener esta jurisdicción universal de un precepto tan poco claro y preciso como el tantas veces citado párrafo 3° artículo 5°;
- b) Que los Estados Partes pueden establecer una jurisdicción penal para la tortura más amplia y exigente, pero de modo que sólo tenga efecto dentro de sus fronteras y respecto de quienes se encuentren en ellas, sin intentar que dicha jurisdicción tenga efectos fuera de ese Estado y, menos aún, exigiendo una especie de reconocimiento internacional para ella; y
- c) Que los Estados Partes que detengan a un presunto inculpado del delito de tortura por encontrarse dentro de sus fronteras en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 5°, sólo tienen dos opciones, o juzgan ellos o conceden extradición a algún país que tiene jurisdicción sobre el delito en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1° del citado artículo 5°. No puede conceder extradición a un país que se arroga jurisdicción por un criterio distinto de la territorialidad o de la nacionalidad activa o pasiva.

2.8. Ahora bien, esta Convención, así como la jurisdicción que otorga, han tenido como propósito el prevenir y el sancionar la tortura como una política de Estado, es decir, siempre que revista el carácter de sistemática. En buenas cuentas, su contenido debe ser interpretado a la luz del artículo primero en que lo que se está sancionando y lo que se permite juzgar a otros países fuera de aquel donde el hecho se cometió, no es un acto individual aunque él sea cometido por un funcionario público, sino que una organización sistemática de torturar por parte del Estado. Por ello es inadecuado y contrario al principio de la buena fe –según me parece–, interpretar, como lo han hecho los Lores, que basta uno o unos pocos actos de tortura para que proceda la aplicación del Convenio y de su jurisdicción.

Lo indicado precedentemente no sólo se basa en la historia y en las declaraciones que se hacen en el propio Convenio, sino que también en el objeto mismo de estos tratados de derechos humanos. En efecto, ellos nunca han pretendido sustituir la legislación interna y tipificar delitos comunes, sino que prohibir la violación de los derechos inalienables de las personas como parte de una política oficial de Estado.

Por lo demás, esto queda absolutamente claro de una lectura detenida del artículo 1° de la Convención, sobre todo en su parte final. En efecto, de acuerdo a esta norma "...No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas." No cabe duda que al hablar de situaciones incidentales, el Convenio está excluyendo su aplicación respecto de actos individuales o de carácter policial, pues ello claramente entra dentro del derecho penal común y no es materia del derecho internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, la comisión de uno o más hechos, en términos generales, constituirá un delito común y no de violación a los derechos humanos, salvo que ello sea parte de una organización para torturar por parte del Estado. Por tanto, la Convención no entrega, ni puede entregar, una jurisdicción universal respecto de actuaciones aisladas y que no responden al criterio con el que se acordó el Tratado. Sostener lo contrario implicaría no sólo alterar los principios de territorialidad de la ley penal tratándose de delitos comunes, lo que nunca ha sido puesto en duda, sino que, además, colocaría todo el sistema internacional en peligro.

### 3. *Interrogantes que abren las sentencias en Londres*

3.1. Al resolver como lo hicieron, los Lores han abierto la puerta para que el día de mañana pueda pedirse la extradición o pueda juzgarse no sólo a cualquier ex jefe de Estado, sino que a un jefe de Estado en ejercicio. Ya que se consideró, mayoritariamente, que la Convención excluía la inmunidad, no existiría ninguna razón aparente para impedir el día de mañana el juzgamiento de cualquier jefe de Estado acusado de tortura.

3.2. En el mismo sentido, se señala en varias ocasiones en el fallo que es suficiente con la existencia de un solo caso de tortura, para que se permita la extradición del Senador Pinochet (Ya hemos señalado más arriba que esta interpretación nos parece totalmente inadecuada e incorrecta). De la misma manera, un solo acto de tortura puede ser considerado contrario a esta Convención y por ello dar motivo a que se ponga en funcionamiento todos sus mecanismos jurisdiccionales.

Hasta la fecha, en general, se estimaba –y creemos que esta es la única interpretación razonable– que para que hubiera violación de derechos humanos se requería cierta continuidad, cierta sistematicidad. Por el contrario, de acuerdo al fallo de los Lores, ello no sería necesario al menos tratándose de la tortura.

3.3. Sólo cabe recordar que en Chile, de acuerdo a los informes de los organismos internacionales de derechos humanos, han existido varios casos de tortura durante los Gobiernos del Presidente Aylwin y del Presidente Frei. Y aunque ellos fueran inocentes o esos cargos falsos, ¿qué impide que una demanda en un tribunal extranjero cualquiera pueda ser aceptada el día de mañana a tramitación y que se obligue a nuestro Presidente o al de cualquier otra nación, permanecer detenido hasta que se demuestre la inocencia o falsedad de la acusación?

Cabe preguntarse qué ocurriría si estos hechos afectaran a una gran potencia, a Estados Unidos, a Inglaterra o a Francia. No cabe duda que ninguno de estos países permitiría que este hecho, por verdaderos y graves que fueran sus

fundamentos, llegara a ocurrir, no sólo respecto de un jefe de Estado en ejercicio, sino tampoco de un ex jefe de Estado.

3.4. Por ello, como señalaba Oppenheim "...hay que considerar como propósito y objetivo primordial de la sociedad organizada de Estados el contribuir a garantizar –y, como fin último, el garantizar– la libertad individual en todos sus aspectos por medio de amplias e imperativas obligaciones impuestas a los miembros de la organización..."<sup>19</sup>. Pero al mismo tiempo hay que recordar que en el orden internacional no todas las naciones son iguales realmente y que el respeto a la dignidad y libertad de las personas pasa necesariamente por el respeto a la dignidad, libertad e independencia de todas las naciones o, de lo contrario, como señalaba Orwell, de pronto nos daremos cuenta que todos los animales son iguales, pero hay unos más iguales que los otros...

<sup>19</sup> OPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 393.