

# Resolución del Tribunal de Apelaciones de la Cámara de los Lores\*

Resolución: *Regina v. Bartle* y el Comisionado de Policía de la Capital y Otros Ex Parte Pinochet. *Regina v. Evans* y otro y el Comisionado de Policía de la Capital y otros Ex Parte Pinochet (en apelación de *Divisional Court of Queen's Bench Division*)

## CAMARA DE LOS LORES

- \* Lord Browne-Wilkinson
- \* Lord Goff of Chieveley
- \* Lord Hope of Craighead
- \* Lord Hutton
- \* Lord Saville of Newdigate
- \* Lord Millet
- \* Lord Philips of Worth Matravers

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE LA CÁMARA DE LOS LORES EN APELACIÓN PARA SENTENCIA EN LA CAUSA

*Regina*  
*v.*

*Bartle* y el Comisionado de Policía de la Capital y otros (apelantes) Ex Parte Pinochet (apelado)

*Regina*  
*v.*

*Evans* y otro y el Comisionado de Policía de la Capital y otros (apelantes) Ex Parte Pinochet (apelado) (en apelación de *Divisional Court of Queen's Bench Division*)

24 de marzo de 1999

\* Traducción de Ascensión ELVIRA y Gema ROSADO.

## LORD BROWNE-WILKINSON

Mis Lores,

Como es sabido, este asunto se centra en la solicitud de extradición del Senador Pinochet de este país, efectuada por el Gobierno de España, para someterle a juicio en dicho país por los crímenes cometidos (fundamentalmente en Chile) durante el período en que el Senador Pinochet fue Jefe del Estado de Chile. La interacción entre las variadas medidas legales que existen es compleja. Buscaré, pues, primero, ofrecer una escueta relación de los principios legales que están en juego, para que mi exposición de los hechos resulte más inteligible.

### *Marco general del Derecho*

En líneas generales, un Estado sólo ejerce su jurisdicción penal sobre delitos que han tenido lugar en su ámbito geográfico. Si una persona acusada de haber cometido un delito en España se encuentra en el Reino Unido, España puede solicitar del Reino Unido su extradición. La potestad para extraditar del Reino Unido por un «delito susceptible de extradición» se encuentra en la actualidad regulada en la Ley de Extradición de 1989. Ley que define qué constituye un «delito susceptible de extradición». Al objeto del presente caso, el requisito más importante es que la conducta analizada sea constitutiva de un delito tanto según el Derecho de España como el del Reino Unido. Esto se conoce como la regla de la doble penalidad.

Desde las atrocidades nazis y los Tribunales de Nuremberg, el Derecho internacional ha configurado un número de delitos como crímenes internacionales. Los Estados han tratado de asumir bajo su jurisdicción algunos crímenes internacionales, incluso en los casos en que aquéllos no fueron cometidos en el ámbito geográfico de dichos Estados. El más relevante, para los propósitos presentes, de los crímenes internacionales es la tortura, que se encuentra regulada por la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Las obligaciones asumidas por el Reino Unido en

dicha Convención (y por los otros 110 o más Estados signatarios que han adoptado la Convención) fueron incorporadas al Derecho del Reino Unido mediante la Sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988. Esta Ley entró en vigor el 29 de septiembre de 1988. La Sección 134 definió un nuevo delito según el Derecho del Reino Unido, el delito de tortura. Como se establece en la Convención contra la Tortura, «toda» tortura cualquiera que fuere el lugar del mundo donde se cometiera, se considera delito enjuiciable ante los tribunales del Reino Unido. Nadie ha sugerido que antes de la entrada en vigor de la Sección 134 la tortura fuera un delito según el Derecho del Reino Unido. Tampoco se ha sugerido que la Sección 134 tuviera carácter retroactivo a fin de considerar como delito la tortura cometida antes del 29 de septiembre de 1988 en el Reino Unido. Dado que la tortura cometida fuera del Reino Unido no tenía la consideración de delito hasta el 29 de septiembre de 1988, el principio de la doble penalidad, que requiere una Ley para que sea considerado como delito según el Derecho de España y el del Reino Unido, no puede verse satisfecho respecto a la conducta realizada antes de esa fecha si el principio de la doble penalidad exige la consideración como delito, según el Derecho del Reino Unido, en la fecha de su comisión. Si, por el contrario, la regla de la doble penalidad sólo precisara que la conducta tuviera la consideración de delito en el momento de la extradición, la previsión quedaría satisfecha en relación a todos los casos de tortura sostenidos contra el Senador Pinochet tanto si tuvieron lugar con anterioridad o posterioridad a 1988. Los tribunales españoles han sostenido que tienen jurisdicción sobre todos los delitos denunciados.

En esas circunstancias, la primera cuestión que debe ser resuelta es si la consideración de «delito susceptible de extradición» en la Ley de 1989 exige o no la tipificación como delito según el Derecho del Reino Unido en el momento mismo de la comisión del mismo o sólo en el momento de la extradición.

Esta cuestión, aunque planteada, no fue resuelta por la *Divisional Court*. En la primera audiencia ante esta Cámara se concedió aparentemente que todos los cargos presentados contra el Senador Pinochet eran delitos susceptibles de extradición. Fue solamente durante la audiencia ante sus Señorías cuando la importancia de este punto se manifestó con claridad. Como se mostrará, según mi parecer, sólo un número limitado de los cargos presentados para la extradición del Senador Pinochet constituyen delitos susceptibles de extradición, ya que la mayor parte de las actuaciones tuvieron lugar con anterioridad a 1988. En particular, no considero que la tortura cometida fuera del territorio del Reino Unido antes del 29 de septiembre de 1988 fuera delito según el Derecho del Reino Unido. De lo que se sigue que la principal cuestión en discusión

en los prolegómenos de este caso —esto es, un antiguo Jefe de Estado investido de inmunidad frente al arresto o persecución en el Reino Unido por actos de tortura—, es si resulta de aplicación para tan pocos cargos. Pero la cuestión de la inmunidad del Estado se encuentra en un punto de crucial importancia en tanto, a mi modo de ver, hay concretas actuaciones del Senador Pinochet (aunque en pequeña cantidad) que constituyen delitos susceptibles de extradición y sería posible que el Ministro de Interior (si lo considerara conveniente) extraditara al Senador Pinochet a España, a menos que se encontrara investido de inmunidad de Estado. En consecuencia, habiendo identificado cuáles de los delitos imputados son delitos susceptibles de extradición, tengo que proceder a considerar si el Senador Pinochet se encuentra protegido por la inmunidad respecto a ellos. Pero en primer lugar debo proceder a relatar con brevedad los hechos más relevantes.

### Hechos

El 11 de septiembre de 1973 un golpe de Estado liderado por sectores derechistas derribó el régimen de izquierdas del Presidente Allende. El golpe se encontraba liderado por una Junta Militar, encabezada por el Senador (entonces General) Pinochet. En determinado momento llegó a ser Jefe de Estado. El régimen de Pinochet permaneció en el poder hasta el 11 de marzo de 1990 cuando el Senador Pinochet dimitió.

Ciertamente, no existe discusión en cuanto a que durante el régimen del Senador Pinochet se cometieron actos de barbarie en Chile y en otros lugares del mundo: tortura, asesinato y desapariciones de individuos, todo ello a gran escala. No obstante, no se ha alegado que el Senador Pinochet cometiera dichos actos por sí mismo, sino que fueron realizados en el seno de una conspiración de la que él formaba parte, debido a su instigación o con su conocimiento. El niega estas acusaciones. Ninguna de estas presuntas actuaciones fue cometida por o contra ciudadanos del Reino Unido o en el Reino Unido.

En 1998 el Senador Pinochet acudió al Reino Unido para recibir tratamiento médico. Las autoridades judiciales de España solicitaron su extradición para juzgarle en España a causa de un extenso número de cargos. Algunos de estos cargos tienen conexión con España. Pero la mayor parte de los mismos no tienen conexión con ese país. El trasfondo de este caso es que aquellas personas de convicciones políticas de izquierdas contemplan a Pinochet como una suerte de demonio, mientras que aquellas con ideas políticas de derechas le consideran como el salvador de Chile. Pero no puedo profundizar demasiado en ello ya que no es eso lo que concierne a sus Lores. Aunque otros

perciben nuestra tarea como la elección entre dos perspectivas de preferencias personales o inclinaciones políticas, esto es un auténtico error. Nuestro trabajo es decidir dos cuestiones de Derecho: si alguno de estos delitos es susceptible de extradición, y si lo es, si el Senador Pinochet es inmune a la comisión de esos delitos. Si, como consecuencia de lo previsto en la ley, no existen delitos susceptibles de extradición o se encuentra investido de inmunidad en relación a los delitos que lo fueren, no habría entonces derecho legal a extraditar al Senador Pinochet a España o, más aún, a impedir su camino de vuelta a Chile. Si, por el contrario, existen delitos susceptibles de extradición en relación a los cuales el Senador Pinochet no disfruta de inmunidad entonces el Ministro del Interior tendrá el camino expedito para extraditarle. La tarea de esta Cámara es simplemente decidir sobre esos puntos de Derecho.

El 16 de octubre de 1998 se expidió en España una orden internacional de arresto contra el Senador Pinochet. El mismo día, un juez en Londres dictó una orden provisional («primera decisión») según la Sección 8 de la Ley de Extradición de 1989. Fue arrestado en un hospital de Londres el 17 de octubre de 1998. El 18 de octubre las autoridades españolas dictaron una segunda orden internacional. Una nueva orden provisional («segunda orden») fue dictada por el juez en la *Bow Street Magistrates Court* el 22 de octubre de 1998 acusando a Pinochet de que:

«(1) Entre el 1 de enero de 1998 y diciembre de 1992, ocupando un cargo público infligió intencionadamente duros castigos y tormentos en el desempeño o pretendido desempeño de sus funciones oficiales.

(2) Entre el primer día de enero de 1988 y el 31 de diciembre de 1992 ocupando un cargo público, conspiró con personas desconocidas para infligir intencionadamente duros castigos y tormentos en el desempeño o presunto desempeño de sus funciones oficiales.

(3) Entre el primer día de enero de 1982 y el 31 de diciembre de 1992 detuvo a otras personas (rehenes) a fin de compeler a esas personas, para que hicieran o se abstuvieran de hacer determinados actos, amenazando con asesinarles, herirles o continuar con su retención;

(4) entre el primer día de enero de 1982 y diciembre de 1992 conspiró conjuntamente con personas desconocidas para la comisión de asesinatos en un país firmante de la Convención».

El Senador Pinochet inició los procedimientos para la petición de *Habeas Corpus* y la solicitud de revisión judicial de las decisiones reseñadas. Esos

procedimientos llegaron hasta la *Divisional Court* (Lord Bingham de Cornhill C.J., Collins y Richards JJ.) que en fecha 28 de octubre de 1998 anuló ambas ordenes. Nada cambia en la primera que, en tanto que fue anulada, no fue elevada a esta Cámara. Los argumentos en los que se basó el Alto Tribunal de Justicia que anuló la orden de detención eran que el Senador Pinochet (como antiguo Jefe de Estado) se encontraba investido de inmunidad en relación a los actos que se le imputaban. No obstante, se ha argumentado ante la *Divisional Court* que algunos de los delitos alegados en la segunda orden no eran «crímenes susceptibles de extradición» según la definición dada por la Ley de 1989 a causa de que no eran delitos según el Derecho del Reino Unido en el momento en que fueron cometidos. Mientras no se determinara directamente este punto, el *Lord Chief of Justice* sostuvo que, para la consideración de crimen susceptible de extradición, no resultaba necesario que la conducta fuera delito en el momento de su comisión sino simplemente en el del requerimiento de extradición.

La Fiscalía General del Estado (actuando a petición del Gobierno de España) apeló ante esta Cámara con la venia de la *Divisional Court*. La *Divisional Court* confirmó que el aspecto jurídico de mayor importancia era «la propia interpretación y alcance de la inmunidad de la que disfrutara un antiguo Jefe de Estado frente a los procedimientos de arresto y extradición en el Reino Unido en relación a los actos cometidos mientras era Jefe de Estado». Antes de que la apelación llegara a esta Cámara por primera vez, el 4 de noviembre de 1998 el Gobierno de España presentó un requerimiento formal de extradición que incrementó la lista de delitos señalados en la segunda orden provisional de detención donde se ponía de manifiesto una extensa conspiración para derribar al Gobierno de Chile mediante un golpe de Estado y con posterioridad someter al país mediante la comisión de genocidio, asesinato, tortura y secuestro, conductas llevadas a cabo primordialmente en Chile pero también en otros lugares.

La apelación llegó para su audiencia ante la Cámara entre el 4 y el 12 de noviembre de 1998. La Comisión escuchó las exposiciones de la Fiscalía General del Estado como apelantes (a petición del Gobierno de España), del Senador Pinochet, Amnistía Internacional como coadyuvante y de un *amicus curiae* independiente. Fueron asimismo presentados testimonios escritos a cargo de *Human Rights Watch*. La Comisión admitió los argumentos basados en la extensión del caso tal como se puso de manifiesto en el requerimiento de extradición. No ha quedado claro el alcance con que la Comisión escuchó las argumentaciones en relación a si todos o algunos de esos cargos constituían «crímenes susceptibles de extradición». En el juicio se apreciaron visos de que este punto fue acep-

tado. Ciertamente, se argumentó que el asunto jugó un papel poco relevante en la primera audiencia. El fallo fue pronunciado el 25 de noviembre de 1998 [véase (1998) 3 W.L.R. 1456]. La apelación se concedió por mayoría (Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn y Lord Hoffmann, Lord Slynn of Hadley y Lord Lloyd of Berwick dissentieron) en la consideración de que el Senador Pinochet no disfrutaba de inmunidad en relación a los delitos según el Derecho Internacional. El 15 de enero de 1998 se anuló la resolución de la Cámara sobre la base de que la Comisión no se encontraba constituida adecuadamente: véase (1999) 2 W.L.R. La apelación llegó para ser nuevamente tratada el 18 de enero de 1999 ante sus Lores. Durante este tiempo la posición había cambiado nuevamente. En primer lugar, el Ministro del Interior había instado al magistrado competente para proceder según la Sección 7 de la Ley de 1989. La decisión de permitir que la extradición a España continuara se adoptó en parte a partir de la decisión de esta Cámara en la primera audiencia acerca de que el Senador Pinochet no estaba investido de inmunidad. No autorizó que los trámites de extradición continuaran sobre los cargos de genocidio: en consecuencia no se admitieron argumentos adicionales a los cargos de genocidio manifestados fuera de la causa.

En segundo lugar, la República de Chile solicitó intervenir como parte en el proceso. Hasta este momento Chile había venido manifestando que la inmunidad debía ser concedida al Senador Pinochet, pero ahora manifestaba su intención de intervenir como parte. La inmunidad que imposibilita los cargos penales presentados contra el Senador Pinochet no es la inmunidad del Senador Pinochet sino la inmunidad de la República de Chile. Se concedió la venia para intervenir a la República de Chile. El mismo *amicus curiae*, el Sr. Lloyd Jones, fue oído al igual que en la primera audiencia así como los abogados de Amnistía Internacional. Se presentaron asimismo testimonios escritos en nombre de *Human Rights Watch*.

En tercer lugar, el número de cargos presentado contra el Senador Pinochet fue nuevamente aumentado. Chile cursó sucesivas peticiones referidas a los cargos que se pretendían mantener. Con el fin de ordenar el procedimiento, el Sr. Alun Jones, Q.C., por el Ministerio Fiscal, preparó una lista con los 32 delitos penales que correspondían a las acusaciones realizadas contra el Senador Pinochet según el Derecho español, omitiendo los delitos de genocidio. Los delitos recogidos en el listado han sido profundamente analizados y considerados en el discurso de mi noble y docto amigo, Lord Hope of Craighead, que sintetizó los cargos de la manera siguiente:

Cargos 1, 2 y 5: conspiración para torturar entre el 1 de enero de 1972 y el 20 de septiembre de

1973 y entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990;

Cargo 3: conspiración para tomar rehenes entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990;

Cargo 4: conspiración para torturar, en cuya ejecución fueron cometidos asesinatos en varios países entre los que se encontraban Italia, Francia, España y Portugal, entre el 1 de enero de 1972 y el 1 de enero de 1990.

Cargos 6 y 8: torturas entre el 1 de agosto de 1973 y el 8 de agosto de 1973 y el 11 de septiembre de 1973.

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

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

Cargos 13-29; y 31-32: torturas en diferentes ocasiones entre el 11 de septiembre de 1973 y mayo de 1977.

Cargo 30: tortura el 24 de junio de 1989.

Procedo a considerar cuáles de estos delitos son delitos susceptibles de extradición.

#### *Delitos susceptibles de extradición*

Tal y como percibo la situación, en la primera audiencia ante la Cámara de los Lores, la Fiscalía General del Estado no pretendió tomar en consideración la conducta del Senador Pinochet acaecida antes del 11 de septiembre de 1973 (fecha en que ocurrió el golpe de Estado) o después del 11 de marzo de 1990 (fecha en que el Senador Pinochet dejó de ser Jefe de Estado). Así pues, del modo en que se presentó el caso, si el Senador Pinochet estaba investido de inmunidad abarcaba el completo período de los delitos imputados. Sin embargo, en la segunda audiencia ante sus Lores, la Fiscalía General del Estado extendió el período durante el que se afirma que los delitos fueron cometidos: por ejemplo, véanse los Cargos 1 y 4 donde se afirmaba que las conspiraciones habían tenido comienzo el 1 de enero de 1972, momento anterior al que el Senador Pinochet fuera Jefe del Estado y se encontrara por tanto investido de inmunidad. En consecuencia, en la segunda audiencia, la defensa del Senador Pinochet manifestó que algunos de los cargos, concretamente aquellos relativos a la tortura y conspiración para torturar, no eran «crímenes susceptibles de extradición» porque *en el momento en que dichos delitos fueron cometidos* esos actos no tenían la consideración de delito según el Derecho del Reino Unido. Una vez puesto de manifiesto, este punto no podría quedar limitado simplemente al período (si existiese) anterior a

que el Senador Pinochet llegara a ser Jefe de Estado. Si la regla de la doble penalidad requiere probar que en el momento de la realización de la conducta dicha conducta debía estar considerada como delito según el Derecho del Reino Unido, cualquier cargo basado en la tortura o conspiración para torturar ocurrido con anterioridad al 29 de septiembre de 1988 (cuando la Sección 134 de la Ley de Justicia Penal entró en vigor) no podría ser considerado como un «delito susceptible de extradición» y en consecuencia no podría en ningún caso procederse a la extradición del Senador Pinochet.

Según la Sección 1(1) de la Ley de 1989 una persona que resulte acusada de un «delito susceptible de extradición» puede ser arrestada y enviada al país que ha solicitado la extradición. La Sección 2 define el «delito susceptible de extradición» de la manera que sigue:

«(1) En esta Ley, excepto en el Protocolo 1, «delito susceptible de extradición» significa:

(a) aquella conducta realizada en el territorio de un Estado extranjero, país perteneciente a la Commonwealth o colonia, que, si hubiera sucedido en el Reino Unido, constituiría un delito castigado con prisión por una duración de doce meses, u otro castigo mayor, y el cual, según se estableciera en el Derecho de ese país extranjero, país de la Commonwealth o colonia, fuera punible según ese Derecho;

(b) un delito extra-territorial contra el Derecho de un Estado extranjero, considerado parte de la Commonwealth o colonia, que sea condenable conforme a Derecho con prisión con una duración de 12 meses, o una pena mayor, y que satisfaga:

(i) las condiciones especificadas en la Subsección (2) siguiente;

(ii) todas las condiciones especificadas en la Subsección (3) siguiente.

(2) Las condiciones mencionadas en la Subsección (1)(b)(i), arriba, implican que, en idénticas circunstancias, una conducta equivalente constituiría un delito extra-territorial contra la Ley del Reino Unido sancionable con prisión con una duración de doce meses, o una pena superior»

«(3) Las condiciones mencionadas en la Subsección (1)(b)(ii) anterior, son:

(a) Que un Estado extranjero, país perteneciente a la Commonwealth o colonia, base su jurisdicción en la nacionalidad del delincuente;

(b) que la conducta constitutiva de delito ocurriera fuera del territorio del Reino Unido; y

(c) que, si ocurriera en el Reino Unido, constituyera delito según el Derecho del Reino

Unido punible con prisión por una duración de 12 meses, o una pena mayor».

La cuestión es, pues, si las referencias a conductas «que, si hubieran ocurrido en el Reino Unido, constituyeran delito» en la Sección 2(1)(a) y (3)(c) se refieren a un suceso hipotético que tuviera lugar en la fecha de solicitud de extradición («el día del requerimiento») o en la fecha de la conducta efectiva («la fecha de la conducta»). En la *Divisional Court* el *Lord Chief of Justice* (en la página 20 de la transcripción) sostuvo que sólo debía ser considerada la calificación criminal en la fecha de requerimiento. Afirmó:

«Sin embargo, añadiría en cuanto a la retroactividad que la conducta alegada contra el sujeto de la demanda no necesita a mi juicio tener carácter penal aquí desde el momento en que el delito fue cometido en el extranjero. Nada hay en la Sección 2 que ponga eso de manifiesto. Lo que resulta necesario es que, en el momento de la solicitud de extradición, el delito tuviera la consideración de infracción penal aquí y que resultara castigado con doce o más meses de prisión. Por otra parte, la Sección 2(1)(a) se habría referido a una conducta que «ha constituido» en el momento relevante un delito y la Sección 2(3)(c) habría dicho «hubiera constituido». Yo rechazo este argumento».

Lord Lloyd (que fue el único miembro de la Comisión en expresar su visión sobre este punto en la primera audiencia) expresó el mismo parecer. Afirmó en la página 1481:

«Sin embargo, estoy de acuerdo con la *Divisional Court* en que este argumento no resulta adecuado. Incluye una equivocada interpretación de la Sección 2 de la Ley de Extradición de 1989. La Sección 2(1)(a) se refiere a la conducta que *debería* constituir delito en el Reino Unido ahora. No hace referencia a la conducta que *debería* haber constituido un delito *entonces*».

Mis Lores, si las palabras de la Sección 2 se interpretan de manera aislada hay lugar para dos posibles visiones. Estoy de acuerdo con el *Lord Chief of Justice* y Lord Lloyd en que, leídos aisladamente, los términos «si ocurrió (...) constituiría», se interpretan más cómodamente en relación a un hipotético suceso acaecido en la actualidad, esto es, en la fecha de requerimiento, que en relación a un acontecimiento hipotéticamente pasado, esto es, la fecha de comisión del acto. Pero, a mi juicio, la correcta interpretación no está clara. La palabra «ello» en la frase «si ello aconteció (...)» es una referencia que vuelve a la conducta efectiva de la persona en el extranjero, que por definición, es un acontecimiento pasado. La cuestión entonces «se-

ría que el hecho pasado (incluyendo la fecha de su acaecimiento) constituya delito según el Derecho del Reino Unido». La respuesta a esta pregunta dependería de lo establecido por el Derecho del Reino Unido en dicha fecha.

Pero por supuesto no es correcto interpretar esas palabras aisladamente y sus Lores tienen la ventaja de los testimonios manifestados que indican que la fecha relevante es la fecha de la comisión de la acción. El punto de arranque es la Ley de 1989 que regula al menos tres tipos de extradición.

Primero, la extradición a un país de la Commonwealth, o a una colonia, o un Estado extranjero que no sea parte de la Convención Europea de Extradición. En esta clase de supuesto (que no es el actual) el procedimiento, según la Parte III de la Ley de 1989, requiere que la solicitud de extradición vaya acompañada de evidencias suficientes para justificar el arresto según la Ley: Sección 7(2)(b). El Secretario de Estado, pues, ejerce su autoridad para proceder especificando los delitos que, según el Derecho del Reino Unido, «serían constitutivos de conducta equivalente en el Reino Unido»: Sección 7(5). Según la Sección 8, el Magistrado está investido de poder para expedir una orden de detención si tiene la evidencia de «que pudiera, en su opinión, justificar la medida de la detención para el arresto de la persona acusada»: Sección 8(3). El Tribunal tiene entonces que considerar, entre otras cosas, si «la evidencia sería suficiente para garantizar su enjuiciamiento si el delito susceptible de extradición *hubiera* sido cometido bajo la jurisdicción del Tribunal» (la cursiva es mía): Sección 9(8). A mi juicio, esas disposiciones indican claramente que la conducta debe ser delito según el Derecho del Reino Unido en el momento de su comisión y no sólo en el momento de la solicitud de extradición. Todo el proceso de arresto y las evidencias deben conducir a una situación en que, según la Sección 9(8), el magistrado haya quedado satisfecho de que, según el Derecho del Reino Unido, si la conducta «*hubiera* ocurrido» la evidencia sería suficiente para garantizar su juicio. Ésta es una clara referencia a la situación en la fecha en que la conducta fue realizada. Por otra parte, según mi parecer el magistrado debe basarse en una evidencia que resulte suficiente para «garantizar su juicio». Aquí lo que hay que considerar no es el supuesto abstracto de que un hipotético caso es delito, sino una ardua cuestión práctica, ¿en relación con este supuesto se sometería al acusado a juicio si la conducta en cuestión hubiera acontecido dentro del Reino Unido? La respuesta a esta cuestión debe ser «no» a menos que en la fecha de su comisión fuera considerado delito según el Derecho del Reino Unido.

El segundo tipo de cuestión a analizar respecto a la Ley de 1989 se refiere al caso en que la extradi-

ción sea requerida por un Estado extranjero que, como España, es parte en la Convención Europea de Extradición. Los requisitos a aplicar en este tipo de supuestos son los mismos que he abordado en relación al primer tipo de supuesto con la salvedad de que el requerimiento del Estado no precisa la presentación de evidencias sobre las que el magistrado puede expedir su auto de procesamiento. El Estado requirente simplemente suministra la información. Pero ello no ofrece argumentos para diferenciar éstos de los supuestos de primera clase. La doble penalidad precisa ser idéntica en ambos supuestos.

Finalmente, el tercer supuesto consiste en aquellos casos en los que existe una disposición legislativa en vigor según la Ley de Extradición de 1870. En esos casos, el procedimiento no se encuentra regulado por la Parte III de la Ley de 1989 sino por el Protocolo I de la Ley de 1989. El régimen de la Ley de 1870 definió el «delito susceptible de extradición» como «un delito que, si fuera cometido en Inglaterra (...) sería uno de los delitos descritos en el primer Protocolo de esta Ley»: Sección 26. El primer Protocolo de la Ley de 1870 contiene una lista de los delitos y se encabeza:

«La siguiente lista de delitos está elaborada de acuerdo al Derecho existente en Inglaterra (...) en la fecha de los delitos imputados, por el *common law* o por ley antes o después de la aprobación de esta Ley» (la cursiva es mía)

Se desprende con claridad de las palabras que he destacado que según la Ley de 1870 la regla de la doble penalidad requería que la conducta tuviera la consideración de delito conforme al Derecho inglés en el momento de su comisión y no en el momento de su requerimiento. El párrafo 20 del Protocolo I de la Ley de 1989 establece que:

«el «delito susceptible de extradición», en relación a cualquier Estado extranjero, ha de interpretarse con referencia a las disposiciones legislativas, según la Sección 2 de la Ley de Extradición de 1870, aplicándolo a ese Estado como si tuviera efecto inmediatamente antes de la entrada en vigor de esta Ley y a cualquier enmienda posterior realizada a dicha normativa».

Por tanto, en este tipo de supuesto, regulado por el Protocolo I de la Ley de 1989, se llega a la misma conclusión, al igual que ocurrió con la Ley de 1870, esto es, la conducta precisa ser delito según el Derecho inglés en el momento de su comisión. Resultaría extraordinario si la misma Ley exigiera la penalidad según el Derecho inglés que supone en un momento una forma de extradición y en otra fecha otra. Pero el caso es más sólido que todo eso. Revisamos los trabajos preparatorios relativos a la Convención de Extradición y los documentos departamentales que condujeron a la Ley de 1989. Había un singular si-

lencio en relación a la fecha determinante. Pero mostraron que no había discusión acerca del cambio de la fecha en que la penalidad, según el Derecho inglés, debía ser demostrada. Me parece imposible que el legislador haya intentado cambiar la fecha que ha aplicado durante más de cien años según la Ley de 1870 (es decir, la fecha de la comisión) por un arrebató y sin indagación.

#### *Cargos imputados que son delitos extraditables*

Las consecuencias de la exigencia de que la tortura fuera delito según el Derecho del Reino Unido en el momento de su comisión se analizan en el discurso de Lord Hope. Como él muestra, los cargos de tortura y conspiración para torturar en relación a la conducta anterior al 29 de septiembre de 1988 (la fecha en que la Sección 134 entró en vigor) no son extraditables, esto es, sólo aquellos apartados de conspiración para torturar imputados en el cargo 2 y la tortura y conspiración para torturar imputados en el cargo 4 que se refieren al período posterior a esa fecha y el concreto delito de tortura referido en el cargo 30 son delitos susceptibles de extradición en relación a la tortura.

Lord Hope asimismo considera, y yo me adhiero, que sólo los cargos relativos a la toma de rehenes (cargo 3) no revelan ningún delito según la Ley contra la Toma de Rehenedos de 1982. El tipo legal consiste en la detención y retención de una persona (rehén), para obligar a alguien que no sea el secuestrado a hacer o abstenerse de realizar algún acto: Sección 1. Pero la única conducta en relación a los rehenes que se pone de manifiesto en los cargos es que la persona detenida (el llamado rehén) fue forzada a hacer algo bajo amenaza de causar daño a personas no retenidas, que es exactamente lo opuesto al delito mismo. Los cargos de retención, por consiguiente, son inválidos y no constituyen delitos susceptibles de extradición.

Finalmente, el análisis de Lord Hope muestra que los cargos de conspiración para asesinar en España (cargo n° 9), conspiraciones para cometer asesinatos en España, y tales conspiraciones en España con anterioridad al 29 de septiembre de 1988 para cometer actos de tortura en España, y que forman parte de las alegaciones del cargo 4, son delitos susceptibles de extradición.

Debo asimismo considerar si, en relación a esos dos tipos de cargos que permanecen, el Senador Pinochet disfruta de inmunidad. Pero, en primer lugar, es necesario considerar el Derecho actual sobre la tortura.

#### *Tortura*

Además del Derecho contra la piratería, el concepto de responsabilidad personal según el De-

recho Internacional por los delitos internacionales se ha desarrollado notablemente de forma reciente. El sujeto tradicional del Derecho Internacional son los Estados y no las personas individuales. Pero a causa de lo acontecido en los juicios llevados a cabo tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), la comunidad internacional reconoció que podía existir responsabilidad penal según el Derecho Internacional para determinados tipos de delitos, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Pese a todo, hubo legítimas dudas acerca de la legalidad de la Carta del Tribunal de Nuremberg, a mi juicio tales dudas desaparecieron por la Proclamación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946. Esa Proclamación consagró los principios de Derecho Internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg y la resolución del Tribunal e instó al Comité de codificación del Derecho internacional a tratarlo como un asunto de primera importancia para la formulación de los principios reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg. Al menos, desde esa fecha en adelante, el concepto de responsabilidad personal por un delito según el Derecho internacional ha sido parte del Derecho internacional. En los primeros años la tortura de Estado era uno de los elementos del crimen de guerra. En consecuencia, la tortura, así como otros delitos contra la humanidad, se ligaron a la guerra o a hostilidades de algún tipo. Pero con el curso del tiempo esta vinculación con la guerra desapareció, separándose de la guerra u hostilidades, llegando a configurarse como un crimen internacional por sí mismo. Véase *Oppenheim International Law* (edición de Jennings y Watts) Volumen 1, 996; nota 6 al artículo 18 de la *I.L.C. Draft Code of Crimes Against Peace; Prosecutor v. Furundzija* Tribunal para la Antigua Yugoslavia, Caso n° 17-95-17/1-T. Desde 1945, la tortura a gran escala ha representado uno de los crímenes contra la humanidad; véanse por ejemplo, las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 3059, 3452 y 3453 manifestada en 1973 y 1975, y los Códigos de los Tribunales Internacionales Penales para la antigua Yugoslavia (artículo 5) y Ruanda (artículo 3).

Por otra parte, la República de Chile aceptó ante sus Señorías que la prohibición internacional de la tortura tiene el carácter de *ius cogens* o de norma de obligado cumplimiento, regla de Derecho internacional que tiene un particular *status*. En el caso *Furundzija* (*supra*) en el párrafo 153, el Tribunal afirmó:

«A causa de la importancia de los valores a proteger, (la prohibición de la tortura) se ha transformado en una norma perentoria de *ius cogens*, esto es, una norma que disfruta de un mayor rango en la jerarquía internacional que

los tratados o que las normas «ordinarias» consuetudinarias. La consecuencia más sobresaliente de su alto rango es que el principio no puede ser derogado por los Estados a través de tratados internacionales o locales, o costumbres particulares o normas de Derecho consuetudinario no dotadas de la misma fuerza normativa... Claramente, la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la tortura articula la noción de que tal prohibición ha llegado a ser uno de los *standars* principales de la comunidad internacional. Aún más, esta prohibición pretende producir un efecto disuasorio, en tanto indica a todos los miembros de la comunidad internacional y los individuos sobre los que tienen autoridad que la prohibición de tortura es un valor absoluto del que nadie puede desviarse» (véase además los casos citados en la nota 170 del caso *Furunzija*)

La naturaleza de *ius cogens* del delito internacional de tortura justifica que los Estados tengan jurisdicción universal sobre la tortura cualquiera que fuera el lugar de su comisión. El Derecho Internacional manifiesta que los delitos de *ius cogens* pueden ser castigados por cualquier Estado dado que los transgresores son «enemigos comunes de la comunidad y todas las Naciones tienen un interés idéntico en su detención y persecución»: *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571.

Miss Montgomery, a favor del el Senador Pinochet, planteó que aunque la tortura era contraria al Derecho internacional no era estrictamente un delito internacional en su sentido más exacto. A la luz de las fuentes que he referido (y de muchas otras) no tengo duda de que, mucho antes de la Convención contra la Tortura de 1984, la tortura estatal era un delito internacional en su sentido más estricto.

Sin embargo, no había un tribunal o corte que penalizara los crímenes internacionales de tortura. Las cortes nacionales asumieron la jurisdicción: véase *Demjanjuk (supra)*; *Attorney-General of Israel v. Eichmann* (1962) 36 I.L.R.S. Ahora bien, el objetivo era asegurar una jurisdicción general de modo que los torturadores no estuvieran seguros allá dónde se encontrasen. Por ejemplo, en este caso en que se alega que durante el régimen de Pinochet la tortura fue un arma oficial del gobierno, aunque no reconocida, y que, cuando el régimen se acercaba a su fin, se aprobó una legislación dirigida a ofrecer una amnistía a aquéllos que había participado en la tortura institucionalizada. Si estas imputaciones son verdaderas, el tribunal nacional no tendría jurisdicción para enjuiciar los crímenes internacionales de tortura durante el tiempo que el régimen totalitario se mantuvo en el poder: un régimen totalitario no suele permitir el juicio de sus deficiencias por sus propios tribunales. De ahí la demanda de algunas organizaciones

internacionales para que reprimir la tortura estatal no dependa de los tribunales nacionales del lugar dónde la tortura se ha cometido. Llegado el momento, más de 110 Estados (incluidos Chile, España y el Reino Unido) se convirtieron en parte de la Convención contra la Tortura. Lo que hacía necesario, por consiguiente, un sistema internacional que castigase a los culpables de tortura y que no permitiese a los torturadores la evasión del castigo trasladándose de un Estado a otro. La Convención contra la Tortura se adoptó, no para crear un crimen internacional que no existía previamente, sino para prever un sistema internacional bajo el que los criminales internacionales —los torturadores— no pudieran encontrarse seguros. Burgers y Danelius (respectivamente, el Presidente del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas en la Convención contra la Tortura en 1984 y el de los redactores del primer borrador) señalan, en la pág. 131, como «un propósito esencial (de la Convención) asegurar que un torturador no escape a las consecuencias de sus actos yendo a otro país».

#### *La convención contra la Tortura*

El artículo 1 de la Convención define la tortura como el acto por el que se inflige intencionalmente a una persona graves dolores y sufrimientos con el fin de obtener una amplia gama de propósitos «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». El artículo 2(1) requiere de cada Estado parte la prohibición de la tortura en su territorio y el artículo 4 impone a cada Estado parte que garantice que «todos» los actos de tortura constituirán delito conforme a su legislación penal. El artículo 2(3) proscribiera cualquier defensa basada en circunstancias excepcionales. Según el artículo 5(1) todo Estado parte tiene que establecer su jurisdicción sobre la tortura: a) cuando se cometa en cualquier territorio bajo su jurisdicción; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado y, c) en ciertas circunstancias, cuando la víctima sea nacional de ese Estado. A partir del artículo 5(2) todo Estado parte establecerá su jurisdicción sobre cualquier presunto delincuente cuando se encuentre en su territorio. El artículo 6 recoge las previsiones, para el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto torturador, relativas a su detención, investigación de los hechos y notificación a los Estados mencionados en el artículo 5(1) y a la indicación de si pretende ejercer su jurisdicción. El artículo 7 dispone que el Estado en cuyo territorio se halle el presunto torturador, si no es extraditado por cualquiera de los Estados mencionados en el artículo 5(1), someterá el caso a sus autoridades a efectos de su enjuiciamiento. Conforme al artículo 8(1) la tortura es considerada como delito que da lugar a extradición y, a tenor del artículo 8(4), a los fines de la ex-

tradición, la tortura se considerará cometida no sólo en el lugar donde ocurrió sino también en los Estados mencionados en el artículo 5(1).

### *¿Quién es «funcionario público» a efectos de la Convención contra la Tortura?*

La primera cuestión que plantea la Convención es decidir si los actos realizados por el Jefe del Estado son realizados por «un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas» en el sentido del artículo 1. Idéntica cuestión se plantea conforme a la Sección 134 del Código de Justicia Criminal de 1988. La respuesta a ambas preguntas debe, pues, ser la misma. En su opinión, en la primera audiencia (págs. 1476 G-1477E), Lord Slynn sostuvo que el Jefe del Estado no es ni un funcionario público ni otra persona que ejerce funciones públicas a efectos de los dispuesto en el artículo 1: señaló que existen numerosas convenciones internacionales (por ejemplo el Estatuto de Crímenes de Guerra para Yugoslavia y el Estatuto de Crímenes de Guerra para Ruanda) que se refieren específicamente a los Jefes de Estado cuando tienen la intención de presentarles como responsables. Lord Lloyd, aparentemente, no estaba de acuerdo con Lord Slynn en este punto, ya que consideraba que un Jefe de Estado que era un torturador podría ser juzgado en su propio país; consideración que no podría ser correcta a menos que el Jefe de Estado se hubiera comportado como un agente público o en ejercicio de funciones públicas.

Parece evidente que, durante el debate, tanto la República de Chile como el Senador Pinochet han aceptado que los actos imputados al Senador Pinochet, si se prueban, sean actos realizados por agente público o persona que ejerce funciones públicas según el significado del artículo 1. En mi opinión, estas concesiones fueron realizadas correctamente. Pues, a menos que el Jefe del Estado que autorice o promueva la tortura sea funcionario público o persona que ejerce funciones públicas, a tenor del artículo 1, no sería culpable del crimen internacional de tortura incluso dentro de su propio Estado. Éste, francamente, no puede haber sido el objetivo buscado. En mi opinión, resultaría completamente contrario a la intención de la Convención si alguien pudiera ser eximido de responsabilidad. La cuestión crucial no es si el Senador Pinochet se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 1: claramente está en él. La cuestión es si, aun así, es procesalmente inmune al enjuiciamiento. A mi parecer, que el Jefe del Estado pueda ser culpable de un crimen arroja poca luz, aunque sí alguna, sobre la cuestión de si es inmune al procesamiento por tal crimen en un Estado extranjero.

### *Jurisdicción universal*

Hubo un considerable debate ante sus Lores acerca de la extensión de la jurisdicción para perse-

guir a torturadores atribuida a otros Estados distintos de los mencionados en el artículo 5(1). No encuentro necesario buscar una respuesta a todos los puntos planteados. Es suficiente con que quede claro que, en todas las circunstancias, si los Estados del artículo 5(1) no eligen buscar la extradición o acusar al ofensor, otros Estados deben hacerlo. El propósito de la Convención fue introducir el principio *aut dedere aut punere* —o extradición o punición: Burgers y Danelius, pág. 131—. A lo largo de la negociación de la Convención ciertos países quisieron que el ejercicio de la jurisdicción del artículo 5(2) dependiese de que el Estado que asume la jurisdicción haya rehusado la extradición a un Estado del artículo 5(1). Sin embargo, en una sesión de 1984 todas las objeciones al principio de *aut dedere aut punere* fueron retiradas. «La inclusión de la jurisdicción universal en el Proyecto de la Convención no fue objeto de gran oposición por las delegaciones»: Grupo de Trabajo en el Proyecto de Convención U.N. Doc. E/CN. 4/1984/72, parágrafo 26. Si no hay persecución por, o extradición a, un Estado mencionado en el artículo 5(1), el Estado en que se encuentre el presunto delincuente (que ha de tenerlo en custodia según el artículo 6) debe ejercitar su jurisdicción según el artículo 5(2) para proceder a su enjuiciamiento conforme al artículo 7(1).

Resumo los siguientes aspectos importantes de la Convención contra la Tortura:

- 1) La tortura en el sentido de la Convención sólo puede ser cometida por «un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas», pero estas palabras incluyen al Jefe del Estado. Un simple acto de tortura oficial es «tortura» a efectos de la Convención.
- 2) Las situaciones excepcionales no pueden invocarse como defensa.
- 3) Si los Estados con jurisdicción más evidente [los mencionados en el artículo 5(1)] no persiguen la extradición, el Estado en que ha sido encontrado el presunto torturador debe enjuiciarlo o, al parecer, proceder a su extradición a otro país; esto es, hay jurisdicción universal.
- 4) No existe una previsión expresa relativa a la inmunidad estatal de Jefes de Estado, Embajadores y otros agentes públicos.
- 5) Tanto Chile, como España y el Reino Unido son parte en la Convención, están obligados por el Tratado, por sus previsiones, tanto si tales previsiones pudieran aplicarse en ausencia de tratado como si no. Chile ratificó la Convención con efectos desde el 30 de octubre de 1988 y el Reino Unido con efectos de 8 de diciembre de 1988.

### *Inmunidad estatal*

Éste es uno de los aspectos alrededor de los que más ha girado el debate. Internacionalmente

es de considerable importancia, dado que si el Senador Pinochet no está amparado por la inmunidad en relación a los actos de tortura imputados ocurridos después del 29 de septiembre de 1998, sería la primera vez que la defensa lo pone de manifiesto cuando una corte nacional ha rehusado ofrecer inmunidad a un Jefe de Estado o antiguo Jefe de Estado basándose en que puede no ser inune contra la acusación de ciertos delitos internacionales.

Dada la importancia de este aspecto, sorprende lo limitado del ámbito de disputa. Hay un acuerdo general entre las partes en cuanto a las reglas del estatuto de inmunidad y el fundamento en que se basan. La cuestión es si las normas internacionales conceden inmunidad estatal en relación al crimen internacional de tortura y, aun así, si la República de Chile está capacitada para reclamar dicha inmunidad aun cuando Chile, España y el Reino Unido son todos parte de la Convención contra la Tortura y, por tanto, están «contractualmente» obligados a dar efecto a sus provisiones desde el 8 de diciembre de 1988 a más tardar.

Es un principio básico del Derecho internacional que un Estado soberano (el foro estatal) no juzga el comportamiento de un Estado extranjero. El Estado extranjero tiene derecho a la inmunidad procesal en el enjuiciamiento por los tribunales estatales. Esta inmunidad se extiende tanto a la responsabilidad criminal como a la civil. Probablemente, la inmunidad estatal se desarrolló a partir de la inmunidad histórica de la persona del monarca. En todo caso, la citada inmunidad personal del Jefe del Estado persiste en la actualidad: el Jefe del Estado está amparado por la misma inmunidad que el Estado mismo. La representación diplomática de un Estado extranjero tiene, ante los tribunales nacionales, idéntica inmunidad en reconocimiento a la dignidad del Estado que representa. Esta inmunidad de que gozan el Jefe del Estado en el poder y el Embajador en su cargo es una inmunidad unida a la persona que ocupa la Jefatura del Estado o al Embajador y presta su amparo frente a las acciones o acusaciones tanto si se refieren a asuntos realizados en beneficio del Estado como si no. Tal inmunidad es otorgada *ratione personae*.

¿Qué ocurre cuando el Embajador abandona el cargo o el Jefe del Estado es depuesto? La situación del Embajador está cubierta por la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas, 1961. Después de establecer la inmunidad frente al arresto (artículo 29) y frente a la jurisdicción criminal y civil (artículo 31), el artículo 39(1) dispone que los privilegios del Embajador serán disfrutados desde el momento en que tome posesión de su cargo; y el párrafo (2) prevé que:

«(2) Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión».

El mantenimiento de la inmunidad parcial del Embajador después de abandonar el cargo es un tipo diferente del que disfruta *ratione personae* mientras que permanece en el cargo. En tanto que ya no mantiene la representación de un Estado extranjero no merece privilegios o inmunidades particulares como esa persona. Sin embargo, en lo que se refiere a preservar la integridad de las actividades de un Estado extranjero durante el período en que fue Embajador, es necesario establecer que la inmunidad se otorga a sus actos *oficiales* realizados en el ejercicio del cargo. Pues, de no ser así, la inmunidad soberana del Estado podría ser eludida poniendo en duda los actos realizados por el antiguo Embajador. De acuerdo con el artículo 39(2) el Embajador, igual que otro agente del Estado, disfruta de inmunidad en relación a sus actos oficiales mientras sea funcionario. La inmunidad limitada, *ratione materiae*, contrasta con la anterior inmunidad *ratione personae* que otorga completa inmunidad a todas las actividades sean públicas o privadas.

En mi opinión, ante el *common law* el antiguo Jefe de Estado goza de similares inmunidades, *ratione materiae*, una vez que ha cesado como Jefe de Estado. Así mismo pierde la inmunidad *ratione personae* al dejar de ser Jefe de Estado: véase Watts: *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers*, pág. 88 y los casos allí citados. Por tanto, puede ser demandado en lo que se refiere a sus obligaciones privadas: *Ex King Farouk of Egypt v. Christian Dior* (1967) 24 I.L.R. 228; *Jiménez v. Aristeguieta* (1962) 311 F. 2d 547. Como ex-Jefe de Estado no puede ser demandado respecto a los actos realizados, en ejercicio de funciones públicas, mientras que fue Jefe de Estado: *Hasch v. Baetz* (1876) 7 Hun. 596. Así pues, para el *common law*, la posición del antiguo Embajador y del antiguo Jefe de Estado parecen ser muy similares: ambos disfrutan de inmunidad por los actos realizados en cumplimiento de sus respectivas funciones mientras ocupan sus cargos.

He tratado este punto porque es una característica desconocida del Derecho del Reino Unido que yo debo mencionar brevemente. La Ley de Inmunidad Estatal de 1978 modifica el concepto tra-

dicional de inmunidad total ofrecido normalmente por el *common law* en las demandas por daños contra Estados extranjeros. Tales modificaciones se contienen en la Parte I de la Ley. La Sección 16(1) prevé que ninguno de los contenidos de la Parte I de esta Ley se aplican a los procedimientos penales. De ahí que la Parte I no resulte de directa aplicación en este caso. Sin embargo, la Parte III de la Ley establece en la Sección 20(1) que :

«Sujeto a las previsiones de esta Sección y a las modificaciones necesarias, la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 será de aplicación a

- (a) el soberano u otro Jefe de Estado;
- (b)
- (c)

tal como se aplica al Jefe de una misión diplomática...».

El modo correcto de aplicar el artículo 39(2) de la Convención de Viena al antiguo Jefe de Estado es confuso. ¿Qué «funciones» han de ser consideradas? Desde que cesan las funciones, ¿un antiguo Jefe de Estado nunca llegaría a este país con cierta seguridad de que se le permitirá abandonarle? ¿Está la inmunidad del antiguo Jefe de Estado limitada al ejercicio de las funciones de un miembro de la misión, o está de nuevo sometida a «las modificaciones necesarias»? Es difícil resistir la sospecha de que algo es incorrecto. Así, se realizó una investigación en los trabajos parlamentarios de esta Sección. De esta investigación surgió el texto original de la Sección 20(1): «soberano u otro Jefe de Estado que se encuentra en el Reino Unido por invitación o con el consentimiento del Gobierno del Reino Unido». Sobre esta base la Sección puede volverse inteligible. Sin embargo, fue modificada por una enmienda del Gobierno que decía que la cláusula introducida «deja, desafortunadamente, una duda acerca de la situación de los Jefes de Estado que no están en el Reino Unido»; la enmienda aseguraría que los Jefes de Estado pudieran ser tratados como los Jefes de misiones diplomáticas «sin tener en cuenta su presencia en el Reino Unido». La tramitación parlamentaria, por tanto, revela la falta de claridad de lo propuesto. Sin embargo, en mi opinión, ésta no es una cuestión indudable ya que el Parlamento no puede pretender otorgar a los Jefes de Estado y a los antiguos Jefes de Estado mayores derechos que los que disfrutaron conforme al Derecho internacional. En consecuencia, según mi parecer, el Senador Pinochet como anterior Jefe de Estado disfruta de inmunidad *ratione materiae* en lo que se refiere a los actos realizados por él como Jefe del Estado dentro de sus funciones oficiales en tanto Jefe del Estado.

La cuestión, pues, que ha de ser contestada es si la acusación de la organización de torturas de Estado por el Senador Pinochet (de probarse) podría constituir un acto ejecutado por el Senador Pinochet como parte de sus funciones oficiales en

tanto Jefe del Estado. No es suficiente decir que la comisión de un crimen no puede ser parte de las funciones oficiales del Jefe del Estado. Pues, actuaciones que constituyen delitos según el Derecho nacional, pueden haber sido realizadas oficialmente y, por ende, alcanzar la inmunidad *ratione materiae*. El caso necesita ser analizado más detalladamente.

¿Puede decirse que la comisión de un crimen que es, a su vez, un crimen internacional contra la humanidad y el *ius cogens* es un acto realizado en el ámbito de las funciones públicas o en nombre del Estado? Yo creo que ahí hay un argumento sólido para decir que la implantación de la tortura tal y como es definida en la Convención contra la Tortura no puede ser una función estatal. Éste es el punto de vista de Sir Arthur Watts (*supra*) cuando dice (pág. 82) que:

«Aunque generalmente el Derecho internacional... directamente no incluye obligaciones para los individuos personalmente, esto no es siempre así, en particular por actos de tal gravedad que constituyen no sólo agravios internacionales (en el amplio sentido de agravios civiles) sino crímenes internacionales que afectan al orden público de la comunidad internacional. Los Estados son personas jurídicas artificiales: sólo pueden actuar a través de instituciones y agencias del Estado, esto significa que, en última instancia, sus funcionarios y otros individuos actúan en nombre del Estado. Para el comportamiento internacional es tan grave ser acusado de un actividad criminal, como considerar aquella atribuible sólo al Estado impersonal y no a los individuos que la ordenaron y perpetraron; es en ambos casos irreal y ofensivo para las nociones comunes de justicia.

«La idea de que los individuos que cometen crímenes internacionales son internacionalmente responsables por ellos ha llegado ahora a ser aceptada como parte del Derecho internacional. Los problemas en este ámbito —tales como la no existencia de un tribunal internacional con jurisdicción sobre dichos crímenes, y la falta de acuerdo en cuanto a qué actos son crímenes internacionales a estos efectos— no afectan a la aceptación general del principio de responsabilidad individual por el comportamiento criminal internacional».

Más adelante, pág. 84, dice que:

«No puede dudarse durante mucho tiempo que, como asunto de Derecho internacional consuetudinario general, el Jefe del Estado pueda ser personalmente responsable para que rinda cuentas, si hay evidencias suficientes de que ha autorizado o perpetrado los citados graves crímenes internacionales».

Puede objetarse que Sir Arthur examinaba los supuestos en que la comunidad internacional tiene establecido un tribunal internacional a cuya jurisdicción la norma reguladora *expresamente* somete al Jefe del Estado: véase, por ejemplo, el artículo 7 de la Carta de Nuremberg; el Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia; el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Es cierto que en estos casos está expresamente recogido que el Jefe del Estado o el anterior Jefe del Estado está sometido a la jurisdicción del Tribunal. Pero se trata de casos en que ha sido creado un nuevo tribunal cuya jurisdicción no existía. La jurisdicción establecida por la Convención contra la Tortura y la Convención contra la Toma de Rehenes reside allí donde existan tribunales nacionales de todos los países, autorizados y obligados a asumir la jurisdicción internacional. La cuestión es si, en este nuevo tipo de jurisdicción, la única consideración posible es que queden sometidos a la jurisdicción de cada tribunal estatal del mundo, que en relación con la tortura no puedan reclamar inmunidad.

Tengo dudas en cuanto a si, antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura, la existencia de un delito internacional de tortura conforme al *ius cogens* sería suficiente para justificar la conclusión de que la organización del Estado torturador no puede alegar, a efectos de la inmunidad, el desarrollo de una función pública. En esa etapa no había un tribunal internacional que castigara la tortura, ni una jurisdicción general para permitir o imponer su punición en los tribunales nacionales. No había fórmulas de jurisdicción universal para la penalización del delito de tortura que pudieran ser denominadas así realmente en torno a un delito internacional claramente establecido. Pero, en mi opinión, la Convención contra la Tortura proporcionó lo que faltaba: una jurisdicción universal en cualquier lugar del mundo. Aun más, obliga a todos los Estados miembros a desterrar y procribir la tortura: artículo 2. ¿Cómo puede existir a los efectos del Derecho internacional una actuación pública que el propio Derecho internacional prohíbe y penaliza? En tercer lugar, un aspecto esencial del delito internacional de tortura es que debe cometerse «por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia». En consecuencia, todos los demandados en casos de tortura serán funcionarios estatales. Además, si el antiguo Jefe del Estado tiene inmunidad, el hombre más responsable escapará de la responsabilidad mientras que sus inferiores (los jefes de policía, oficiales del ejército) que ejecutaron sus órdenes serán responsables. Considero imposible aceptar que ésta fuera la intención.

Finalmente, y a mi entender de manera decisiva, si la implantación de un régimen de tortura es una función pública amparada por la inmunidad *ratione materiae* se producen extraños resultados. La inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a los ex-Jefes de Estado y ex-Embajadores sino también a todo funcionario público que haya llevado a cabo funciones del Estado. Tal inmunidad es necesaria para evitar que la inmunidad estatal sea utilizada para perseguir y demandar al agente que, por ejemplo, llevó a cabo de hecho la tortura cuando una demanda contra el Jefe del Estado resultara imposible como consecuencia de la doctrina de la inmunidad. Si se aplicara al caso presente y, si la implantación de un régimen de tortura es considerado un asunto oficial suficiente para fundamentar la inmunidad de un antiguo Jefe de Estado, debería ser también suficiente para justificar la inmunidad de sus inferiores que efectivamente torturaron. Según la Convención, el crimen internacional de tortura puede ser cometido sólo por un funcionario o persona en ejercicio de funciones públicas. Todos ellos estarían amparados por la inmunidad. De lo que se sigue que no puede haber casos fuera de Chile en los que pueda realizarse una acusación exitosa de tortura, a menos que el Estado de Chile esté preparado para renunciar a sus derechos sobre la inmunidad de sus agentes. Así pues, la completa y elaborada estructura de jurisdicción universal sobre la tortura cometida por agentes quedaría malograda y uno de los principales objetivos de la Convención contra la Tortura —prever un sistema bajo el que no se encuentren seguros los torturadores— habría sido frustrado. En mi opinión, todos estos factores juntos demuestran que la noción de inmunidad permanente de los ex-Jefes del Estado es incompatible con las previsiones de la Convención contra la Tortura.

Por estas razones, según mi parecer, si, como se ha alegado, el Senador Pinochet organizó y autorizó la tortura después del 8 de diciembre de 1988, no ejerció funciones que puedan gozar de inmunidad *ratione materiae* porque tales acciones eran contrarias al Derecho internacional, Chile mostró su acuerdo con procribir dichas conductas y Chile acordó con las otras partes de la Convención contra la Tortura que todos los Estados signatarios deberían tener jurisdicción para juzgar la tortura oficial (como la define la Convención) incluso si dichas torturas fueron cometidas en Chile.

Respecto a los cargos de asesinato y conspiración para cometer asesinato, no se han presentado razones por las que las reglas ordinarias de la inmunidad no sean de aplicación y el Senador Pinochet esté amparado por tal inmunidad.

Por estas razones, yo admitiría la apelación en cuanto a permitir el procedimiento de extradición para proceder en la acusación de tortura, de conspiración para cometer tortura, incluyendo el sim-

ple acto de tortura que es imputado en el cargo 30, cometidos por el Senador Pinochet después del 8 de diciembre de 1988 cuando había perdido la inmunidad.

Habiendo dictado al magistrado autorización para proceder según la Sección 7 de la Ley de Extradición de 1989, el Secretario de Estado procedió sobre las bases de la amplia gama de cargos de tortura y asesinato presentados contra el Senado Pinochet, materia sometida a los procedimientos de extradición. La decisión de sus Lores excluyendo de la consideración un largo número de estos cargos constituye un cambio sustancial en las circunstancias. Es obvio que requiere que el Secretario de Estado reconsidere su decisión según la Sección 7 a la luz de las circunstancias modificadas.

### LORD GOFF OF CHIEVELEY

Mis Lores,

#### I. Introducción

Los antecedentes de la presente apelación se encuentran, brevemente y con lucidez, en la opinión de mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson, que he tenido la oportunidad de leer en borrador. Adopto con satisfacción su relato y, para hacer mi propia opinión tan breve como sea razonablemente posible, no me propongo repetirlo. La cuestión central en la apelación es si el Senador Pinochet está amparado como anterior Jefe de Estado por el beneficio de la inmunidad estatal *ratione materiae* respecto a los cargos presentados contra él, tal y como están recogidos en la relación de cargos preparada por Mr. Alun Jones, *Q.C.*, en nombre del Gobierno de España.

#### II. El motivo principal alegado en la apelación

Ante la *Divisional Court*, y también ante el primer *Appellate Committee*, se arguyó, en nombre del Gobierno de España, que el Senador Pinochet no estaba amparado por el beneficio de la inmunidad estatal básicamente por dos motivos, a saber, en primer lugar, porque los crímenes imputados al Senador Pinochet son tan horribles que deben constituir una excepción al principio de Derecho internacional de la inmunidad estatal; y, en segundo lugar, porque los crímenes de los que se le acusa son crímenes contra el Derecho internacional respecto a los que la inmunidad estatal no es aplicable. Ambos argumentos fueron rechazados por la *Divisional Court*, pero la mayoría de miembros del primer *Appellate Committee* aceptó el segundo argumento. La opinión principal fue pronunciada por Lord Nicholls of Birkenhead cuyo razona-

miento fue de gran simplicidad. Mantuvo (véase [1998] 3 W.L.R. 1456, pág. 1500 C-F) que:

«A mi modo de ver, el artículo 39(2) de la Convención de Viena, modificado y aplicado a antiguos Jefes de Estado por la Sección 20 de la Ley de 1978, es adecuado para conferir inmunidad respecto a las funciones que el Derecho internacional reconoce como funciones de un Jefe de Estado, independientemente de los términos de su Constitución interna. Esta formulación, y este test para determinar cuáles son las funciones de un Jefe de Estado a estos efectos, están asentados, en principio, y no están sometidos a controversia antes sus Lores. El Derecho internacional no exige la concesión de una amplia inmunidad. Y difícilmente necesita decir que la tortura de sus propios súbditos, o de extraños, no debe considerarse según el Derecho internacional como una función del Jefe del Estado. Todos los Estados desapruueban el uso de la tortura por aborrecible, aunque en ocasiones hayan recurrido a él. De igual modo, la toma de rehenes, además de la tortura, ha sido proscrita por el Derecho internacional como delito. El Derecho internacional reconoce, por supuesto, que las funciones de un Jefe de Estado pueden incluir actividades injustas, incluso ilegales, según el Derecho de su propio Estado, o el otros Estados. Pero el Derecho internacional ha determinado que ciertos tipos de conducta, incluidos la tortura y la toma de rehenes, no resultan aceptables por parte de nadie. Esto se aplica también a los Jefes de Estado, o incluso más, de como se haría con cualquier otro; la conclusión contraria llevaría a una burla del Derecho internacional».

Lord Hoffman estuvo de acuerdo y Lord Steyn presentó una opinión concurrente al mismo efecto.

Lord Slynn of Hadley y Lord Lloyd of Berwick, sin embargo, manifestaron opiniones sustancialmente disidentes. En concreto, Lord Slynn (véase [1998] 3 W.L.R. 1456, págs. 1471F-1475G) consideró en detalle «los avances del Derecho internacional en relación a los llamados crímenes internacionales». Sobre la base del material por él revisado, concluyó que (pág. 1473C):

«No me parece que se haya probado que exista alguna práctica estatal o consenso general,..... una convención ampliamente apoyada en cuanto a que todos los crímenes contra el Derecho internacional sean justiciables por tribunales nacionales sobre la base de la universalidad de la jurisdicción. Ni hay *ius cogens* respecto a tales violaciones del Derecho internacional que exija que una demanda de inmunidad del Jefe del Estado, principio de Derecho internacional bien afirmado, deba ser desechada.»

Tomó en consideración si el Derecho internacional ahora reconoce que algunos delitos, y en particular los crímenes contra la humanidad, están fuera de protección de la inmunidad del Jefe del Estado. Se refirió a la documentación relevante y señaló que, pág. 1475H:

«... excepto en lo referente a delitos en situaciones particulares ante tribunales internacionales, estas medidas no abordan en general la cuestión de si, por el contrario, deben rechazarse las inmunidades existentes. Ni siempre reconocen específicamente la jurisdicción de, o confieren jurisdicción a, los tribunales nacionales para juzgar tales delitos».

Después procedió a examinar la Convención contra la Tortura de 1984, la Convención contra el Genocidio de 1948 y la Convención contra la Toma de Rehenes de 1983, y concluyó que ninguna de ellas había modificado la inmunidad largamente establecida de los antiguos Jefes de Estado.

No dudo que, en cuanto a considerar la validez de los argumentos presentados en nombre del Gobierno de España en este punto, fuera necesario llevar a cabo el ejercicio tan desarrollado por Lord Slynn; y, por tanto, soy incapaz, con todos los respetos, de aceptar la simple aproximación de la mayoría del primer *Appellate Committee*. Además, quiero recordar mi respetuoso acuerdo con el análisis y conclusiones de Lord Slynn en los párrafos de su opinión que he referido. Intento no faltar al respecto a los detallados argumentos presentados ante sus Lores en nombre de los apelantes en este aspecto, cuando digo que, en mi opinión, no debilitan el razonamiento, o conclusiones, de Lord Slynn que he transcrito arriba. Sin embargo, teniendo en cuenta: 1) el extraordinario impacto en este caso de la doble penalidad, a la que me referiré en un momento, y 2) el hecho de que una mayoría de sus Lores han formado la opinión de que, respecto a los escasos cargos (de tortura y conspiración para la tortura) que sobreviven al impacto de la doble penalidad, el efecto de la Convención contra la Tortura es que, en todo caso, el Senador Pinochet no está amparado por el beneficio de la inmunidad estatal, la presente conclusión ha dejado de tener una relación directa en el resultado del caso. En estas circunstancias, no considero necesario o apropiado sobrecargar esta opinión con una detallada consideración de los argumentos dirigidos al *Appellate Committee* en esta conclusión. Sin embargo, volveré a este punto cuando considere el tema de la inmunidad del Estado en este parecer.

### III. La regla de la doble penalidad

Durante el curso de la audiencia ante sus Lores surgieron o adquirieron gran importancia dos nuevas consideraciones que previamente no ha-

bían entrado en juego. La primera de ellas es la idea de la doble penalidad a la que ahora me voy a referir.

En la audiencia ante sus Lores, Mr. Alun Jones, *Q.C.*, por los apelantes, pretendió extender retroactivamente el período durante el que los crímenes imputados habían sido cometidos, con el efecto de que algunos de esos crímenes pudiera decirse que habrían tenido lugar antes del golpe al que siguió la llegada al poder del Senador Pinochet. El propósito era obviamente permitir a los apelantes defender que, respecto a estos crímenes, no podía invocarse la inmunidad como antiguo Jefe de Estado. En consecuencia, Miss Clare Montgomery, *Q.C.*, por el Senador Pinochet, recuperó la consideración de que algunos de los cargos calificados como crímenes no eran susceptibles de extradición porque, al tiempo en que se alega que fueron cometidos, no eran delitos según el Derecho de este país, lo que, por tanto, iría en contra de la regla de la doble penalidad. Mr. Alun Jones, *Q.C.*, replicó a este argumento pero, por las razones dadas por mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson, con las que me encuentro, respetuosamente, en completo acuerdo, también estoy satisfecho de que la consideración de Miss Montgomery estuviera bien fundamentada.

Los apelantes, sin embargo, no realizaron un análisis de las consecuencias de este argumento, si fuera exitoso, en punto a identificar los cargos contra el Senador Pinochet que subsistirían a la aplicación de la regla de la doble penalidad. Esta tarea substancial ha sido, sin embargo, emprendida por mi noble y docto amigo, Lord Hope of Craighead, a quien sus Lores deben gratitud. Acepto respetuosamente su análisis. Como dice correctamente, el impacto sobre el caso presente es profundo. Gran parte de los delitos imputados al Senador Pinochet deben ser excluidos, igualmente el cargo de toma de rehenes no revela un delito según la Ley contra la Toma de Rehenes de 1982. Los cargos principales que permanecen son los relativos a los actos de tortura que fueron cometidos, o conspiraciones para torturar que fueron realizadas, después del 29 de septiembre de 1988, fecha en que la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 (que dio efecto a la Convención contra la Tortura en este país) entró en vigor. Son, pues: el cargo 30, relativo a un acto singular de tortura realizado el 24 de junio de 1989; y los cargos 2 y 4, relativos a conspiraciones para torturar entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1972, respectivamente, y el 1 de enero de 1990, en cuanto se refiere al relativamente corto período entre el 29 de septiembre de 1988 y el 1 de enero de 1990. En suma, de cualquier modo, el cargo de conspiración para cometer asesinato en España (cargo 9) y tales conspiraciones para cometer asesinato en España como puede mostrarse que forman parte de las alegaciones del cargo 4 aún sobreviven.

## IV. Inmunidad estatal

Como mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson, considero los principios de la inmunidad estatal de Jefes de Estado y antiguos Jefes de Estado aplicables en este caso como relativamente no controvertidos, aun cuando la legislación en que ahora se basan, la Ley de Inmunidad Estatal de 1978, es una fórmula extraña que puede sólo explicarse por la elaboración parlamentaria de la Ley.

No puede dudarse, en mi opinión, que la Ley pretendía proporcionar la única fuente de Derecho inglés en esta materia. Porque el largo título de la Ley prevé (*inter alia*) que la Ley es «para crear nuevas provisiones respecto a las inmunidades y privilegios de los Jefes de Estado». Dado que en este caso nos concierne lo relacionado con la inmunidad en el proceso penal, podemos ignorar la Parte I (que no es aplicable a los procedimientos penales) y dirigirnos directamente a la Parte III y en particular a la Sección 20. La Sección 20(1) que prevé lo siguiente:

«Sometido a las provisiones de esta Sección y a las necesarias modificaciones, la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 será aplicable a: a) un soberano u otro Jefe de Estado... como se aplica a los Jefes de misión diplomática».

La función de la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 es dar efecto a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en este país, los artículos relevantes de la misma están incluidos en la Ley. El problema es, por supuesto, cómo identificar las «modificaciones necesarias» al aplicar la Convención de Viena a los Jefes de Estado. La naturaleza del problema es aparente porque cuando volvemos al artículo 39 de la Convención éste prevé que:

«(1) Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo, o si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido».

«(2) Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión».

De primeras parece muy extraño aplicado a un Jefe de Estado. Sin embargo, la venda cae de nues-

tros ojos cuando descubrimos la elaboración parlamentaria de la Ley que, originalmente, pretendía aplicarse sólo a los soberanos u otros Jefes de Estado que estuviesen en este país por invitación o con el consentimiento del Gobierno, pero que fue enmendada para prever también la posición de los Jefes de Estado que no estuvieran en este país —de ahí la fórmula del largo título, que fue reformado para aplicarse simplemente a los Jefes de Estado—. Por tanto, nosotros tenemos que ser rígidos al aplicar la Convención de Viena a los Jefes de Estado «con las necesarias modificaciones». En el caso de un Jefe de Estado no puede plantearse la cuestión de la aplicación del artículo 39(1) o (2) al territorio del Estado receptor, como se ha sugerido en nombre de los apelantes. Una vez que esto se tiene en cuenta, parece que no hay razón para que la inmunidad del Jefe del Estado según la Ley no sea interpretada tan amplia como sea posible de acuerdo con su inmunidad según el Derecho internacional consuetudinario que proporciona los antecedentes frente a los que se establece esta Ley: véase, *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia* (1984) 1 a.C. 580, 597 G, per Lord Diplock. El resultado es que el Jefe del Estado disfrutará, según la ley como en el Derecho internacional, de inmunidad estatal *ratione personae* durante el tiempo que ocupe el cargo, y después de su cese disfrutará de la concomitante inmunidad *ratione materiae* «respecto a los actos desarrollados (por él) en el ejercicio de sus funciones (como Jefe de Estado)», la cuestión crítica es «si la conducta puede acomodarse en el ejercicio ostensible de la autoridad pública del Jefe del Estado» (véase, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers* por Sir Arthur Watts, *Recueil des Cours*, vol. 247 (1994-III), pág. 56). En este contexto, está trazada la diferencia entre los actos gubernamentales, cuáles son funciones del Jefe del Estado y actos privados, cuáles no.

No hay duda que la inmunidad del Jefe del Estado, sea *ratione personae* o *ratione materiae*, se aplica a procedimientos civiles y penales. Porque la inmunidad se aplica a cualquier fórmula de procedimiento legal. El principio de la inmunidad del Estado se expresa en latín en la máxima *par in parem non habet imperium*, cuyo efecto es que un Estado soberano no interfiere en la conducta de otro. Este principio se aplica tanto entre Estados, y el Jefe del Estado está amparado por la misma inmunidad que el Estado mismo, como entre representaciones diplomáticas del Estado. Que el principio se aplique en el proceso penal se recoge en la Ley de 1978, en la que no hay una previsión equivalente en la Sección 16(4) de la Parte III de la Ley que dispone que la Parte I no es aplicable a los procesos penales.

Sin embargo, surge la cuestión de si hay algún límite a la inmunidad respecto a las infracciones penales. Obviamente, el mero hecho de que la

conducta sea criminal no excluye por sí mismo la inmunidad, de otro modo habría un pequeño ámbito para la inmunidad en el proceso penal; y esto es así aun cuando el crimen tiene carácter grave. Por tanto, en mi opinión, el mero hecho de que el crimen en cuestión sea la tortura no excluye la inmunidad estatal. Así ha sido puesto de manifiesto por Sir Arthur Watts (*op. cit.*, págs. 81-84) al señalar que el Jefe del Estado puede ser responsable personalmente:

«por actos de tal gravedad que constituyen no meramente agravios internacionales (en el amplio sentido de un agravio civil) sino verdaderos crímenes internacionales que ofenden el orden público de la comunidad internacional».

Después menciona un número de instrumentos, incluidos la Carta del Tribunal de Nuremberg (1946), la Carta del Tribunal de Tokyo (1948), el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (adoptado provisionalmente en 1988), y el Estatuto del Tribunal de Crímenes de Guerra para la antigua Yugoslavia (1993), todos prevén expresamente la responsabilidad de los Jefes de Estado, aparte de la Carta del Tribunal de Tokyo que contiene una previsión similar considerando la posición oficial del acusado. Concluyó, pág. 84, que:

«No puede dudarse durante mucho tiempo que, como asunto de Derecho internacional consuetudinario general, el Jefe del Estado pueda ser personalmente responsable para que rinda cuentas, si hay evidencias suficientes de que ha autorizado o perpetrado los citados graves delitos internacionales».

En lo que se refiere a la tortura hay, no obstante, dos cuestiones que deben mencionarse. La primera es que es evidente en este párrafo que Sir Arthur no se está refiriendo a un delito específico en cuanto tal, sino a que tal crimen afrente el orden público de la comunidad internacional, por lo que un Jefe de Estado puede ser *internacionalmente* (la cursiva es suya) responsable. Los instrumentos citados muestran que se refiere a crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Originariamente éstos se limitaban a crímenes cometidos en el contexto de conflictos armados, como en el caso de las Cartas de Nuremberg y Tokyo, y también en el caso de Yugoslavia, si bien se prevé que el conflicto pueda tener carácter internacional o interno. Posteriormente, el contexto ha sido ampliado para incluir (*inter alia*) la tortura «cuando se comete como parte de un ataque general o sistemático contra la población civil» en territorios específicos. Con este fin, se incluyó una disposición en el Proyecto de Código de Crímenes de la Comisión de Derecho Internacional (que, entiendo, fue adoptado provisionalmente en

1988), en el Estatuto de Tribunal Internacional para Ruanda (1994), y en el Estatuto de la Corte Internacional de Roma (adoptado en 1998); y, véase, también el argumento del *U. S. Court of Appeals en Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F. 2d 699, pág. 716. Añadiría que estos desarrollos prefiguraban en el Proyecto de Código de Crímenes de la Comisión de Derecho Internacional de 1954, pero no fue adoptado y se abrió una larga brecha de alrededor de 25 años antes de los avances de los 1990 a los que me he referido. De lo que se sigue que estas previsiones no son capaces de poner de manifiesto una práctica asentada respecto a la tortura cometida fuera de conflictos armados hasta después de 1989, última fecha que nos atañe en el presente caso. La segunda cuestión es que estos instrumentos se refieren a la responsabilidad internacional ante tribunales internacionales y no a la exclusión de la inmunidad estatal en procedimientos penales ante cortes nacionales. Lo que apoya la conclusión de Lord Slynn (1998) 3 W.L.R. 1456, pág. 1474 H) de que «excepto en lo referente a crímenes en situaciones particulares ante tribunales internacionales, estas medidas no abordan en general la cuestión de si, por el contrario, las inmunidades existentes deben ser apartadas», con la que he manifestado ya mi respetuoso acuerdo.

Así pues, si la inmunidad estatal respecto a crímenes de tortura ha sido excluida en todo en el presente caso, esto sólo puede hacerse por efecto de la Convención contra la Tortura.

## V. La Convención contra la Tortura

Vuelvo ahora a la Convención contra la Tortura de 1984, que está unida al núcleo del presente caso. Se refiere a la jurisdicción de los tribunales nacionales, pero su «objetivo esencial» es asegurar que el torturador no escape a las consecuencias de sus actos trasladándose a otro país; véase, *Handbook on the Convention* de Burgers (Relator-Jefe de la Convención) y Danelius, pág. 131. Los artículos de la Convención se suceden en un orden lógico. El artículo 1 contiene una definición amplia de tortura. A estos efectos, es importante que los actos de tortura hayan sido «infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas». El artículo 2 impone como obligación de cada Estado parte adoptar las medidas oportunas para impedir actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. El artículo 3 impide la expulsión de personas a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que se encontrarían en peligro de ser sometidas a tortura. El artículo 4 impone a todos los Estados la penalización de la tortura. El artículo 5 está relacionado con la jurisdicción. Cada Estado parte está obligado a establecer su jurisdicción sobre los delitos referidos en el artículo 4 en los siguientes casos:

«(a) cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción...;

(b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado:

(c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado»

y también «sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición...».

El artículo 7 se refiere al ejercicio de la jurisdicción. El artículo 7(1) dispone que:

«El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».

Esta previsión refleja el principio *aut dedere aut punire*, destinado a asegurar que los torturadores no escapen trasladándose a otro país.

Quiero, en este momento, considerar brevemente la cuestión de si el Jefe de Estado, si no es un funcionario público, es al menos una «persona en el ejercicio de funciones públicas» según el artículo 1(1) de la Convención contra la Tortura. Mi primera reacción fue que no lo es, sobre la base de que nadie describiría normalmente al Jefe del Estado, al Monarca o Presidente de la República como «funcionario público», y que los términos siguientes «otra persona en el ejercicio de funciones públicas» pretenden incluir a una persona que, sin ser un funcionario público, ha asumido el papel de funcionario público, por ejemplo, de forma temporal o *ad hoc*. Miss Montgomery, a favor del Senador Pinochet, arguyó que estas palabras no eran apropiadas para incluir al Jefe del Estado contándose, en concreto, con el hecho de que en algunas de las Convenciones más tempranas el Jefe del Estado era expresamente mencionado en este contexto junto a los oficiales del Gobierno responsables. Sin embargo, el Dr. Collins a favor de la República de Chile admitió que, en la Convención contra la Tortura, los Jefes de Estado deben ser considerados dentro de la categoría de «otra persona en el ejercicio de funciones públicas»; y en estas circunstancias estoy satisfecho de proceder sobre estas bases. El efecto de la concesión del Dr. Collins es que el Jefe del Estado podría resultar responsable de la tortura cometida durante el tiempo que ocupó el cargo, aunque (como afirmó el Dr. Collins) el Estado del que era Jefe podría invocar el principio de inmunidad estatal, *ratione personae* o *ratione materiae*, en los procedimientos dirigidos contra él por otra jurisdicción nacional si se creía con derecho a hacerlo. En consecuencia, en el argumento ahora

en consideración, la cuestión crucial se refiere a la validez de la inmunidad estatal.

#### VI. La decisión acerca de si la inmunidad *ratione materiae* ha quedado excluida por la Convención contra la Tortura

##### a) El argumento

Abordo ahora el segundo de los dos aspectos que se utilizaron durante la audiencia de la apelación, a saber, si la Convención contra la Tortura tiene el efecto de que los Estados parte de la Convención hayan acordado excluir la inmunidad *ratione materiae* en relación a los procedimientos abiertos contra sus funcionarios públicos, u otras personas que ejercen funciones públicas en lo referente a la tortura contraria a la Convención. En términos amplios, entiendo que el argumento es que, en tanto la tortura contraria a la Convención sólo puede cometerse por un funcionario público u otra persona que ejerce funciones públicas, y que es respecto a los actos de estas personas cuando los Estados pueden mantener la inmunidad estatal *ratione materiae*, sería incoherente con las obligaciones de los Estados parte de la Convención permitirles invocar la inmunidad estatal *ratione materiae* en supuestos de tortura contrarios a la Convención. En el caso de Jefes de Estado, este objetivo podría lograrse sobre la base de que la tortura contraria a la Convención no puede ser considerada como parte de las funciones de un Jefe de Estado mientras se mantiene en el cargo, de modo que, salvo que pudiera quedar protegido por la inmunidad *ratione personae* durante el período que ejerció como Jefe de Estado, la inmunidad *ratione materiae* no podría protegerle de las acusaciones de tortura después de haber cesado en el cargo. Sin embargo, no cabe duda que, antes de la Convención contra la Tortura, la tortura por funcionarios públicos podía quedar sometida a la inmunidad estatal. Por el contrario, dado que la exclusión de la inmunidad se dice que deriva de la Convención contra la Tortura y que no hay en la Convención referencias expresas a este efecto, el argumento tiene, en mi opinión, que ser formulado como dependiente de los términos implícitos en la Convención. Es una cuestión a tener en cuenta que, por razones que aparecerán en su momento, el propósito implícito no ha sido precisamente formulado; por tanto, no ha sido expuesta esa valiosa doctrina que siempre se utiliza en el caso de términos implícitos alegados en los contratos ordinarios. En todo caso, éste es un argumento diferente al que fue presentado ante sus Lores por los apelantes y en el que sostiene que, tanto la tortura contraria a la Convención contra la Tortura como la toma de rehenes contraria a la Convención contra la Toma de Rehenes, constituyen delitos según el Derecho internacional y que tales crímenes no pueden ser parte de las funciones de un Jefe de Estado a tenor del Derecho internacional.

El argumento ahora sometido a consideración no fue planteado ante la *Divisional Court*, ni pudo ser presentado ante el primer *Appellate Committee*, de otro modo habría sido tomado en consideración por Lord Slynn of Hadley y Lord Lloyd of Berwick en sus opiniones disidentes. No se presentó ante sus Lores por los apelantes, ni lo sostienen en sus escritos o en sus alegaciones iniciales. De hecho, fue introducido en el presente caso como resultado de las intervenciones de miembros del *Appellate Committee* en el curso de la argumentación. Lo que, por supuesto, están plenamente capacitados para hacer, y que, ulteriormente, fue muy favorable tanto para Miss Montgomery a favor del Senador Pinochet como para el Dr. Collins por el Gobierno de Chile. Fue posteriormente adoptado por Mr. Lloyd Jones, el *amicus curiae*, en sus conclusiones orales al *Committee*. Los apelantes, en sus escritos de réplica, se limitaron a sí mismos al afirmar que «La conducta imputada en el presente caso no es una conducta que se sume a los actos oficiales ejecutados por el demandado en el ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado...»: véase párrafo 11 de sus escritos de conclusiones. No hicieron llegar esto tan lejos para mantener que cualquier tortura contraria a la Convención contra la Tortura no se consideraría como acto oficial. Sin embargo, cuando el Professor Greenwood, en nombre de los apelantes, llegó al final de sus conclusiones orales, siguiendo la guía de Mr. Lloyd Jones, y quizás incitado por las observaciones del *Committee* sobre el efecto que tenía en el aspecto principal del caso, fue más allá de los escritos de réplica de sus clientes y afirmó que, cuando un crimen de tortura se comete por un funcionario según el sentido de la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal y el artículo 1 de la Convención contra la Tortura, la inmunidad *ratione materiae* no puede conectarse con ese acto.

Sorprende que un argumento de este carácter, de ser válido, debería haber sido previamente examinado por la defensa de catorce miembros (incluidos tres distinguidos profesores de Derecho internacional) que actúa para los apelantes y para Amnistía Internacional y *Human Rights Watch* que apoyan a los apelantes en este litigio. En relación con esto, el interés inducido en cuanto a la validez del argumento queda reforzado dado que no ha recibido tratamiento en la bibliografía en la materia y que, ante sus Lores, nunca antes había sido utilizado. En todo caso, habiendo dado al asunto la consideración más cuidadosa, me satisface que deba ser rechazado como contrario a la norma y a la doctrina y claramente contrario al sentido común.

b) *La renuncia de la inmunidad por Tratado debe ser expresa*

En nombre del Gobierno de Chile, la primera afirmación del Dr. Collins fue que la renuncia estatal de su inmunidad por un Tratado debe ser

siempre expresa. Estoy de acuerdo con esta conclusión.

Me refiero primero al *Oppenheim's International Law*. La cuestión sobre la renuncia a la inmunidad estatal es considerada en las páginas 351-355 de la novena edición, de las que he tomado el siguiente párrafo:

«Un Estado, aunque en principio amparado por la inmunidad, puede renunciar a su inmunidad. Puede hacerlo expresamente sometiéndose a la jurisdicción del tribunal ante el que es demandado, o bien mediante consentimiento expreso otorgado en el contexto de una controversia concreta ya surgida, o mediante consentimiento dado por anticipado en un contrato o en un acuerdo internacional... Puede también considerarse que un Estado ha renunciado a su inmunidad por implicación, abriendo o interviniendo en procedimientos, o adoptando medidas en los procedimientos relativos al fondo del litigio...».

Esto significa que, en este párrafo, los únicos ejemplos que implican renuncia a la inmunidad se refieren a la sumisión efectiva de un Estado a la jurisdicción de una corte o tribunal abriendo o interviniendo en los procedimientos o dando pasos en los procesos.

Un acercamiento similar se encuentra en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Propiedades elaborado en 1991 Yb.I.L.C., vol. II, Parte 2, en el que hay una exposición más completa de la materia. El artículo 7 del Proyecto de Artículos de la Comisión en esta materia lleva por título *Consentimiento expreso para ejercer la jurisdicción*. El artículo 7(1) reza como sigue:

«Un Estado no puede invocar la inmunidad de jurisdicción en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado respecto a una materia o en un caso en que ha consentido expresamente el ejercicio de jurisdicción por el tribunal respecto a la materia o caso:

- (a) por un acuerdo internacional;
- (b) en un contrato escrito; o
- (c) por una declaración ante la corte o por una comunicación escrita en un proceso específico.»

Vuelvo al comentario del artículo 7(1), del que cito el párrafo 8 completo:

«En las circunstancias consideradas, esto es, en el contexto de un Estado contra el que se han abierto procedimientos legales existen varios métodos reconocidos de expresión o manifestación del consentimiento. En esta concreta relación, el consentimiento no deberá entenderse concedido ni implícito. Cualquier teoría

del «consentimiento implícito» como una posible excepción a los principios generales de la inmunidad estatal descrita en esta parte habrá de verse no como una excepción en sí misma, sino aun más como una explicación añadida o justificación de una excepción, por otra parte, válida y generalmente reconocida. Por tanto, no hay ocasión para implicar el consentimiento de un Estado renuente que no ha expresado su consentimiento de forma clara y reconocible, incluso por el contenido del artículo 8 (referente al efecto de la participación en un proceso ante un tribunal). Queda por ver cómo puede expresarse o manifestarse el consentimiento de modo que evite la obligación del tribunal o de otro Estado de paralizar el ejercicio de su jurisdicción contra un Estado igualmente soberano».

Los dos ejemplos previstos para la prestación o expresión del consentimiento son: i) consentimiento otorgado en contrato escrito, o mediante declaración o comunicación escrita en un procedimiento específico, y ii) consentimiento otorgado por adelantado en un acuerdo internacional. Respecto al último, se refiere (en el párrafo 10) a que el consentimiento sea *expresado* en una previsión del tratado concluido por los Estados; no hay, pues, referencias al consentimiento tácito.

El efecto general de estos párrafos es que, en un tratado concluido entre Estados, el consentimiento de un Estado parte para ejercer la jurisdicción contra otro debe, como afirma el Dr. Collins, ser expreso. En general, además, el consentimiento implícito para el ejercicio de tal jurisdicción es aceptado sólo como explicación añadida o justificación de una excepción válida y, por otra parte, reconocida; de esto el único ejemplo ofrecido es la efectiva sumisión a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado.

La decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corporation* (1989) 109 S. Ct. 683 es coherente con la aproximación precedente. En una acción interpuesta por un naviero contra la República de Argentina por la pérdida de un barco debida al ataque de un avión de las Fuerzas Aéreas de Argentina, el demandado alegó la inmunidad estatal. Entre otros argumentos, el demandante sugirió que el demandado había renunciado a su inmunidad a través de ciertos acuerdos internacionales en los que Estados Unidos era parte. A estos efectos, el demandante invocó el párrafo 1605(a)(1) de la Ley de Inmunidades de Soberanías Extranjeras de 1976, que especifica, como una de las excepciones de la inmunidad de los Estados extranjeros, el caso en que el Estado extranjero ha renunciado a su inmunidad ya explícitamente o bien por implicación. La posición del actor era que había una renuncia implícita en acuerdos internacionales relevantes. Esta conclusión fue concisamente recha-

zada por Rehnquist C. J., que expuso la decisión de la Corte en los términos siguientes, pág. 693:

«Tampoco vemos cómo un Estado extranjero puede renunciar a su inmunidad según el párrafo 1605(a)(1) por la firma de un acuerdo internacional que no contiene mención alguna a la renuncia a la inmunidad ante una demanda ante los tribunales de Estados Unidos...»

Una vez más, el énfasis está en la necesidad de una renuncia expresa a la inmunidad en un acuerdo internacional. Lo que no puede explicarse como derivado de las previsiones de la Ley de Estados Unidos. Por el contrario, la Ley contempla la posibilidad de renuncia por implicación, pero, en el contexto de un tratado, el Tribunal Supremo sólo se mostró dispuesto a contemplar la renuncia expresa.

Vuelvo a continuación a la Ley de Inmunidad Estatal de 1978, cuyas previsiones son también coherentes con los principios que ya he descrito. En la Parte I de la Ley [que no es aplicable a los procedimientos penales, véase la Sección 16(4)], en la Sección 1(1) se prevé que «Un Estado es inmune a la jurisdicción de los tribunales del Reino Unido excepto en cuanto prevén las siguientes disposiciones de esta Parte de esta Ley». A estos efectos, las dos disposiciones relevantes son la Sección 2, relativa al sometimiento a la jurisdicción, y la Sección 9, relativa al sometimiento al arbitraje por acuerdo escrito. La Sección 2(2) reconoce que un Estado puede someterse a la jurisdicción por un acuerdo escrito previo, que entiendo que se refiere a un acuerdo expreso de sumisión. En la Ley no hay indicación alguna respecto a que un acuerdo implícito de sumisión resulte suficiente, excepto si hay un sometimiento efectivo a la jurisdicción del tribunal de este país que pueda considerarse como una renuncia tácita a la inmunidad; pero mi lectura de la Ley me permite entender que tal sometimiento a la jurisdicción es aquí considerado como una renuncia expresa de inmunidad más que como renuncia tácita o acuerdo de sometimiento a la jurisdicción. Lo que es coherente con la Parte III de la Ley en cuya Sección 20 se prevé que, sujeto a las previsiones de esta Sección y a las necesarias modificaciones, la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 será aplicable a los soberanos y otros Jefes de Estado. Entre los artículos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aplicable según la Sección 2 de la Ley de 1964, está el artículo 32, relativo a la renuncia de inmunidad, párrafo 2 que dispone que la mencionada renuncia debe ser siempre expresa, lo que considero incluye una sumisión efectiva a la jurisdicción, igual que un acuerdo de sometimiento expreso previo. Otra vez más, no hay previsión para el acuerdo implícito.

A la luz de lo anterior me parece claro que, de acuerdo con el Derecho internacional y con el De-

recho de este país que en este punto reproduce el Derecho internacional, la renuncia de un Estado a su inmunidad a través de tratado debe, como afirmó el Dr. Collins, ser siempre expresa. Verdaderamente, si no fuera así habría un caos internacional cuando los tribunales de diferentes Estados parte de un tratado llegasen a conclusiones diferentes en la cuestión de si la renuncia de inmunidad había de ser implícita.

c) *Las funciones de los funcionarios públicos y otras personas en el ejercicio de funciones públicas*

Sin embargo, se ha sugerido, así lo entiendo, que este bien asentado principio puede modularse en el presente caso sobre la base de que no era el propósito que los Estados parte en la Convención contra la Tortura acordaran la renuncia a su inmunidad estatal en los procedimientos abiertos en los Estados de otras partes respecto a las acusaciones de tortura según la Convención. Es suficiente que, a efectos de la Convención, tal tortura no forme parte de las funciones de los funcionarios públicos o de otras personas que ejercen funciones públicas, incluido, en concreto, el Jefe del Estado. Por otra parte, la inmunidad estatal *ratione materiae* sólo puede alegarse respecto a actos realizados por un funcionario en el ejercicio de sus funciones, por tanto, por ejemplo, un antiguo Jefe de Estado no disfruta del beneficio de inmunidad *ratione materiae* respecto a la tortura después de cesar en el cargo.

En mi opinión, el principio que he descrito no puede ser modelado de esta forma. En primer lugar, considero que el significado del término «funciones» tal y como se usa en este contexto está bien asentado. Las funciones de, por ejemplo, el Jefe del Estado son funciones gubernamentales, por oposición a los actos privados; y el hecho de que el Jefe del Estado desarrolle un acto, más que un acto privado, constitutivo de delito no le despoja de su carácter gubernamental. Esto es cierto tanto respecto a un crimen grave, como el asesinato o la tortura, como a un delito menor. Como dijo el *Lord Chief Justice* en la *Divisional Court*:

«... un antiguo Jefe de Estado está ciertamente amparado por la inmunidad en relación a los delitos cometidos en el curso de su ejercicio de funciones públicas. No puede, por tanto, sostenerse que cualquier desviación de la correcta práctica democrática quede fuera de la esfera de la inmunidad. Si el antiguo soberano es inmune al proceso respecto a determinados delitos, ¿dónde está trazada la línea?».

Ésta fue la respuesta dada a la cuestión en que los apelantes avanzaron la teoría de que tal línea se encuentra ante los llamados «crímenes internacionales». Si, no obstante, un límite está situado en las

funciones gubernamentales de modo que se excluyen de ellas los actos de tortura según la Convención contra la Tortura, esto sólo puede hacerse a través de una implicación surgida de la Convención misma. Además, tal como lo entiendo, el único propósito de las limitaciones implícitas a las funciones de los agentes públicos es privarlas, o como en este caso al Jefe del Estado, del beneficio de la inmunidad y, en mi opinión, las líneas de conducta requieren que tal resultado pueda sólo adoptarse en un tratado por consentimiento expreso, con el efecto de que pueda acordarse implícitamente, es igualmente inaceptable que pudiera adoptarse indirectamente por medio de una implicación como la propuesta.

d) *La implicación debe en todo caso ser rechazada*

En todo caso, incluso si fuera posible que este resultado se lograra por medio de términos implícitos, hay, en mi opinión, poderosas razones por las que dicha implicación debería ser rechazada.

Reconozco que un término puede estar implícito en un tratado, si las circunstancias son tales que «las partes deben proponerse contratar sobre la base de la inclusión en el tratado de una previsión cuyos efectos puedan ser determinando con una precisión razonable»: véase, *Oppenheim's International Law*, novena edición, pág. 1271, n. 4. Sería, en consecuencia, erróneo asumir que un término puede encontrarse implícitamente en un tratado en la misma forma que puede estar implícito en un contrato comercial ordinario, por ejemplo para dar eficacia al contrato mercantil (al respecto véase, *Treitel on Contract*, novena edición, págs. 185 y ss.). Esto es así porque los tratados son diferentes en origen y sirven a un fin también distinto. Los tratados son el fruto de una larga negociación, el propósito es elaborar un borrador que sea aceptable para un cierto número, frecuentemente un número sustancial, de Estados parte. La negociación de un tratado puede llevar mucho tiempo, incluso años. Borrador tras borrador es el resultado de artículos individuales que se consideran en profundidad por las representaciones nacionales y son el sujeto de comentarios detallados y consideraciones. Los términos acordados pueden ser el resultado de un «regateo» para conseguir un acuerdo general, y los artículos propuestos pueden ser enmendados, o en ocasiones omitidos en todo o en parte, adaptados a los deseos o inquietudes de alguna de las partes negociadoras. En circunstancias como éstas, es el propio texto del tratado el que prevé la única guía segura de sus términos, la referencia que puede realizarse, allí donde resulta apropiado, a los trabajos preparatorios. Pero los términos implícitos no pueden, excepto en casos muy obvios, utilizarse como atadura para los Estados parte que firman el tratado últimamente, pues,

con toda probabilidad, aducirán que no participan en las negociaciones preliminares.

En este orden de cosas, sin embargo, deseo poner de manifiesto, primero, que la asunción subyacente al argumento presente, a saber, que la eficacia permanente de la inmunidad estatal no es coherente con las obligaciones de los Estados parte en la Convención, no está, en mi opinión, justificada. Ya he resumido los artículos principales de la Convención; y, en este momento, necesito sólo referirme al artículo 7 que impone a todo Estado parte bajo cuya jurisdicción se encuentre una persona acusada de cometer tortura, en los casos contemplados en el artículo 5, que si no la extradita, debe someter el caso a sus autoridades competentes para su enjuiciamiento. Quiero hacer algunas observaciones sobre estas disposiciones. Primero de todo, en la mayoría de los casos en que puede invocarse la Convención, la cuestión de la inmunidad estatal no se plantea porque el funcionario público al que concierne se encuentra probablemente en su propio país. Incluso cuando se plantea, no hay razones para asumir que la inmunidad estatal sea mantenida por el Estado del que el presunto torturador es un funcionario público; lo contrario probablemente sucede sólo en supuestos inusuales, como el presente. En todo caso, no obstante, no sólo no hay mención alguna a la inmunidad estatal en la Convención, sino que, en mi opinión, no es coherente con sus previsiones expresas que, si se adoptan las medidas para proceder a la extradición o se somete el caso a la autoridades a efectos de su enjuiciamiento, el propio Estado estuviera autorizado para mantener la inmunidad estatal. Así las cosas, mantengo que no es un signo de incoherencia con la Convención que se mantenga la inmunidad *ratione personae*; si es así, encuentro difícil ver por qué sería incoherente con el mantenimiento de la inmunidad *ratione materiae*.

El peligro de introducir el término implícito propuesto en el presente caso está subyacente al hecho de que no hay, como el Dr. Collins sometió a sus Lores, nada en la historia de la negociación de la Convención contra la Tortura que arroje luz alguna sobre el término implícito propuesto. Ciertamente los trabajos preparatorios mostrados a sus Lores no revelan asomo de que se haya otorgado consideración alguna a la renuncia a la inmunidad estatal. De otra forma, muestran que el trabajo en el borrador de la Convención se realizó a lo largo de 1979, cinco años antes de la fecha de la Convención. Es seguramente improbable que durante los años en que el borrador se tomó en consideración no surgiese la posibilidad para los Estados parte en la Convención de considerar la renuncia a la inmunidad estatal. Además, si el acuerdo se hubiera extendido a tal renuncia, habría sido inevitable su previsión expresa en la Convención. Evidentemente, por el contrario, tal acuerdo no se extendió. Puede haberse reconocido en una etapa temprana

que demasiados Estados no estarían dispuestos a renunciar a su inmunidad en un asunto que no merecía la pena intentarlo; si es así, esto puede explicar por qué el asunto no apareció en los trabajos preparatorios. En este sentido, no debió considerarse que hubiera muchas razones por las que los Estados, aun reconociendo que en ciertas circunstancias la jurisdicción pueda ejercerse por otro tribunal nacional respecto a los actos de tortura cometidos por funcionarios públicos sometidos a su propia jurisdicción, pueden, a pesar de eso, haber considerado imperativo que serían capaces, en caso necesario, de mantener la inmunidad estatal. La Convención contra la tortura se aplica no sólo a una serie de actos sistemáticos de tortura sino también a la comisión de, aun a la aquiescencia con, un simple acto de tortura física o mental. La extradición puede hoy en día ser solicitada, en diferentes partes del mundo, sobre la base de una simple acusación no fundamentada, *prima facie*, en la evidencia. En ciertas circunstancias la tortura puede, por razones políticas imperiosas, ser objeto de amnistía, o de cualquier otra clase de medida, en el Estado en que ha sido, o se acusa de haber sido, cometida.

Además, si la inmunidad *ratione materiae* fuera excluida, los antiguos Jefes de Estado y antiguos funcionarios públicos se lo pensarían dos veces antes de viajar fuera por miedo a ser sometidos a acusaciones infundadas presentadas ante Estados de diferente orientación política. Así pues, es un error asumir que los Estados parte en la Convención sólo querían preservar la inmunidad estatal para casos de tortura a fin de proteger a funcionarios públicos culpables de tortura de su persecución en cualquier lugar del mundo. Tal asunción está basada en una errónea interpretación de la naturaleza y función de la inmunidad estatal como regla de Derecho internacional que impide a un Estado soberano someter a juicio el comportamiento soberano de otro. Como Lord Wilberforce dijo en el *I Congreso del Partido* (1983) 1 A.C. 244, 272, «El entero propósito de la doctrina de la inmunidad estatal es prevenir que sean discutidos ante los tribunales de un Estado los actos de otro». La inmunidad estatal *ratione materiae* opera, pues, para proteger a antiguos Jefes de Estado y (donde la inmunidad se mantiene) funcionarios públicos, aun funcionarios públicos inferiores, de procesos legales en países extranjeros respecto a los actos ejecutados en ejercicio de sus funciones, incluyendo la acusación y el arresto respecto a los delitos imputados. Por tanto, puede ser eficaz excluir cualquier proceso relativo a los delitos imputados, incluyendo las alegaciones desencaminadas o incluso maliciosas, cuestión de gran relevancia cuando, por ejemplo, un antiguo Jefe de Estado está implicado y se levantan las pasiones políticas. La preservación de la inmunidad estatal es, en consecuencia, un asunto de particular importancia para los Esta-

dos poderosos cuyos Jefes de Estado desarrollan un papel ejecutivo y que pueden ser considerados como posibles objetivos por los Gobiernos de Estados que, profundamente amparados en razones políticas, deploran sus acciones mientras estuvieron en el cargo. Pero, para traer la cuestión más cerca de casa, nosotros no debemos dejar de tener en cuenta que no sólo en Estados Unidos hay un cuerpo sustancial de la opinión que apoya la campaña del I.R.A. para derrocar al Gobierno democrático de Irlanda del Norte. No está más allá de los límites de lo posible que un Estado cuyo Gobierno esté imbuido por tal opinión pudiera solicitar la extradición desde un tercer país, donde él o ella se encuentre, de un Ministro responsable de la Corona, o incluso de un modesto funcionario público como un inspector de policía, en el supuesto de que él o ella haya consentido en un simple acto de tortura física o mental en Irlanda del Norte. El bien conocido caso de *The Republic of Ireland v. The United Kingdom* (1978) 2 E.H.R.R. 25 ofrece un ejemplo de las circunstancias en que esto podría suceder.

Razones como éstas bien podrían persuadir a los Estados parte en la Convención contra la Tortura de que sería imprudente abandonar la valiosa protección proporcionada por la inmunidad estatal. Sería ciertamente extraño si los Estados parte hubieran desistido de la inmunidad *ratione materiae* del Jefe del Estado que es considerada como el fundamento esencial de su inmunidad *ratione personae*. A estos efectos, el tema de la renuncia de la inmunidad estatal bien podría no haber sido perseguido, dado que obligar a esta adopción sólo pondría en peligro las sustanciales ventajas que se logran mediante la Convención incluso si ninguna renuncia a la inmunidad estatal se hubiera incluido en ella. Como ya he explicado, en los supuestos planteados según la Convención, la inmunidad estatal sólo puede ser relevante en un número limitado de casos. Porque el delito es normalmente cometido en el Estado al que el funcionario pertenece. Allí no está protegido por la inmunidad y, según la Convención, el Estado tiene, simplemente, que someter el caso a las autoridades competentes. En la práctica, la inmunidad estatal es relevante sólo en dos supuestos: cuando el delincuente se encuentra en un tercer Estado, o cuando el delincuente está en un Estado alguno de cuyos nacionales haya sido víctima, y ese Estado es diferente de aquél en que se cometió el delito. Un caso como el presente debe considerarse al menos inusual. Teniendo en cuenta estas consideraciones, no presionar para excluir la inmunidad estatal como una previsión de la Convención debe parecer un precio relativamente pequeño a pagar por la mejor realización de acuerdos muy extendidos entre Estados (sus Lores fueron informados de que 116 Estados han firmado la Convención) respecto al resto de los beneficios que confiere la Convención. Des-

pués de todo, incluso cuando fuera posible para un Estado confirmar la inmunidad estatal, en muchos casos no desearía exponerse al oprobio que podría provocar y, en tales casos, una diplomacia seria o la presión de la moral pueden llevarle a desistir.

Deseo acentuar las implicaciones de que no haya rastro en los trabajos preparatorios de intención alguna en la Convención de excluir la inmunidad estatal. De lo que se sigue, si el presente argumento es correcto, primero, que era suficientemente obvio que la intención era que, a tal efecto, la inmunidad fuera excluida por un término implícito en la Convención y segundo que, a pesar de ello, durante el proceso de negociación ningún Estado incluyó el derecho a mantener el asunto para su discusión. Esto es destacable. Además, sería obligación del principal funcionario de los diferentes Estados afectados inducir la atención de sus Gobiernos hacia las consecuencias de esta evidente implicación, de modo que éstos pudieran decidir si firmaban la Convención en esta forma. Lo que no parece haber ocurrido. No hay evidencia de que la cuestión haya sido planteada, menos aún que se haya realizado protesta alguna por cualquier Estado parte. La conclusión que se deriva es que, en uno u otro caso, todo Estado parte estaba satisfecho, sin cuestionar que la inmunidad estatal fuera excluida por silencio, o que los funcionarios de todos estos Estados, incluido el Reino Unido, fracasaron en su deber de dirigir la atención de sus Gobiernos hacia asunto tan importante. Es difícil imaginar que ambas proposiciones pueden ser correctas. En concreto no puede, presumo, haber cruzado por la mente de los funcionarios que la inmunidad estatal quedaría excluida por el silencio de la Convención.

El efecto cumulativo de todas estas consideraciones demuestra, en mi opinión, la grave dificultad de reconocer un término implícito, cualquiera que sea su forma, sobre la base que debe haberse acordado por todos los Estados parte de la Convención que la inmunidad estatal debiera ser excluida. En este sentido, es particularmente sorprendente que, en el *Handbook on the Torture Convention* de Burgers y Danelius, se reconozca que la obligación de un Estado parte, según el artículo 5(1) de la Convención, de establecer jurisdicción sobre los delitos de tortura cometidos en su territorio está sujeta a una excepción en el caso de que éstos se beneficien de inmunidades especiales, incluidos los diplomáticos extranjeros. Es cierto que esta manifestación puede en teoría ser interpretada como limitada a la inmunidad *ratione personae*, pero en ausencia de explicación podría entenderse en sentido ordinario como aplicable a ambas inmunidades *ratione personae* y su concomitante inmunidad *ratione materiae*, y, en todo caso, el silencio total en este párrafo sobre la renuncia hace altamente improbable que hubiera intención alguna de que la inmunidad *ratione materiae* fuera

considerada como implícitamente excluida por la Convención. De haber existido tal intención los autores hubieran estado obligados a referirse a ella. No lo hacen.

El objetivo último al que se dirige la Convención contra la Tortura aumenta la improbabilidad de que la proposición de los Estados parte en la Convención haya pretendido, directa o indirectamente, excluir la inmunidad estatal *ratione materiae*. Convenciones anteriores recogieron disposiciones acerca de un tribunal internacional. En el caso de tales Convenciones, no hay duda que el principio *par in parem non habet imperium* deja de aplicarse; pero los Jefes del Estado están expresamente mencionados, asegurando, así, que quedan sometidos a la jurisdicción del tribunal internacional. En el caso de la Convención contra la Toma de Rehenes y de la Convención contra la Tortura, la jurisdicción se atribuye a los tribunales nacionales de los Estados parte de la Convención. Ésta es, por tanto, la primera vez que la cuestión de la renuncia a la inmunidad estatal se planteó de forma aguda. Curiosamente, la propuesta muestra que a la inmunidad estatal se renunciaba sólo en el caso de la Convención contra la Tortura. Aparte de esta curiosidad, no obstante, para que los Estados parte excluyan la inmunidad estatal por medio de una Convención de este tipo debiera existir un abandono destacable de la protección básica ofrecida por el Derecho internacional a todos los Estados soberanos, lo que subraya la necesidad de que la renuncia a la inmunidad en un tratado sea mediante previsión expresa, y, habiendo considerado en concreto las expresas referencias a los Jefes de Estado en anteriores Convenciones, los Estados parte esperarían encontrar una previsión expresa en la Convención contra la Tortura si hubieran acordado que esa inmunidad estatal fuera excluida. Que esto pueda considerarse realizado en la Convención contra la Tortura implícitamente parece, en estas circunstancias, muy improbable.

Añado que el que 116 Estados hayan llegado a ser parte de la Convención contra la Tortura refuerza la fuerte impresión de que ninguno de ellos apreció que, con la firma de la Convención, todos ellos habían acordado silenciosamente excluir la inmunidad estatal *ratione materiae*. De haber sido apreciado así, sospecho que el número de signatarios hubiera sido bastante menor. No debe olvidarse que las representaciones nacionales incluidas en las discusiones preliminares tenían que informar a sus Gobiernos sobre la negociación de una importante convención internacional de este tipo. La representación, o el funcionario responsable en un país cuyo Gobierno está considerando si el país debería ser parte de la Convención, habría preguntado a su Secretario de Estado sobre si la inmunidad estatal debería ser preservada, pues es improbable que ese aspecto pudiera ser decidido por él mismo, lo que ha sido examinado por los miembros de la

defensa (incluidos, como he dicho, tres distinguidos profesores de Derecho internacional) obrando a favor de los apelantes y de sus sostenedores en el presente caso. Es más probable que tuviera en mente las claras y sencillas palabras del *Chief Justice* de Estados Unidos en *Amerada Hess* y que responden que, en tanto no hay mención a la inmunidad estatal en la Convención, no puede verse afectada. Esto demuestra lo extraordinario que sería, y ciertamente el descuido podría crear una trampa, si la inmunidad del Estado pudiera ser objeto de renuncia por silencio en un tratado. El sentido común, por tanto, apoya que esta conclusión, según la norma y la doctrina, no puede alcanzarse.

### c) Conclusión

Por estas razones soy de la opinión de que la propuesta debe ser rechazada no sólo por ser contraria a la norma y a la doctrina sino también por ser contraria al sentido común.

### VII. La conclusión de Lord Hope of Craighead

Mi noble y docto amigo Lord Hope of Craighead, habiendo concluido que, en lo que se refiere a la tortura, sólo los cargos 2 y 4 (relativos al período posterior al 29 de septiembre de 1988) y el cargo 30 perviven a la aplicación de la regla de la doble penalidad, ha considerado, no obstante, que el beneficio de la inmunidad estatal no es aplicable al Senador Pinochet respecto a estos tres cargos. Ha alcanzado esta conclusión sobre las bases siguientes: 1) que los dos cargos de conspiración, recogidos en el párrafo 9(3) del Requerimiento de Extradición, plantean que el Senador Pinochet tomó parte en una conspiración para llevar a cabo un ataque sistemático, si no extendido, sobre un sector de la población civil, esto es, para torturar a aquéllos que se oponían o podían oponerse a su Gobierno, lo que constituye un crimen contra la humanidad (véase, por ejemplo, el artículo 7 de la Convención de Roma de 1988); y 2) que el acto singular de tortura imputado en el cargo 3 muestra que las anteriores conspiraciones imputadas para llevar a cabo tal tortura, constituyen un crimen contra la humanidad que todavía pervive dado que el acto fue perpetrado después del 29 de septiembre de 1988. Además, aunque (tal como entiendo la posición) está de acuerdo en general con el análisis de Lord Slynn of Hadley, considera que tal crimen contra la humanidad, o la conspiración para cometerlo, no puede someterse a la demanda de inmunidad estatal en un tribunal nacional, incluso cuando se alega haber tenido lugar antes del 1 de enero de 1990.

Debo señalar primero que, aparte del acto singular de tortura imputado en el cargo 30, los únicos casos de tortura alegados ocurridos desde el 29

de septiembre de 1998 son dos, referidos en el Requerimiento de Extradición pero no objeto de cargos, que se alega que fueron cometidos en octubre de 1988. Antes, hay un caso alegado en 1984, es necesario retroceder a 1977. En estas circunstancias encuentro muy difícil ver cómo, después del 29 de septiembre de 1988, puede decirse que hubo cualquier campaña sistemática o extendida de tortura, constitutiva de un ataque a la población civil, de modo que sume un crimen contra la humanidad. Además, en lo que se ha sugerido que el acto singular de tortura imputado en el cargo 30 represente el último vestigio de una campaña que existía en los años 1970, aparte de la dificultad *de facto* de relacionar el simple acto a una campaña que se alega ha existido durante un largo período, la cuestión es si es permisible, en el contexto de la extradición, tener en cuenta los primeros cargos de tortura, excluidos por la regla de la doble penalidad, en punto a establecer que un acto singular de tortura formó parte de una campaña de tortura sistemática que aún continuaba en junio de 1989. Esto sitúa la cuestión bajo la Sección 6(4)(b) y (5) de la Ley de Extradición de 1989, previsiones que no son claras en sí mismas o fáciles de aplicar en las inusuales circunstancias del presente caso.

Ciertamente, sin embargo, el verdadero problema es que, en tanto los apelantes no consideraron la situación que se plantearían si perdían el argumento en el punto de la doble penalidad, no hicieron consideraciones de este tipo. Si lo hubieran hecho, la cuestión había sido argüida ante el *Appellate Committee*, y Miss Montgomery y el Dr. Collins, habrían tenido la oportunidad de replicar y no cabe duda que hubo un buen momento para debatir al respecto. Esto es, después de todo, un asunto penal y no es función de la corte ayudar a la acusación para mejorar el caso. En estas circunstancias no sería correcto, en mi opinión, asistir a la acusación teniendo en cuenta ahora este aspecto, cuando ellos han fallado en la audiencia, en punto a decidir si éste es o no un caso en que sería lícito que tuviera lugar la extradición.

Quiero añadir que, en todo caso, por las razones dadas por Lord Slynn of Hadley que ya he referido, mantengo la opinión que en 1989 no había una práctica asentada sobre que la inmunidad estatal *ratione materiae* que no fuera aplicable en los procesos penales ante los tribunales nacionales relativos a la imputación de crímenes contra la humanidad, o qué constituya realmente un crimen contra la humanidad (véase, [1998] 3 W.L.R. 1456, págs. 1473C-D y 1474C-1475B). Esta es la cuestión que he abordado ya en la Parte IV de esta opinión.

Por todas estas razones no soy capaz, con gran respeto, de acompañar el razonamiento de mi noble y docto amigo en estos aspectos concretos.

## VIII. Conclusión

Por las razones anteriores, mantengo la opinión de que gran parte de los cargos contra el Senador Pinochet deben excluirse en tanto no son acordes con la regla de la doble penalidad, y que, en lo que se refiere a los cargos sobrevivientes – cargo 9, cargo 30 y cargos 2 y 4 (hasta donde puede decirse que perviven a la regla de la doble penalidad)– el Senador Pinochet está amparado por el beneficio de la inmunidad estatal *ratione materiae* como anterior Jefe de Estado. Por tanto, rechazaría la apelación del Gobierno de España contra la decisión de la *Divisional Court*.

## LORD HOPE OF CRAIGHEAD

Mis Lores,

Ésta es la apelación contra la decisión de la *Divisional Court* de anular las resoluciones provisionales de 16 y 22 de octubre de 1998 dictadas por el magistrado («*metropolitan stipendiary magistrate*») según la Sección 8(1)(b) de la Ley de Extradición de 1989. La solicitud de la anulación se realizó en dos ámbitos. El primero se refería a que el Senador Pinochet como anterior Jefe de Estado de la República de Chile estaba amparado por la inmunidad frente al arresto y proceso de extradición en el Reino Unido respecto a actos cometidos cuando era Jefe de Estado. El segundo se refería a que los cargos presentados en su contra especifican conductas que no eran punibles en Inglaterra cuando los actos se realizaron con el resultado de que éstos no eran delitos extraditables por los que fuera lícito extraditarle.

La *Divisional Court* anuló la primera resolución, en la que se alegaba que el Senador Pinochet había asesinado a ciudadanos españoles en Chile, sobre la base de que no revelaba un delito por el que pudiera ser extraditado a España. Su decisión en este punto no ha sido discutida en esta apelación. También anuló la segunda resolución, en la que se calificaba al Senador Pinochet como culpable de tortura, toma de rehenes, conspiración para la toma de rehenes y conspiración para cometer tortura. Se fundamentó en que el Senador Pinochet estaba amparado, en los procesos ante los tribunales ingleses, por la inmunidad como anterior Jefe de Estado. La corte sostuvo que la cuestión de si se trataba de delitos por los que, si no tuviera inmunidad, sería lícito ser extraditado no era asunto a considerar por la corte en ese momento. Pero Lord Bingham of Cornhill, C.J., dijo que no era necesario a estos efectos que la conducta alegada constituyese un delito que hubiera sido punible en este país en el tiempo en que se alega que fue cometido.

Cuando esta apelación fue oída por primera vez ante la Cámara de los Lores el argumento estaba dirigido directamente a la cuestión de si el Senador Pinochet estaba amparado como anterior Jefe de Estado para reclamar la inmunidad soberana respecto a los cargos que se le imputaban en la segunda resolución provisional. También se arguyó que los delitos de tortura y toma de rehenes no eran crímenes por los que pudiera ser extraditado hasta que éstos se convirtieron en crímenes por los que una persona pudiera ser perseguida extra-territorialmente en el Reino Unido. Pero el segundo argumento parece tener en cuenta nada más que una parte de la conclusión. No sorprende a la vista de los términos de la segunda resolución provisional. Los crímenes que se especifican se extienden durante períodos de los que el último va más allá de la fecha en que la conducta se convertiría en delito extra-territorial en este país. Sólo Lord Lloyd of Berwick enjuició con este argumento su exposición y se limitó a un breve comentario. Dijo que incluía una errónea interpretación de la Sección 2 de la Ley de Extradición de 1989, dado que, en su opinión, la Sección 2(1)(a) se refiere a conductas que hubieran constituido un delito en el Reino Unido ahora, no a las conductas que lo hubieran constituido entonces: (1998) 3 W.L.R. 1456, 1481F-G.

#### *Los delitos imputados al Senador Pinochet*

En la segunda resolución provisional de 22 de octubre de 1998 quedaron establecidos cuatro delitos. Eran:

- 1) tortura entre el 1 de enero de 1988 y diciembre de 1992;
- 2) conspiración para torturar entre el 1 de enero de 1988 y el 31 de diciembre de 1992;
- 3) a) toma de rehenes y b) conspiración para la toma de rehenes entre el 1 de enero de 1982 y el 31 de enero de 1992, y
- 4) conspiración para cometer asesinato entre enero de 1976 y diciembre de 1992.

Estas fechas deben compararse con la fecha del golpe que llevó al Senador Pinochet al poder en Chile, el 11 de septiembre de 1973, y la fecha en que cesó como Jefe del Estado, el 11 de marzo de 1990. Teniendo en cuenta las fechas contenidas en la segunda resolución en su tenor literal, parece a) que no ha sido acusado de cargos de tortura anteriores al 1 de enero de 1998, b) que no ha sido acusado de actos de toma de rehenes o conspiración para la toma de rehenes anteriores al 1 de enero de 1982, y c) que no ha sido acusado de conspiración para cometer asesinato anterior a junio de 1976. De otro lado, ha sido acusado de la comisión de estos crímenes hasta diciembre de 1992, bastante

después de la fecha en que cesó como Jefe del Estado en Chile.

El segundo apelante ha tenido la oportunidad de disfrutar de un intermedio entre el final de la primera audiencia de esta apelación y la segunda para obtener detalles adicionales de las autoridades judiciales españolas. Ha explicado que la medida provisional fue adoptada bajo circunstancias de urgencia y que los hechos son más extensos y completos que como aparecieron en el primer momento. Ha ocurrido una serie de cosas desde la fecha de la primera audiencia, así está confirmado, que implican que la resolución provisional no tenga ya vigencia o efecto. El 9 de diciembre de 1998, el Secretario de Estado dictó autorización para proceder según la Sección 7(4) de la Ley de 1989. El 10 de diciembre de 1998, el auto de acusación español fue presentado en Madrid y el 24 de diciembre de 1998, los pormenores detallados fueron planteados de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Europea sobre Extradición para incorporarse con el Requerimiento de Extradición.

Mr. Alun Jones, *Q.C.*, por los apelantes, mantuvo que sería inapropiado para sus Lores en estas circunstancias limitar el examen de los hechos a aquéllos que estaban en el mandamiento provisional y que sería injusto privarles de su facultad para examinar la documentación que ha sido presentada dentro de los límites temporales impuestos en el proceso de extradición. Invitó a sus Lores a examinar todo el material que existía ante la Secretaría de Estado en diciembre, incluyendo el requerimiento formal firmado en Madrid el 3 de noviembre de 1998 y el material detallado que había sido remitido por el Gobierno español. La presentación de los cargos proporcionada se ha realizado, dado que están sometidos a un procedimiento de extradición, en el modo en que un caso se presenta al magistrado al comienzo de la audiencia principal según la Sección 9(8) de la Ley. Se ha hecho así para demostrar que los cargos presentados por las autoridades judiciales españolas pueden expresarse en los términos del Derecho penal inglés, para mostrar que los crímenes cometidos constituyen conductas contra el Derecho de este país.

Los crímenes imputados en el requerimiento español son de asesinato en tal escala como para convertirse en genocidio y terrorismo, incluidos tortura y toma de rehenes. El Secretario de Estado ya ha anunciado en su autorización para proceder que el Senador Pinochet no será extraditado a España por genocidio. De modo que esa parte del requerimiento debe considerarse fuera de este cómputo. Pero mi impresión es que la omisión de la acusación de genocidio tiene escasa importancia a la vista del alcance que en el Derecho español se da a las acusaciones de asesinato y terrorismo.

No es nuestra función investigar las acusaciones que existen contra el Senador Pinochet y es correcto recoger en autos que su letrada, Miss Montgomery, Q. C., dijo a sus Lores que los hechos eran enérgicamente negados por él. Es necesario determinar la naturaleza y parte del contenido de estas acusaciones, asumiendo que se sustentan en la información disponible a través de las autoridades judiciales españolas. Porque forman parte esencial del fondo último de los principios de Derecho que se han de utilizar en esta apelación. Pero el siguiente sumario no debe tomar como afirmación que se ha mostrado que las acusaciones son verdad por evidencia, porque sus Lores no han considerado la evidencia.

El material que ha acompañado al requerimiento de extradición de las autoridades judiciales españolas acusa al Senador Pinochet de ser parte en una conspiración para cometer crímenes de asesinato, tortura y toma de rehenes, y que esta conspiración se formó antes del golpe. Se dice que acordó con otros jefes militares que asumirían las funciones del Gobierno y someterían toda oposición a su control, capturando y torturando a aquellos que se opusieran a ellos, pudieran oponerse o pudiera pensarse por otros que probablemente se opondrían a ella. El propósito de esta campaña de tortura no era directamente infligir daño. Algunos de los que fueron torturados fueron liberados para divulgar los pasos que iban a darse contra quienes se opusieran a los conspiradores. Muchos de aquellos que fueron torturados fueron sometidos a otros tipos de atrocidad y algunos de ellos asesinados. El plan se ejecutaría en Chile y en diversos países fuera de Chile.

Cuando el plan se puso en marcha se dice que las víctimas fueron raptadas, torturadas y asesinadas en cumplimiento de la conspiración. Esto ocurrió primero en Chile y después en otros países de América del Sur, en los Estados Unidos y en Europa. Muchos de los actos que evidencian la conspiración se afirma que fueron cometidos en Chile antes del 11 de septiembre de 1973. Algunas personas fueron torturadas en una base naval en agosto de 1973. Un gran número de personas fueron secuestradas, torturadas y asesinadas el 11 de septiembre de 1973 en el curso del golpe antes de que la Junta tomara el control y el Senador Pinochet fuera designado como su Presidente. Estos actos continuaron durante los días y semanas siguientes al golpe. Siguió un período de represión, que se dice que tuvo su momento más intenso entre 1973 y 1974. La conspiración ha continuado varios años después, pero ha bajado su intensidad en la década anterior a que el Senador Pinochet se retirara como Jefe del Estado el 11 de marzo de 1990. Se dice que los actos cometidos en otros países fuera de Chile son evidencia de las conspiraciones primeras y de una variedad de sub-conspiraciones en estos Estados.

Los cargos provisionales que se han realizado para poder trasladar estas amplias acusaciones a los términos del Derecho inglés pueden resumirse como sigue:

- 1) conspiración para torturar entre el 1 de enero de 1972 y el 10 de septiembre de 1973 y entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990 —cargos 1, 2 y 5—;
- 2) conspiración para la toma de rehenes entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990 —cargo 3—;
- 3) conspiración para torturar en apoyo de cualquier asesinato cometido en varios países, incluidos Italia, Francia, España y Portugal entre el 1 de enero de 1972 y el 1 de enero de 1990 —cargo 4—;
- 4) tortura entre el 1 de agosto de 1973 y el 8 de agosto de 1973 y el 11 de septiembre de 1973 —cargos 6 y 8 (no hay cargo 7)—;
- 5) conspiración para asesinar en España entre el 1 de enero de 1975 y el 31 de diciembre de 1976 y en Italia el 6 de octubre de 1975 —cargos 9 y 12—;
- 6) intento de asesinato en Italia el 6 de octubre de 1975 —cargos 10 y 11—;
- 7) tortura en varias ocasiones entre el 11 de septiembre de 1973 y mayo de 1977 —cargos 13 a 29 y 31 a 32—, y;
- 8) tortura el 24 de junio de 1989 —cargo 30—.

Este resumen muestra que algunas de las conductas imputadas se refieren al período anterior al golpe, cuando el Senador Pinochet no era aún Jefe del Estado. Los cargos 1 y 5 (conspiración para la tortura) y el cargo 6 (tortura) se refieren exclusivamente a ese período. Los cargos 2 y 4 (conspiración para torturar) y el cargo 3 (conspiración para la toma de rehenes) relatan conductas realizadas durante muchos años incluido el período anterior al golpe. Ninguna de las actividades ahora imputadas se extiende más allá del período en que el Senador Pinochet cesó como Jefe del Estado.

Sólo un cargo (cargo 30 —tortura el 24 de junio de 1989—) se refiere exclusivamente al período posterior al 29 de septiembre de 1988 cuando la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 entró en vigor, como referiré después. Pero los cargos 2 y 4 (conspiración para la tortura) y el cargo 3 (conspiración para la toma de rehenes) se refieren a conductas que se extendieron durante muchos años también en este período. Dos actos de tortura, que se dice que ocurrieron entre el 21 y el 28 de octubre de 1988, son mencionados en el requerimiento de extradición. No han sido incluidos como cargos separados en el listado de cargos, pero es importante no perder de vista que el caso pre-

sentado contra el Senador Pinochet por las autoridades judiciales españolas considera que cada acto de tortura ha de verse en el contexto de una conspiración continuada para cometer tortura. Como un todo, el dibujo que se presenta es el de una conspiración para cometer de forma extendida y sistemática tortura y asesinato para obtener el control del Gobierno y, una vez hecho esto, para mantener el control del Gobierno por todos los medios que fuera necesario.

Contra el motivo último es necesario, primero, considerar si los relevantes crímenes a efectos de esta apelación son los que se encuentran en la segunda medida provisional o los que están en el diseño de cargos preparado a la luz de la detallada información obtenida a través de las autoridades judiciales españolas.

De un vistazo podría decirse que, como la apelación se dirige contra la decisión de la *Divisional Court* de anular la segunda medida provisional, sus Lores deberían referirse sólo a los cargos recogidos en ese documento. Si esa medida basada en el erróneo fundamento de que los cargos que contenía son cargos respecto a los que el Senador Pinochet tiene inmunidad, todo lleva con seguridad a considerar que la medida debe ser también errónea. Si está amparado por la inmunidad, ninguna orden debería haberse acordado contra él en los procedimientos judiciales y el Secretario de Estado no debería haber dictado la autorización para proceder. Pero el artículo 13 de la Convención Europea de Extradición que, siguiendo la aprobación de la Ley de Extradición de 1989, ha sido ratificada por el Reino Unido (véase la *European Convention on Extradition Order* 1990, s.I. 1990 No. 1507), prevé que si la información comunicada por la parte requirente está insuficientemente fundada para permitir a la parte requerida adoptar una decisión en cumplimiento de la Convención, la parte requerida podrá solicitar la necesaria información suplementaria para que sea resuelto lo solicitado por la parte requirente.

Es evidente que la primera resolución provisional se preparó en circunstancias de alguna urgencia, dado que se creyó que el Senador Pinochet iba a abandonar el Reino Unido para regresar a Chile. Una vez comenzó, el procedimiento estuvo sometido a varios límites temporales. Hubo también problemas de traducción de las acusaciones españolas, que cubren tantos actos en un período tan largo, a los términos del Derecho penal inglés. No creo que sorprenda que la total extensión de las acusaciones no fue apreciada al principio. En mi opinión, las autoridades judiciales españolas estaban autorizadas para complementar la información originalmente incorporada para definir más claramente los cargos sometidos al requerimiento. Desde esta óptica sería correcto examinar el material ahora disponible como explicativo de los

cargos que la segunda resolución provisional proponía incluir. Mr. Clive Nicholls, Q. C., a favor del Senador Pinochet, dijo que estaba satisfecho con esta aproximación en interés de la conclusión.

#### *¿Son los crímenes imputados «delitos extraditables»?*

Si sus Lores están deseando, como sospecho, examinar esta documentación es necesario someterla a un análisis detallado. El punto inicial es la Sección 1(1) de la Ley de Extradición de 1989, que prevé que una persona que es acusada en un Estado extranjero por la comisión de un delito extraditable puede ser arrestada y devuelta al Estado de acuerdo con el proceso de extradición de la Parte III de la Ley. La expresión «crímenes extraditables» se define en el artículo 2 de la Ley a partir de dos encabezamientos. El primero, que se encuentra en la Sección 2(1), se refiere a

«la conducta en el territorio de un Estado extranjero ... que, si hubiera ocurrido en el Reino Unido, constituiría un delito punible con prisión por un plazo de doce meses, o cualquier pena mayor, y que, además, esté descrito en el Derecho del Estado extranjero como punible según ese Derecho».

El segundo, que se encuentra en la Sección 2(1)(b) en relación con la Sección 2(2), se refiere al delito extra-territorial contra el Derecho de un Estado extranjero que es punible según ese Derecho con prisión por un plazo de 12 meses o cualquier pena mayor, y que, en las circunstancias correspondientes, constituiría un crimen extra-territorial contra el Derecho del Reino Unido, punible con prisión de 12 meses o cualquier pena mayor.

Por razones que han sido explicadas por mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson, la conclusión crítica es la cuestión de la inmunidad soberana en relación con la eficacia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos y Degradantes de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984 («la Convención contra la Tortura») y los delitos de tortura imputados. Dado que aquellos delitos imputados no caen en el ámbito de la Convención contra la Tortura y que no serían perseguidos aquí según la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988, cualquier pérdida de inmunidad habría de decidirse sobre otras bases. Pero no es necesario examinar esta cuestión en el caso de aquellos delitos imputados al Senador Pinochet por los que no podría en todo caso ser extraditado. El propósito del siguiente análisis es eliminar de la lista de cargos aquéllos que entran en una de tales categorías, porque no son crímenes extraditables según se define por la Sección 2 de la Ley de Extradición de 1989, o porque por alguna otra razón, diferente de

la inmunidad, por tales cargos el Senador Pinochet no podría ser extraditado.

Este análisis procede sobre la base de que la definición de la expresión de «delito extraditable» de la Sección 2 de la Ley de 1989 requiere que la conducta referida en la Sección 2(1)(a) ha de ser un delito que fuera punible en el Reino Unido cuando tuvo lugar la conducta. También procede sobre la base de que requiere que el delito extra-territorial referido en la Sección 2(1)(b) ha de ser un delito extra-territorial en el Reino Unido en la fecha en que tal crimen tuvo lugar. El principio de la doble penalidad sugeriría que ésta era la aproximación correcta, en ausencia de una previsión expresa en contrario. Los tiempos usados en la Sección 2 me parecen equívocos en este punto. Dejan abierto el examen a la luz de las previsiones de la Ley como un todo. El argumento en favor de la fecha en que la conducta tuvo lugar tiene una fuerza especial en el caso de los delitos enunciados en la Sección 22(4) de la Ley. Se trata de crímenes extra-territoriales para otorgar eficacia a convenciones internacionales, pero ni las convenciones ni la previsiones que les dan eficacia pueden aplicarse retroactivamente.

Estoy respetuosamente de acuerdo con las razones que mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson ha dado para llegar a la conclusión de que se requiere que la conducta ha de ser punible en el Reino Unido cuando tuvo lugar, y que no es suficiente por parte de los apelantes mostrar que sería punible aquí si tuviera lugar ahora.

### *Toma de Rehenes*

Según la Ley contra la Toma de Rehenes de 1982, se trata de uno de esos crímenes, dondequiera que haya tenido lugar, que es considerado por la Sección 22(6) de la Ley de Extradición de 1989 como un delito cometido en el territorio de cualquier otro Estado contra cuyo Derecho es un delito. Esta previsión da eficacia a la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 18 de diciembre de 1979 («la Convención contra la Toma de Rehenes»). Según la Sección 1 de la Ley de 1982, la toma de rehenes es un delito extra-territorial contra el Derecho del Reino Unido. La Sección 1(1) de la Ley define el delito en estos términos:

«Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que, en el Reino Unido o en cualquier lugar,

- a) detiene a otra persona («el rehén»), y
- b) para obligar al Estado, a una organización internacional o a una persona a hacer o abstenerse de hacer algo, amenaza con matar, lesionar o continuar reteniendo al rehén, comete un delito».

Mr. Jones aceptó que no poseía detalles de los casos de toma de rehenes. Dijo que su caso era que el Senador Pinochet estaba involucrado en una conspiración para secuestrar con los propósitos que son declarados ilegales por la Sección 1 de la Ley. El cargo 3 del listado de cargos, el único cargo en que se acusa de conspiración para secuestrar, pone de manifiesto que el desarrollo de la conducta que se persigue incluía el rapto y tortura de personas como parte de una campaña de terror y sometimiento de aquéllos que estaban dispuestos a criticar u oponerse al Senador Pinochet o a sus compañeros conspiradores. Aquéllos que no fueron detenidos fueron intimidados, a través de los relatos de los sobrevivientes y por el rumor, por el temor de que podrían sufrir la misma suerte. Aquéllos que fueron detenidos fueron obligados a divulgar información a los conspiradores por medio de la amenaza de lesiones y la detención de otros conocidos de las personas raptadas por los conspiradores.

Pero no se ha alegado que la conspiración fuera para amenazar con matar, lesionar o detener a aquéllos que fueron detenidos para obligar a otros a hacer o abstenerse de hacer algo. El relato muestra que la conspiración alegada se dirigió a personas ya detenidas para amenazar a otros con que podrían serlo y que también podrían ser torturadas. Esto no me parece que equivalga a una conspiración para secuestrar en el sentido de la Sección 1 de la Ley de 1982. El propósito de la conducta descrita, en lo que se refiere a las personas detenidas, era someterles a lo que bien podría describirse como una forma de tortura mental.

Uno de los logros de la Convención contra la Tortura fue obtener un acuerdo internacional en la definición de tortura que incluye tanto la tortura física como la mental en los términos fijados en el artículo 1:

«A los efectos de la presente Convención, se entenderá por término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente 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 intimidación o coacción a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación...»

El delito de tortura según el Derecho inglés está definido por la Sección 134(1) de la Ley de Justicia Criminal de 1988 que establece que:

«Un funcionario público o persona en ejercicio de funciones públicas, cualquiera que sea su nacionalidad, comete el crimen de tortura si en el Reino Unido o en cualquier lugar inten-

cionadamente inflige grave dolor o sufrimiento a otros en el ejercicio o supuesto ejercicio de sus obligaciones oficiales.»

La Sección 134(3) prevé que es insustancial si el dolor o sufrimiento es físico o mental y si es causado por un acto o por una omisión. De modo que, conforme a la Convención, el delito incluye tanto la tortura mental como la física. Me parece que la conspiración que se alega en el cargo 3 contra el Senador Pinochet fue una conspiración para infligir tortura mental y no una conspiración para secuestrar.

He sostenido además que no es necesario que sus Lores examinen la Convención contra la Toma de Rehén a fin de ver si sus términos son tales como para privar a un antiguo Jefe de Estado de cualquier inmunidad respecto al cargo de ser culpable de toma de rehenes. En mi opinión el Senador Pinochet no puede ser acusado del delito de toma de rehenes según el significado de la Sección 1(1) de la Ley contra la Toma de Rehén de 1982.

#### *Conspiración para asesinar e intento de asesinato*

Los cargos de conspiración para la tortura incluyen alegaciones de que formaba parte de la conspiración que algunos de los secuestrados y torturados fueran después asesinados. El cargo 4 imputa que en desarrollo de ese acuerdo alrededor de cuatro mil personas de varias nacionalidades fueron asesinadas en Chile y en diferentes países fuera de Chile. Otros dos cargos, los cargos 9 y 12, imputan conspiración para el asesinato —en un caso de un hombre en España y en el otro de dos personas en Italia—. El cargo 9 pone de manifiesto que el Senador Pinochet acordó en España con otros que estaban en España, Chile y Francia que la víctima propuesta sería asesinada en España. El cargo 12 no dice que se hiciera algo en España en ejecución de la conspiración para asesinar en Italia. No hay indicios en ninguno de estos cargos de que las víctimas fueran torturadas. Dos cargos más, los cargos 10 y 11, imputan el intento de asesinato de dos personas en Italia que fueron objeto de conspiración para cometer asesinato. Aquí de nuevo no hay indicio alguno de que fueran torturadas antes de ser asesinadas.

El asesinato es un crimen según el *common law* que, antes de convertirse en un delito extraterritorial si se cometía en un país de la Convención según la Sección 4 de la Ley de Supresión del Terrorismo de 1978, no podía ser perseguido en el Reino Unido de cometerse en el extranjero salvo en el supuesto de asesinato cometido en el extranjero por un ciudadano británico: delitos contra la Ley Personal de 1861, Sección 9. Un asesinato o intento de asesinato cometido por una persona en España, independientemente de su nacionalidad,

es un crimen extraditabile a efectos de su extradición a España por el Reino Unido según la Sección 2(1)(a) de la Ley de Extradición de 1989 como conducta que sería punible aquí si hubiera ocurrido en este país. Pero la acusación relativa a los asesinatos en España y en cualquier otro lugar contra el Senador Pinochet no se basa en que el mismo asesinara o intentara asesinar a nadie. Se basa en que los asesinatos se llevaron a cabo, o iban a llevarse a cabo, en España y en cualquier lugar como parte de una conspiración y en que él era uno de los conspiradores.

La Sección 1 de la Ley Penal de 1977 creó un nuevo tipo legal de conspiración para cometer un crimen enjuiciable en Inglaterra y Gales. El delito de conspiración que era posible previamente en el *common law* fue derogado por la Sección 5. Aunque el delito principal quedó definido en el código más exactamente, en otros aspectos se respetó al codificarse el Derecho preexistente. Entró en vigor el 1 de diciembre de 1977: S.I. 1977 No. 1682. La Subsección de esa Sección dispone que:

«En esta Parte de esta Ley «delito» significa delito enjuiciable en Inglaterra y Gales, salvo que incluye el asesinato a pesar de que el asesinato en cuestión pudiera no ser también enjuiciable si fuera cometido de acuerdo con la intención de las partes del convenio.»

El efecto de esta Subsección es que una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que acuerda en Inglaterra un curso de conducta que incluye el delito de asesinato en el extranjero puede ser acusado aquí por el crimen de conspiración para el asesinato aunque el asesinato en sí no fuera enjuiciable en este país. Lo que recupera una previsión que, con los mismos efectos, se encuentra en la Sección 4 de la Ley de Delitos contra las Personas de 1861 en parte derogada: véase el Protocolo 13 de la Ley de 1977. La Sección 4 de la Ley de 1861 decía lo siguiente:

«Toda persona que conspirara, se aliara, y acordara el asesinato de cualquier persona, sea o no súbdito de Su Majestad, y se encuentre o no en los Dominios de la Corona, y cualquiera que solicitara, alentara, persuadiera, o se esforzara por persuadir, o propusiera a una persona el asesinato de otra, sea o no súbdito de Su Majestad, y se encuentre o no en los Dominios de la Corona, será culpable de un delito, y siendo detenido por ello será responsable, según el sentido del tribunal, para ser condenado a trabajos forzados durante un período no mayor de 10 años ni menor de tres, o ser encarcelado durante un período que no exceda los dos años con o sin trabajos forzados.»

De modo que, la conducta que se imputa al Senador Pinochet en el cargo 9 —que entre el 1 de

enero de 1975 y el 31 de diciembre de 1976 tomó parte en una conspiración en España para matar a alguien en España- es un delito por el que podría, salvo que esté protegido por la inmunidad, ser extraditado a España según refiere la Sección 4 de la Ley de 1861, que mantuvo su vigencia hasta que la parte relevante fue derogada por la Ley de 1977. Esto es así porque su participación en la conspiración en España fue realizada por él en España a los efectos de la Sección 2(1)(a) de la Ley de Extradición de 1989.

La actividad que se le imputa en el cargo 4 es que tomó parte en una conspiración para asesinar, en cuya ejecución alrededor de cuatro mil personas fueron asesinadas en Chile y en otros países fuera de Chile, incluido España. Esto implica que esta conspiración se realizó en Chile, de modo que yo sostendría que ésta no fue realizada por él en España a los efectos de la Sección 2(1)(a) de la Ley de 1989. La cuestión, pues, es si se trata de un delito extra-territorial según el sentido de la Sección 1(1)(b) de esa Ley.

Una conspiración para cometer infracción penal en Inglaterra es punible aquí según las reglas de *common law* como conspiración extra-territorial siempre que la conspiración tuviera lugar fuera de Inglaterra y nada se hiciera en este país en cumplimiento de tal conspiración: *Somchai Liang-siriprasert v. Government of the United States of America* (1991) 1 A.C. 225. En ese caso se sostuvo por el *Judicial Committee*, aplicando el *common law* inglés, que una conspiración para traficar con drogas peligrosas en Hong Kong iniciada en Tailandia podría ser juzgada en Hong Kong aunque ningún acto de ejecución de tal conspiración se hubiera realizado en Hong Kong. Lord Griffiths, comunicando la decisión del Tribunal, dijo, pág. 251C-D, que:

«Sus Lores no pueden encontrar nada en el precedente, la cortesía o el buen sentido que llevaría a la inhibición del *common law* para considerar como enjuiciables en Inglaterra delitos incompletos cometidos en el extranjero que pretendían tener como resultado la comisión de infracciones penales en Inglaterra.»

En *Regina v. Sansom* (1991) 2 Q.B. 130, los apellatados habían sido acusados de conspiración contraria a la Sección 1 de la Ley Penal de 1977, cuyos términos no se ocupan de las conspiraciones extra-territoriales. La *Court of Appeal* rechazó el argumento de que el principio establecido en *Somchai* se refiriera sólo al *common law* y que no pudiera ser aplicado a los cargos de conspiraciones según la Ley de 1977. Taylor L.J. dijo, pág. 138B, que éste debería considerarse ahora como el Derecho inglés en este punto.

Como Lord Griffiths observó en *Somchai*, pág. 244C, es todavía cierto, como afirmación general, que el Derecho penal inglés es territorial en sus efectos y que el Derecho penal no se refiere a los crímenes cometidos en el extranjero. Pero considero que el *common law* de Inglaterra debería, aplicando la regla sentada en *Somchai*, considerar también como enjuiciable en Inglaterra una conspiración para cometer un delito en cualquier lugar que fuera enjuiciable aquí como un crimen extra-territorial en cumplimiento de una Convención internacional, aunque aquí no se hubieran realizado actos de ejecución de la conspiración. No creo que fuera irrazonable la extensión de la regla. Me parece que sobre la base de la cortesía sería de buen sentido que la regla se extendiera en este sentido para apoyar los objetivos de la Convención.

Antes de entrar en vigor la Ley de Supresión del Terrorismo de 1978, una conspiración realizada fuera de este país para cometer asesinato en otro país distinto de Inglaterra en cuya realización ningún hecho tuviera lugar en Inglaterra en tanto esa conspiración no sería punible en Inglaterra, como no era la intención que los actos realizados en cumplimiento de la conspiración derivaran en la comisión de una infracción criminal en este país. La presunción contra la aplicación extra-territorial del Derecho penal habría impedido que tal conducta fuera perseguida aquí. La Sección 4(1) de la Ley de 1978 otorga a los tribunales del Reino Unido jurisdicción sobre la persona que realiza un acto en un país de la Convención que, si el acto ha sido realizado parcialmente en el Reino Unido, pudiera ser culpable en esa parte en el Reino Unido de un delito mencionado en alguno, pero no todos, de los parágrafos del Protocolo 1 de la Ley. El asesinato es uno de los delitos a los que se aplica dicha previsión. Pero la Ley, que sirve para dar eficacia a la *Convención Europea para la Supresión del Terrorismo*, de 27 de enero de 1977, no entró en vigor hasta el 21 de agosto de 1978: S.I. 1978 No. 1063. Y Chile no es un país de la Convención a efectos de la Ley, ni es uno de los países no miembros de la Convención a los que se aplican sus disposiciones según la Sección 5 de la Ley de 1978. Sólo dos países no miembros de la convención han sido también designados. Son Estados Unidos (S.I. 1986 No. 2146) e India (S.I. 1993 No. 2533).

Aplicando estos principios, la única actividad alegada contra el Senador Pinochet como conspiración para asesinar en el cargo 4 por el que podría ser extraditado a España es la parte en que se le acusa de que participó en una conspiración en España para cometer asesinato en España antes del 21 de agosto de 1978. En cuanto a la acusación de que participó en una conspiración en España u otro lugar para cometer asesinato en un país que había firmado la Convención después de esta fecha, el requerimiento de extradición establece que los actos en ejecución de la conspiración tuvieron

lugar en Francia en 1975, en España en 1975 y 1976 y en Estados Unidos y Portugal en 1976. Estos países han sido designados como países a los que se aplica la Ley de Supresión del Terrorismo de 1978. Pero los actos imputados tuvieron lugar en fechas previas a la entrada en vigor de la Ley. De modo que la jurisdicción extra-territorial no puede aplicarse a ellos.

Los delitos imputados de intento de asesinato en Italia no eran, como tales, crímenes por los que el Senador Pinochet pueda ser extraditado a España según la Sección 2(1)(a) de la Ley de 1989 porque la conducta alegada no tuvo lugar en España y porque no es de nacionalidad española. Pero por sus fechas eran delitos por los que podría haber sido extraditado del Reino Unido a España según la Sección 2(1)(b), sobre los fundamentos, primero, de que ese asesinato es ahora un delito extra-territorial según la Sección 4(1)(a) de la Ley de Supresión del Terrorismo de 1978 en tanto se trata de un delito mencionado en el párrafo 1 del Protocolo 1 de esa Ley, Italia ha firmado como Estado parte de la Convención (S.I. 1986 No. 1137) y, segundo, que un delito de intento de comisión de ese crimen es un delito extra-territorial según la Sección 4(1)(b) de la Ley de 1978. Pero los intentos de asesinato en Italia imputados al Senador Pinochet se dice que fueron cometidos el 6 de octubre de 1975. Dado que la Ley de 1978 no estaba en vigor en esa fecha, estos delitos no son susceptibles de incluirse en los procesos establecidos por la Ley.

Finalmente, para completar las previsiones que necesitan ser revisadas en este título, debe mencionarse la enmienda realizada al Protocolo 1 de la Ley de Supresión del Terrorismo de 1978 por la Sección 22 de la Ley de Justicia Penal de 1988, que incluye, en la enumeración de delitos recogida en ese listado, el delito de conspiración. Esa Sección aparece en la Parte 1 de la Ley de 1988, la mayoría del cual fue derogada antes de entrar en vigor por la siguiente promulgación de la Ley de Extradición de 1989. Pero la Sección 22 no fue derogada. Entró en vigor el 5 de junio de 1990: S.I. 1990 No. 1145. Dispone que se añadirá al final del listado un nuevo parágrafo en estos términos:

«21. El delito de conspiración para cometer cualquier crimen mencionado en los precedentes parágrafos de este Protocolo.»

A primera vista podría parecer que el propósito de esta modificación era introducir una jurisdicción legal extra-territorial respecto a los delitos de conspiración, dondequiera que se realizara el acuerdo para participar en la conspiración. Pero este delito no aparece en la enumeración de crímenes de ese Protocolo respecto al que la Sección 4(1) de la Ley de Supresión del Terrorismo otorga jurisdicción, si fue cometido en un país de la convención, como delito extra-territorial. En todo caso, la

Sección 22 no entró en vigor hasta el 5 de junio de 1990: S.I. 1990 No. 1145. Lo que ocurrió después de la fecha en que se alega que el Senador Pinochet cometió el delito de conspiración.

#### *Tortura y conspiración para torturar*

La tortura es otro de esos delitos, dondequiera que haya tenido lugar, que es considerado por la Sección 22(6) de la Ley de Extradición de 1989 como delito, si es cometido en el territorio de un Estado contra cuyo Derecho es un delito. Esta disposición otorga eficacia a la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984. Pero la Sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988 también otorgó eficacia a la Convención contra la Tortura. Lo que conlleva que, según el Derecho inglés, sea delito que un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas cometa actos de tortura física o mental: véase Subsección 3. Y que tales actos de tortura sean delitos extra-territoriales dondequiera que se cometan y cualquiera que sea la nacionalidad del que los perpetra: véase la Subsección 1. Interpretada con la amplia definición que el artículo 1 de la Convención ha dado a la expresión «tortura» y de acuerdo con principios básicos, el delito que establece la Sección 134 debe considerarse que incluye los delitos auxiliares de asesoramiento, procuración, mandato y auxilio o aliento de actos de tortura y todos los accesorios anteriores y posteriores al acto. Todos estos delitos se convirtieron en delitos extra-territoriales contra el Derecho del Reino Unido según la Sección 2(2) de la Ley de Extradición de 1989 tan pronto como la Sección 134 entró en vigor el 29 de septiembre de 1988.

La Sección 134 no menciona el delito de conspiración para cometer tortura, ni el artículo 1 de la Convención, ni la Sección 22(6) de la Ley de Extradición de 1989. De modo que, mientras los tribunales del Reino Unido tienen jurisdicción extra-territorial según la Sección 134 sobre los delitos de tortura oficial dondequiera que se hayan cometido, esa Sección no les otorga jurisdicción extra-territorial sobre una conspiración para cometer tortura en cualquier otro país donde se adoptó el acuerdo fuera del Reino Unido si no han tenido lugar aquí actos de ejecución de la conspiración. Ni puede considerarse que esa conducta haya tenido lugar en el territorio del país requirente según la Sección 22(6) de la Ley de 1989.

Sin embargo, el tipo legal del delito de conspiración según la Sección 1 de la Ley Penal de 1977 se extiende a la conspiración para cometer cualquier delito que es enjuiciable en Inglaterra y Gales. Entre esos crímenes están todos los delitos sobre los que los tribunales de Inglaterra y Gales tienen jurisdicción extra-territorial, incluyendo el delito según la Sección 134 de la Ley de 1988. Y, por las razones ya mencionadas, considero que la

regla de *common law* en cuanto a conspiraciones extra-territoriales sentada en *Somchai Liangsiriprasert v. Government of the United States of America* (1991) 1 A.C. 225 se aplica si una conspiración iniciada en el extranjero pretende tener como resultado de la comisión del delito, dondequiera que se iniciara su comisión, que es un crimen extra-territorial en este país. Por consiguiente, los tribunales de este país podrían procesar al Senador Pinochet por actos de tortura en Chile y cualquier lugar después del 29 de septiembre de 1988, porque se trata de delitos extra-territoriales según la Sección 134 de la Ley de 1988. También podrían procesarle aquí por conspirar para cometer tortura en Chile o en cualquier lugar después de esa fecha, dondequiera que la tortura fuera cometida, porque la tortura posterior a esa fecha es un delito extra-territorial y los tribunales en Inglaterra tienen jurisdicción sobre tal conspiración según el *common law*.

#### *Tortura anterior al 29 de septiembre de 1989*

La Sección 134 de la Ley Penal de 1988 no entró en vigor hasta el 29 de septiembre de 1988. Pero los actos de tortura física estaban ya penados por el Derecho inglés. Entre los diferentes delitos contra las personas que habrían sido cometidos a través de tortura estarían los delitos, según el *common law*, de agresión ocasionando efectivo daño corporal o causando lesiones y los delitos regulados en la Sección 18 de la Ley de Delitos contra las Personas de 1861 de lesiones con la intención de crear un daño físico grave. Una conspiración iniciada en Inglaterra para cometer estos delitos en Inglaterra era un delito de *common law* hasta que el delito de *common law* fue derogado el 1 de diciembre de 1977 por la tipificación del delito de conspiración en la Sección 1 de la Ley Penal de 1977 que permanece en vigor y válido. Como he dicho, considero que una conspiración que se inició en el extranjero para cometer estos delitos en Inglaterra sería enjuiciable en este país según la regla de *common law* relativa a las conspiraciones extra-territoriales establecida en *Somchai Liangsiriprasert v. Government of the United States of America* (1991) 1 A.C. 225 si eran delitos extra-territoriales en el momento de la acusación de conspiración.

Sin embargo, ninguno de estos delitos, si fue cometido antes de la entrada en vigor de la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988, podría decirse que fuera delito extra-territorial contra el Derecho del Reino Unido según el significado de la Sección 2(2) de la Ley de Extradición de 1989 de modo que no habría base para que pudiera ser enjuiciado extra-territorialmente en este país. Los crímenes enunciados en el Protocolo 1 de la Ley de Supresión del Terrorismo de 1978 incluyen los delitos, según el *common law*, de agresión y los tipos legales establecidos en la Ley de Delitos contra las Personas de 1981. Pero ninguno de estos crímenes

están incluidos en el listado de delitos extra-territoriales si son cometidos en un país de la convención según la Sección 4(1) de la Ley de Extradición de 1989. De modo que la regla establecida en *Somchai* no puede aplicarse a cualquier conspiración para cometer estos delitos en cualquier lugar fuera de Inglaterra, puesto que no sería una conspiración extra-territorial de acuerdo al Derecho inglés. El Senador Pinochet podría ser extraditado a España sólo por los crímenes a que se refiere la Sección 2(1)(a) de la Ley de 1989 si ha sido acusado de una conducta en España que, si hubiera ocurrido en el Reino Unido, constituiría un delito punible en este país. La Sección 22(6) de la Ley de 1989 no es de ayuda, porque la tortura contraria a la Convención contra la Tortura todavía no se había convertido en delito en este país.

Ninguno de los cargos de conspiración para torturar y ninguno de los diferentes cargos de tortura sostiene que el Senador Pinochet hiciera algo en España que pueda ser calificado según la Sección 2(1)(a) de la Ley de 1989 como conducta penal en ese país. Todo lo que puede decirse en esta etapa es que, si la información presentada al magistrado según la Sección 9(8) de la Ley de 1989 respecto al cargo 4 era para demostrar: i) que hizo algo en España antes del 29 de septiembre de 1988 para cometer actos de tortura, o ii) que tomó parte en una conspiración en España, para cometer actos de tortura en España sería conducta que satisfaría las necesidades de la Sección 2(1)(a) de esa Ley.

#### *Tortura posterior al 29 de septiembre de 1989*

El propósito de la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 era convertir los actos de tortura oficial, dondequiera que fueron cometidos y cualquiera que fuese la nacionalidad del delincuente, en delitos extra-territoriales en el Reino Unido. Esta Sección entró en vigor dos meses después de la aprobación de la Ley el 29 de septiembre de 1988, y no tenía efectos retroactivos. A partir de esa fecha la tortura oficial fue un crimen extraditable según la Sección 2(1) del de 1989 porque sería un delito extra-territorial contra el Derecho del Reino Unido.

El tipo penal de conspiración que fue introducido por la Sección 1 de la Ley Penal de 1977 se aplica a cualquier delito enjuiciable en Inglaterra y Gales: Sección 1(4). De modo que una conspiración para cometer tortura que tuviera lugar aquí después del 29 de septiembre de 1988, dondequiera que la tortura se llevara a cabo y cualquiera que fuera la nacionalidad del acusado de tortura, es un delito por el que el Senador Pinochet podría ser procesado en este país si no tuviera inmunidad. Esto significa que una conspiración para torturar que se inició en España después de esa fecha es un delito por el que puede ser extraditado a España,

en tanto sería un delito extraditable según la Sección 2(1)(a) de la Ley de 1989. Pero, como he dicho, considero que el *common law* de Inglaterra consideraría, aplicando la regla sentada en *Somchai Liangsirprasert v. Government of the United States of America* (1991) 1 A.C. 225, también enjuiciable en Inglaterra una conspiración para cometer un delito que era aquí enjuiciable como delito extra-territorial en cumplimiento de una convención internacional, incluso aunque no se hubieran realizado aquí actos de ejecución de la conspiración. Lo que significa que podría ser extraditado a España según la Sección 2(1)(b) de la Ley de 1989 por los cargos de conspiración para torturar iniciada en cualquier lugar que se refiera al período posterior a esa fecha. Pero, como la Sección 134 de la Ley de 1988 no tiene efectos retroactivos, no podría ser extraditado a España por cualquier actividad en España o en cualquier lugar sumada a la conspiración para torturar, dondequiera que la tortura se llevara a cabo, que ocurriera antes del 29 de septiembre de 1988.

La conducta que se imputa al Senador Pinochet bajo el título de conspiración en el cargo 4 no se limita a que tomó parte en el acuerdo para torturar personas. Incluye en ese cargo la acusación de que muchas personas fueron asesinadas en diferentes países después de ser torturados en aplicación de la conspiración para torturar y después asesinar. Así pues, este cargo incluye cargos de tortura además de conspiración para la tortura. Y es lo suficientemente amplio para incluir los delitos auxiliares de asesoramiento, procuración, mandato y auxilio o aliento de actos de tortura o todos los accesorios anteriores y posteriores al acto. Dado que este cargo es poco claro, yo consideraría que incluye acusaciones de tortura y de conspiración para torturar después del 29 de septiembre de 1988 por lo que el Senador Pinochet, si no tiene inmunidad, podría ser extraditado a España sobre la base de que, como se trata de delitos extra-territoriales contra el Derecho del Reino Unido, son delitos extraditables a tenor de la Sección 2(1) de la Ley de 1989.

¿Cuál es la eficacia de la calificación que acabo de mencionar en cuanto a la fecha en que estas acusaciones de tortura y conspiración para torturar se convirtieron en delitos por los que, a requerimiento de España, podría ser extraditado el Senador Pinochet? En las circunstancias de este caso su eficacia es profunda. Lo que aleja de los procedimientos el curso entero de tal conducta en que el Senador Pinochet, se dice, que se había comprometido desde el momento que emprendió la imputada conspiración de tortura en junio de 1972 hasta el 29 de septiembre de 1988. Los únicos delitos de tortura y conspiración para la tortura que son punibles en este país como delitos extra-territoriales contra el Derecho del Reino Unido según la Sección 2(2) de la Ley de 1989 son aquellos crí-

menes de tortura y conspiración para la tortura que se imputan cometidos en o después del 29 de septiembre de 1988. Pero casi todos los delitos de tortura y asesinato, de los que se alega haber sido alrededor de cuatro mil víctimas, fueron cometidos durante el período de represión que tuvo como momento más álgido ente 1973 y 1974. El requerimiento de extradición imputa que durante el período de 1977 a 1990 sólo se cometieron alrededor de 130 de tales delitos. De este número sólo tres han sido identificados en el requerimiento de extradición como cometidos después del 29 de septiembre de 1988.

De los diferentes delitos enunciados en el listado de cargos, sólo el cargo 30, referido a un acto de tortura oficial en Chile el 24 de junio de 1989, se refiere exclusivamente al período posterior al 29 de septiembre de 1988. Dos de los cargos de conspiración para torturar se extienden en parte sobre el período posterior a esa fecha. El cargo 2 imputa al Senador Pinochet la comisión de este delito durante el período de 1 de agosto de 1973 a 1 de enero de 1990, pero no imputa cuantos actos de tortura tuvieron lugar en ejecución de esa conspiración. El cargo 4 le imputa haber tomado parte en una conspiración para cometer tortura en cuyo cumplimiento se cometieron actos de asesinato posteriores a la tortura en varios países, incluido España, durante el período del 1 de enero de 1972 al 1 de enero de 1990. La única conducta imputada en los cargos 2 y 4 por la que el Senador Pinochet podría ser extraditado a España es esa parte de la conducta imputada que se refiere al período posterior al 29 de septiembre de 1988.

Aunque las acusaciones de conspiración para la tortura del cargo 2 y de tortura y conspiración para torturar del cargo 4 deben ahora restringirse al período de 29 de septiembre de 1988 a 1 de enero de 1990, el hecho de que estas alegaciones permanezcan disponibles por el resto del período es importante porque la luz de las mismas se proyecta sobre el acto concreto de tortura imputado en el cargo 30. Por razones que explicaré más tarde, consideraría muy difícil decir que un antiguo Jefe de Estado de un país que es parte de la Convención contra la Tortura no tiene inmunidad contra una acusación de tortura cometida en el curso de actos gubernamentales que se refieren sólo a una instancia aislada de tortura. Pero ése no es el caso por el que las autoridades judiciales españolas acusan al Senador Pinochet. Además, así reducido el período de 29 de septiembre de 1988 hasta el momento en que dejó de ser Jefe del Estado, las previsiones para la protección especial según la Sección 6(4) de la Ley de Extradición de 1989 asegurarían que era el único período respecto al que las autoridades judiciales españolas podrían imputar cargos contra él si fuera extraditado, la acusación es que participó del uso de la tortura como un

ataque sistemático contra todos aquéllos que se opusieran o pudieran oponerse a su Gobierno.

El requerimiento de extradición pone de manifiesto que entre agosto de 1977, cuando la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) fue disuelta y reemplazada por el Consejo Nacional de Inteligencia (CNI), la Dirección de Comunicaciones de la Policía Militar (DICOMCAR) y el Comando Vengador de los Mártires (COVERMA), se comprometieron en una política de represión según las órdenes emanadas de Augusto Pinochet, ejecutando la tortura sistemáticamente sobre los detenidos (*Bound Record*, vol. 2, págs. 314-315). Entre los métodos que se dice fueron utilizados estaba la aplicación de electricidad en las partes sensibles del cuerpo, y se acusa de que la tortura en ocasiones llevaba a las víctimas a la muerte. El cargo 30 alega que la víctima murió después de ser torturada infligiéndola shocks eléctricos. Las dos víctimas de un incidente en octubre de 1998, que es mencionado en el requerimiento de extradición pero que no está imputado de forma separada en el listado de cargos, se dice que, según la autopsia, tenían muestras de la aplicación de electricidad. Parece que la evidencia ha revelado sólo estos tres supuestos después del 29 de septiembre de 1988 cuando los actos de tortura fueron perpetrados en cumplimiento de esta política. Aun así esto no afecta a la verdadera naturaleza y cualidad de esos actos. El significado de los cargos 2 y 4 se encuentra en el hecho de que muestran que se perseguía una política de tortura sistemática cuando fueron perpetrados los hechos.

Debo enfatizar que no es nuestra función considerar si hay o no evidencia que justifique esta conclusión, y no debe interpretárseme como si así lo entendiera. Pero es claro que la información que está ante nosotros es capaz de servir de soporte para la conclusión de que los actos de tortura imputados durante el período referido tuvieron ese carácter. No creo que sea correcto acercarse a la cuestión de la inmunidad sobre la base de ignorar el hecho de que este punto está abierto al menos para el debate. De modo que considero que el argumento de que el Senador Pinochet no tiene inmunidad para este reducido período es algo que puede propiamente examinarse a la luz de la evolución del Derecho internacional consuetudinario respecto al uso extendido o sistemático de la tortura como instrumento de política estatal.

#### *Cargos relevantes para la cuestión de la inmunidad*

El resultado de este análisis es que sólo los cargos que imputen delitos extraditables por los que el Senador Pinochet pueda ser extraditado a España si no tiene inmunidad son: 1) aquellos cargos de conspiración para torturar incluidos en el cargo 2, de tortura y conspiración para torturar recogidos

en el cargo 4 y de tortura incluido en el cargo 30 que, independientemente de donde ocurrieron los hechos, son delitos extra-territoriales desde el 29 de septiembre de 1988 según la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 y conspiraciones extra-territoriales según el *common law*; 2) la conspiración en España para asesinar en España que se imputa en el cargo 9; 3) las conspiraciones en España para cometer asesinato en España y las conspiraciones en España anteriores al 29 de septiembre de 1988 para cometer actos de tortura en España, que puede mostrarse que forman parte de las imputaciones contenidas del cargo 4.

Más allá de lo que afecta al Derecho del Reino Unido, el único país donde el Senador Pinochet podría ser procesado por la gama completa de delitos que se le imputan por las autoridades españolas es Chile.

#### *Inmunidad estatal*

La Sección 20(1)(a) de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978 prevé que la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 se aplique, sujeta a «las necesarias modificaciones», a los Jefes de Estado como se aplica a los Jefes de misión diplomática. La generalidad de esta previsión se restringe en la Sección 20(5), que limita la inmunidad del Jefe del Estado respecto a los procedimientos civiles en el mismo sentido que la Parte I lo hace para los diplomáticos. Lo que refleja que la Sección 14 ya prevé que los Jefes de Estado están sujetos a las restricciones de la Parte I. Pero no hay nada en la Sección 20 que indique que la inmunidad respecto a los procedimientos criminales que el artículo 3(1) de la Convención de Viena, aplicable según la Ley de 1964, otorga a los diplomáticos esté limitada en este sentido para los Jefes de Estados. La Sección 23(3), que prevé que las disposiciones de las Partes I y II de la Ley no se aplican retroactivamente, no hace mención alguna a la Parte III. Creo que no se pensó que la Parte III diera origen a la consideración de que fuera posible aplicarse en este sentido.

Por tanto, me parece claro que el que la Sección 20(1) otorga fuerza jurídica en el Reino Unido al Derecho internacional consuetudinario en cuanto a la inmunidad de que los Jefes de Estado, y los antiguos Jefes de Estado en concreto, disfrutaban frente a los procedimientos ante los tribunales nacionales extranjeros. *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police* (1990) 102 I.L.R 198, 203 apoya esta opinión, en tanto sostiene en ese caso que según el artículo 39(2) era aplicable la inmunidad según el Derecho internacional consuetudinario al antiguo Jefe de Estado de la República de Filipinas.

La cuestión es, pues, ¿cuál es el alcance de la inmunidad que el artículo 39(2) otorga a los anti-

guos diplomáticos modificada en su aplicación a los antiguos Jefes de Estado? La última frase del artículo 39(2) se ocupa de la situación cuando las funciones del diplomático llegan a su fin. Dispone que «no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión.» Es evidente que esta disposición está relacionada con la inmunidad residual del antiguo diplomático *ratione materiae*, y no con la inmunidad *ratione personae* de que disfrutaba mientras servía como diplomático. En su aplicación al antiguo Jefe del Estado esta disposición plantea dos cuestiones adicionales: 1) si incluye funciones que el Jefe del Estado haya realizado fuera del Estado receptor de cuya jurisdicción reclama inmunidad, y 2) si incluye actos del tipo de los imputados en este caso —a los que Mr. Alun Jones, *Q. C.*, considera no actos privados sino actos realizados en el ejercicio de la autoridad estatal—.

En lo que se refiere a la primera de las dos cuestiones añadidas, está claro que las funciones del Jefe del Estado variarán de Estado a Estado de acuerdo con los actos que de él se espera o se requiere que actúe según la Constitución de ese Estado. En algunos países que se adhieren a las tradiciones de la monarquía constitucional quedarán limitadas fundamentalmente a actos ceremoniales o simbólicos que no incluyen responsabilidad ejecutiva alguna. En otros, el Jefe del Estado es Jefe del Ejecutivo, con todos los recursos del Estado a su disposición para hacer lo que estime de acuerdo con la esfera de acción que la Constitución le atribuye. No encuentro nada en el Derecho internacional consuetudinario que nos permita limitar la expresión «sus funciones» a un mínimo común denominador. En mi opinión, las funciones del Jefe del Estado son aquéllas para las que está facultado o le son necesarias en el ejercicio del Gobierno. Realiza estas funciones dondequiera que esté durante el tiempo que sea como si estuviera en su propio Estado. Pueden incluir instrucciones o autorizaciones para realizarse bajo su mando en el interior o en el extranjero en interés de la seguridad estatal. No consideraría correcto, por tanto, limitar la inmunidad según el artículo 39(2) a los actos realizados en el Estado receptor. No consideraría esto como una «necesaria modificación» de las que ha de realizarse según la Sección 20(1) de la Ley de 1978.

Respecto a la segunda cuestión, considero que la respuesta está bien asentada en el Derecho internacional consuetudinario. La pregunta es si, de un lado, son actos privados o, de otro, son actos gubernamentales realizados en el ejercicio de su autoridad como Jefe del Estado. Esto es, si el acto se realizó para promover el interés estatal, si se realizó en su propio beneficio o provecho o se realizó por el Estado: *United States v. Noriega* (1990) 746 F. Supp. 1506, 1519-1521. Sir Arthur Watts, *Q. C.*, en sus *Hague Lectures, The Legal Position interna-*

*tional Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers* (1994-III) 247, *Recueil des cours*, pág. 56, dijo: «la cuestión exacta parece ser si la conducta se realizaba bajo pretexto de o en el ejercicio ostensible de la autoridad pública del Jefe del Estado». Los actos de soberanía o gubernamentales de un Estado no son asuntos sobre los que los tribunales de otros Estados deban juzgar: *I Congreso del Partido* (1983) A.C. 244, 262C per Lord Wilberforce. El hecho de que los actos realizados por el Estado hayan incluido conductas criminales no elimina la inmunidad. Realmente, el propósito completo de la inmunidad residual *ratione materiae* es proteger al antiguo Jefe de Estado contra las acusaciones de tales conductas después de abandonar el cargo. Un Jefe de Estado necesita ser libre para promover el interés de su propio Estado durante el período que ejerce la función sin estar sujeto a la perspectiva de la detención, arresto o complicación en el sistema legal del Estado receptor: véase, *United States v. Noriega*, pág. 1519; *Lafontant v. Aristide* (1994) 844 F. Sup. 128, 132. La conducta no tiene que ser lícita para atraer la inmunidad.

Se ha dicho que no es una de las funciones del Jefe del Estado cometer actos criminales de acuerdo con las leyes y la Constitución de su Estado o según lo que el Derecho internacional contempla como criminal. Pero considero que esta aproximación a la cuestión es, en principio, errónea. El principio de la inmunidad *ratione materiae* protege todos los actos que el Jefe del Estado ha realizado en el ejercicio de sus funciones de gobierno. El objetivo es que queden protegidos de cualquier análisis posterior. Sólo hay dos excepciones en esta afirmación que ha reconocido el Derecho internacional consuetudinario. El primero se refiere a los actos criminales que el Jefe del Estado realizó bajo el pretexto de su autoridad como Jefe del Estado pero que en realidad fueron para su propio placer o beneficio. Los ejemplos que Lord Steyn ofrece (1998) 3 W.L.R. 1456, 1506B-C del Jefe de Estado que mata a su jardinero en un arrebatado de ira o que ordena torturar a las víctimas de modo que observe su agonía me parece claramente que entran dentro de esta categoría, y, por esta razón, quedan fuera del campo de la inmunidad. La segunda se refiere a aquellos actos cuya prohibición ha adquirido el *status de ius cogens* según el Derecho internacional. Esto obliga a todos los Estados a reprimir tales conductas bajo cualquier situación e impone una obligación *erga omnes* para penalizar las mismas. Como Sir Arthur Watts, *Q. C.*, dijo en sus *Hague Lectures*, pág. 89, nota 198, respecto a la conducta constitutiva de un delito internacional, como los crímenes de guerra, se aplican consideraciones especiales.

Pero incluso en el campo de tan graves crímenes como los que han adquirido el *status de ius cogens* según el Derecho internacional no hay un acuerdo general respecto a que queden fuera de la

inmunidad por la que los antiguos Jefes de Estado están protegidos frente a la jurisdicción de los tribunales nacionales extranjeros. Hay una fuente documental que demuestra sobradamente que crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad se han separado de la generalidad de las conductas que el Derecho internacional ha llegado a considerar como criminales. Esta evolución fue descrita por Lord Slynn of Hadley (1998) 3 W.L.R. 1456, 1474D-H y yo respetuosamente estoy de acuerdo con su análisis. Como dije, pág. 1474H, salvo en lo que se refiere a crímenes en situaciones concretas en que se han establecidos los tribunales internacionales para su tratamiento y es parte del compromiso que los Jefes de Estado no tendrán inmunidad, no hay un reconocimiento general de que haya una pérdida de inmunidad ante la jurisdicción de los tribunales nacionales extranjeros. Lo que le llevó a resumir el asunto de esta forma, pág. 1475B-E:

«Éste es un requisito para valorar lo necesario, en ausencia de una convención general internacional que defina o reduzca la inmunidad del Jefe del Estado, para definir o limitar la inmunidad del antiguo Jefe del Estado en casos concretos. En mi opinión, es preciso encontrar una previsión en una convención internacional en la que el Estado haya afirmado, y el Estado haya sido invitado a rehusar, la inmunidad del antiguo Jefe del Estado por un acto oficial; la convención debe claramente definir el crimen contra el Derecho internacional y requerir o autorizar al Estado la prevención o persecución del crimen, sea o no cometido en su jurisdicción y sea o no cometido por uno de sus nacionales; debe quedar claro que un tribunal nacional tiene jurisdicción para enjuiciar un crimen imputado a un antiguo Jefe de Estado, o que por haber sido Jefe de Estado no tiene defensa y que expresa o implícitamente la inmunidad no es aplicable como una barrera en los procedimientos contra él. La convención debe estar dotada de eficacia jurídica ante los tribunales nacionales del Estado; en un Estado dualista como el Reino Unido esto significa, según la legislación, que con los procedimientos y organización necesarios el crimen puede ser perseguido de acuerdo con el procedimiento que se encuentre en la convención».

Ése es el motivo último contra el que vuelvo ahora a la Convención contra la Tortura. En tanto todos los requisitos que Lord Slynn ha desplegado en el párrafo de la página 1475B-E, salvo uno, están entrelazados, cuando se refiere a las previsiones de las Secciones 134 y 135 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 que otorga eficacia jurídica a la Convención en este país, preciso ocuparme sólo de un aspecto que falta. ¿Está claro que el antiguo Jefe del Estado no tiene inmunidad ante los tribunales de un Estado que tiene jurisdicción para conocer del delito?

### *La Convención contra la Tortura y la Pérdida de Inmunidad*

La Convención contra la Tortura es un instrumento internacional. Como tal, debe elaborarse de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario y contra el motivo último de la subsistencia de la inmunidad residual del antiguo Jefe de Estado. El artículo 32(2) de la Convención de Viena que forma parte de las previsiones de la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 que se extienden a Jefes de Estado según la Sección 20(1) de la Ley de Inmunidad de Soberanía de 1978, sujeto a «las necesarias modificaciones», establece que la renuncia a la inmunidad acordada para los diplomáticos «debe siempre ser expresa». No es necesaria ninguna modificación de esta disposición para aplicarla a los Jefes de Estado en el supuesto de que se decidiese que habría renuncia de su inmunidad. La Convención contra la Tortura no contiene previsión alguna que esté expresamente relacionada con la cuestión de si los Jefes de Estado o antiguos Jefes de Estado tienen o no inmunidad frente a las acusaciones de que cometieron tortura.

Pero permanece la cuestión de si la eficacia de la Convención contra la Tortura era eliminar la inmunidad por implicación necesaria. Aunque el artículo 32(2) dice que cualquier renuncia debe ser expresa, se nos exige, no obstante, considerar si la eficacia de la Convención pasa necesariamente por eliminar la inmunidad. Ésta es la cuestión exacta. La Sección 1605(a)(1) de la Ley Federal de Inmunidad de Soberanía de los Estados Unidos prevé una renuncia implícita, pero ha sido interpretada muy restrictivamente: *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699, pág. 720; *Princo v. Federal Republic of Germany* (1994) 26 F.3d 1166, pág. 1174; *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corporation* (1989) 109 S.Ct. 683, pág. 693. En el Derecho internacional la necesidad de claridad es cuestión obvia. La regla general es que los tratados internacionales sean interpretados, en la mayor medida posible, uniformemente por los tribunales nacionales de todos los Estados.

El preámbulo de la Convención contra la Tortura expone este objetivo. Después refiriéndose al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que proclama que nadie será sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a la Declaración de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1975 relativa a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, establece que es su deseo «hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo». Después, en el artículo 1 continúa con una definición del término «tortura» a efectos de esta Convención. Definición que está expresada de la forma más amplia posible. A saber, «todo acto por

el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales» con el propósito de obtener información, confesión de castigo, intimidación o coacción o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Se limita, sin embargo, a la tortura oficial según sus concluyentes palabras, que requiere que tales dolores o sufrimientos hayan sido «infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

Esta definición está tan extendida que sugiere, por una parte, que el término 'Jefes de Estado' debe interpretarse en sentido estricto, pero suscita la cuestión, por otra parte, de si se contemplaba igualmente que, en el caso de darse las necesarias condiciones, serían privados de su inmunidad. Se podría pensar que el término «agente público» hace referencia a uno de menor rango que un Jefe de Estado. Otros instrumentos internacionales sugieren que, cuando la intención es incluir personas tales como Jefes de Estado o diplomáticos, están mencionados expresamente en el instrumento: Véase el art. 27 del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional que se adoptó el 17 de julio de 1998. Pero un Jefe de Estado que hacía uso en el ejercicio de su función de una conducta del tipo descrito claramente estaría «actuando dentro de su competencia oficial». Resultaría además extraño que las previsiones de la Convención no pudieran aplicarse a los Jefes de Estado que, debido a que ellos mismos hubieran infligido tortura o hubieran instigado la ejecución de actos de tortura por sus agentes, fueran directamente responsables de la perpetración de estos actos.

Además, la idea de que la construcción de la definición en estos términos era en sí misma suficiente para levantar la inmunidad por la persecución de actos de tortura, no deja de presentar dificultades. El carácter de *ius cogens* de la inmunidad de que disfrutaban los Jefes de Estado *ratione personae* sugiere que, desde este punto de vista, la inmunidad no se ha visto afectada por la convención. Pero una vez que la inmunidad se concede, deviene más fuerte, en ausencia de una previsión especial, para justificar la remoción de otras inmunidades. Puede también notarse que Burgers y Danelius, en su *Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, en pág. 131, hacen este comentario sobre el art. 5.1 de la Convención, en el que se señalan las medidas que se requieren que establezca cada Estado parte dentro de su jurisdicción con relación a los delitos de tortura que el art. 4 exige que se conviertan en perseguibles de acuerdo con su legislación penal:

«Esto significa, en primer lugar, que el Estado tendrá jurisdicción sobre el delito cuando

haya sido cometido en su territorio. Según el Derecho internacional o nacional, pueden existir ciertas limitadas excepciones a esta regla, por ejemplo, respecto de diplomáticos extranjeros, tropas extranjeras, miembros del Parlamento u otras categorías que se beneficien de inmunidades especiales, y tales inmunidades pueden aceptarse en la medida en que se apliquen a actos delictivos en general y no sean excesivamente extensas».

Estas observaciones, aunque de indudable peso cuando Jan Herman Burgers de Holanda era Presidente/Ponente de la Convención, puede pensarse que son tan crípticas como para resistir un análisis más cercano. Sin embargo, dos puntos merecen interés. El primero es que reconocen que las previsiones de la Convención no resultan inconsistentes con, al menos, alguna de las inmunidades de Derecho internacional consuetudinario. El segundo es que no mencionan ninguna excepción que privara a los Jefes de Estado o antiguos Jefes de Estado de sus inmunidades de Derecho internacional consuetudinario. La ausencia de cualquier referencia a esta materia señala que los artífices de la Convención no lo tuvieron en cuenta. Los informes del grupo de trabajo del proyecto de convención para el Consejo Económico y Social de la Comisión de Derechos Humanos indican que se celebraron muchas reuniones hasta completar su trabajo. Se prolongaron varios años, y surgieron y se debatieron muchos temas antes de que las distintas delegaciones se mostraran satisfechas con los términos establecidos. Si el asunto de la inmunidad de un Jefe de Estado y antiguo Jefe de Estado se discutió en alguna de esas reuniones, sin duda se hubiera mencionado en los informes. El tema se habría identificado como importante y las delegaciones habrían recibido instrucciones de sus respectivos gobiernos. Pero no existe indicación alguna en los informes que nos lo muestre.

La ausencia de discusión del tema no resulta sorprendente, una vez que se aprecia que el propósito de la Convención era extender tanto como fuera posible la maquinaria necesaria para hacer la lucha contra la tortura más efectiva en todo el mundo. Claramente había mucho que hacer, como con claridad demuestran los varios años de discusión. De acuerdo con Burgers y Danelius, pág. 1, el fin principal era fortalecer la posición existente mediante un número de medidas de apoyo. Una de las bases había sido establecer que los Estados contratantes dictaran la legislación correspondiente. Una definición consensuada de tortura, incluyendo la tortura psíquica, había de incluirse en la legislación penal de los Estados. Tenían que adoptarse medidas de jurisdicción extraterritorial para enfrentarse a estos delitos y para extraditar a los inculpados requeridos para su procesamiento. Como muchos Estados no extraditaban a sus propios ciudadanos y la Convención no

obligaba a los Estados a extraditarlos, tenían que adoptar medidas para poder hacer efectivo el establecimiento de jurisdicción sobre estos delitos en aquellos casos en los que se alegara que el inculpa-do estaba presente dentro del territorio pero no era extraditable. Para muchos, si no para todos, la introducción de estas previsiones significaba innovaciones en el Derecho interno. No se hacía mención a la renuncia de inmunidades. Pero, como Yoram Dinstein, *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae* (1966) *International and Comparative Law Quarterly*, 76, 80 había ya señalado, no tendría sentido levantar la inmunidad a menos que los tribunales internos pudieran, en consecuencia, procesar al inculpa-do.

Estas consideraciones en buena medida sugieren que sería equivocado considerar que la Convención contra la Tortura tiene como implicación necesaria remover la inmunidad *ratione materiae* de los antiguos Jefes de Estado frente a todo acto de tortura de cualquier tipo que pudiera alegarse contra él con arreglo a los fines del artículo 1. En *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F. 2d 699, 714-717 se estableció que los actos invocados de tortura oficial, que se cometieron en 1976 antes de la Convención contra la Tortura, violaban el Derecho internacional, dentro del que la prohibición de tortura oficial había adquirido el *status de ius cogens*. Los actos crueles habían sido perpetrados en un período de siete días por hombres que actuaban bajo la dirección del gobernador militar. Argentina estaba regida por una junta militar antisemita, y los epítetos usados por aquéllos que le torturaban indicaban que José Siderman estaba siendo torturado a causa de su fe judía. Pero la definición del artículo 1 es tan amplia que cualquier acto de tortura oficial, en tanto suponga dolor o sufrimiento «intenso», estaría cubierto por él.

Como apuntan Burgers y Danelius en la pág. 122, aunque la definición de tortura en el artículo 1 pueda dar la impresión de ser muy precisa y detallada, el concepto de «dolor y sufrimiento intenso» es de hecho un concepto bastante vago, sobre cuya aplicación a un caso específico puede haber diferentes opiniones. No existe la exigencia de que tendría que haber sido perpetrado a gran escala para constituir un delito internacional en el sentido descrito por Sir Arthur Watts en sus *Hague Lectures*, pág. 82, es decir, un delito que afecte al orden público de la comunidad internacional. Un solo acto de tortura de un agente contra un nacional de su Estado dentro de sus fronteras lo será. Los riesgos de ser detenidos en Estados extranjeros a que los antiguos Jefes de Estado se expondrían al dejar el cargo bajo la alegación de que habían consentido en un acto de tortura oficial, hubieran sido tan evidentes para los gobiernos que es difícil creer que lo hubieran permitido. Más aún, incluso si sus Lores admitieran que éste es su efecto, hay buenas razones para dudar de si los tribunales de otros Es-

tados sostendrían la misma opinión. Una previsión expresa habría eliminado esta incertidumbre.

Sin embargo, se mantiene la cuestión de si la inmunidad es compatible con la conformidad de Chile a la Convención contra la Tortura, si la tortura alegada era del tipo o la escala como para constituir un delito internacional. Sir Arthur Watts en sus *Hague Lectures*, pág. 82, afirma que la idea de que los individuos que cometen delitos internacionales son internacionalmente perseguibles ha llegado a convertirse en un hecho aceptado por el Derecho internacional. Los acuerdos internacionales a través de los cuales los Estados se han esforzado en resolver este problema mediante tribunales penales internacionales han marcado cuidadosamente el umbral por debajo del cual la jurisdicción de estos tribunales no sería posible. El Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia (1993) incluye la tortura en su artículo 5 como uno de los crímenes contra la humanidad. En el párrafo 48 de su Informe para las Naciones Unidas el Secretario General explicaba que los crímenes contra la humanidad se refieren a actos inhumanos de naturaleza seria, como asesinato, tortura o violación premeditados, cometidos como parte de una agresión extendida o sistemática contra la población civil. Similares observaciones aparecen en los párrafos 131 a 135 del Informe del Secretario General sobre el conflicto de Ruanda. El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (1994) incluía la tortura como uno de los crímenes contra la humanidad «cuando fueran cometidos como una agresión extensa o sistemática contra la población civil» por motivos nacionales, políticos, étnicos o de otro tipo. El artículo 7 del Tratado de Roma contiene una limitación similar frente a actos de tortura extensa o sistemática.

Las alegaciones que las autoridades jurisdiccionales españolas han hecho contra el Senador Pinochet se sitúan dentro de esta categoría. Como planteé en mi análisis del borrador de cargos, no nos enfrentamos en este caso -incluso con las más restringidas bases de aquellos cargos respecto a los que el Senador Pinochet podría ser legalmente extraditado si no tuviera inmunidad- con actos aislados de tortura oficial. Nos enfrentamos a los restos de una alegación de la que es culpable de lo que ahora, sin duda, consideraríamos en el Derecho internacional consuetudinario como un delito *internacional*. Puesto que se ha afirmado que él había estado implicado en actos de tortura que se habrían cometido siguiendo una política de tortura sistemática y amplia como instrumento de gobierno dentro de Chile. Por otra parte, se ha dicho que, para que perdiera su inmunidad, tendría que establecerse que había una práctica asentada de delitos de esta naturaleza para que el Derecho internacional consuetudinario los considerara así en el momento en que se cometieron. Sería difícil decir que se ha mostrado que tal práctica asentada se

había establecido el 29 de septiembre de 1988. Pero debemos ser cuidadosos y no dar demasiada importancia a este punto, pues la oportunidad de perseguir tales delitos raras veces se presenta.

A pesar de las dificultades que he mencionado, considero que tenemos suficientes signos de que la necesaria evolución del Derecho internacional ya se había producido en esa fecha. La cuidadosa discusión de las reglas de *ius cogens* y *erga omnes* con respecto a las alegaciones de tortura oficial en *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 26 F.2d 1166, págs. 714-718, que considero persuasiva en este punto, muestra que existía ya un acuerdo generalizado de que la prohibición contra la tortura oficial había adquirido el carácter de norma *ius cogens*. Los artículos que se publicaron en 1988 y 1989 se dedican (pág. 717) a amparar esta opinión. De este modo, estimo que podemos confirmar que ésa era la postura el 29 de septiembre de 1988. Entonces existía la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre 1984. Habiendo logrado un número suficiente de signatarios, entró en vigor el 26 de junio de 1987. En mi opinión, una vez que la maquinaria de la que se dota hiciera posible que la jurisdicción sobre tales delitos se ejerciera ante los tribunales de un Estado extranjero, no era necesario para los países signatarios de la Convención invocar la inmunidad *ratione materiae* en el caso de que las alegaciones de tortura sistemática o a gran escala cometidas después de la fecha por sus oficiales o cualquier otra persona que actuara dentro de sus funciones oficiales se hicieran ante los tribunales del Estado.

Como Sir Arthur Watts, *Q.C.*, ha explicado en sus *Hague Lectures* (1994) en la pág. 82, el principio general en tales casos es el de la responsabilidad individual por la conducta penal internacional. Tras pasar revista a varios instrumentos internacionales generales relativos principalmente, aunque no sólo, a crímenes de guerra, de los cuales el más reciente era el proyecto de la Comisión Legal Internacional de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1988, concluía, en la pág. 84, que no podía ya dudarse que, como materia de Derecho internacional general consuetudinario, un Jefe de Estado fuera personalmente responsable para rendir cuentas de existir suficiente evidencia de que había autorizado o perpetrado esos serios delitos internacionales. Un Jefe de Estado está protegido mientras está en activo por la inmunidad *ratione personae*, pero debería negársele la inmunidad *ratione materiae* en la cual podría ampararse al dejar el cargo.

No lo considero como un caso de renuncia. Tampoco aceptaría, como término implícito de la Convención contra la Tortura, que los antiguos Jefes de Estado hubieran de ser privados de su inmunidad *ratione materiae* con respecto a todos los actos de tortura oficial definidos en el artículo 1. Es

sólo que las obligaciones que se reconocieron mediante el Derecho internacional consuetudinario en el caso de tan graves delitos internacionales en la fecha en que Chile ratificó la Convención son tan fuertes como para obviar cualquier objeción sobre la base de la inmunidad *ratione materiae* para el ejercicio de la jurisdicción sobre delitos cometidos después de esa fecha que lo ha hecho posible en el Reino Unido.

Considero que la fecha en la que se perdía la inmunidad *ratione materiae* era el 30 de octubre de 1988, que fue la fecha en que tuvo efecto la ratificación por Chile de la Convención contra la Tortura. España ya había ratificado la Convención; lo hizo el 21 de octubre de 1987. La Convención fue ratificada por el Reino Unido el 8 de diciembre de 1988 tras la entrada en vigor de la sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988. De acuerdo con el punto de vista que adoptaré en torno a esta cuestión, la inmunidad *ratione materiae* se había perdido cuando Chile, habiendo ratificado la Convención a la que la Sección 134 otorgaba efectos y que España había ya ratificado, se privaba del derecho a objetar la jurisdicción extraterritorial que el Reino Unido podía afirmar sobre los delitos a los que la Sección daba fuerza legal. Pero estoy satisfecho de aceptar la opinión de mi noble y docto amigo Lord Saville of Newdigate de que el Senador Pinochet mantiene la inmunidad hasta el 8 de diciembre de 1988 cuando el Reino Unido ratifica la Convención.

### Conclusión

Se desprende de aceptaré que, en tanto que el Senador Pinochet tiene inmunidad *ratione materiae* frente a la persecución por la conspiración en España para el asesinato en España y tales conspiraciones en España anteriores al 8 de diciembre de 1988 para cometer actos de tortura en España como podría mostrarse que es parte de las alegaciones en el cargo 4, no tenía inmunidad para la persecución de los cargos de tortura y conspiración para torturar que afectan al período posterior a esa fecha. Ninguno de los otros cargos que se hacen contra él son delitos de extradición por los que, incluso si no tuviera inmunidad, pudiera ser extraditado. Sentadas estas premisas, sólo permitiría la apelación, con el alcance necesario para permitir la extradición para proceder sobre los cargos de tortura y conspiración para la tortura relativos al período posterior al 8 de diciembre de 1988.

El profundo cambio para la finalidad del caso que ahora se produce para la extradición a España del Senador Pinochet, requerirá que el Secretario de Estado reconsidere su decisión de autorizar el proceso de extradición bajo la sección 7(4) de la Ley de Extradición de 1989 y, si decide renovarla, con respecto a cuáles de los delitos imputados que autorizan la extradición. Igualmente será necesari-

rio que el magistrado, de renovarse la capacidad para proceder, preste mucha atención a la cuestión de si la información que se le somete conforme la sección 9 (8) de la Ley apoya la acusación de que la tortura en cumplimiento de una conspiración para cometer tortura sistemática, incluyendo el simple acto de tortura que se alega en el cargo 30, las cometió el Senador Pinochet después del 8 de diciembre de 1988 al perder su inmunidad.

### LORD HUTTON

Mis Lores,

La nueva vista de esta apelación ha despertado toda una serie de asuntos diferentes que han sido completamente abordados en el discurso de mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson, cuyo borrador he tenido la oportunidad de leer. Estoy de acuerdo con su razonamiento y conclusión de que la definición de «delito extraditabile» en la Ley de Extradición de 1989 requiere que la conducta tenga la consideración de delictiva conforme al ordenamiento del Reino Unido en la fecha de la comisión. También estoy de acuerdo con el análisis y conclusiones de mi noble y docto amigo Lord Hope of Craighead en lo alegado sobre los delitos en relación con los que puede ser extraditado el Senador Pinochet sin consideración a la cuestión de la inmunidad. Además, estoy de acuerdo con el punto de vista de Lord Browne-Wilkinson de que el Senador Pinochet tiene derecho a inmunidad por los cargos de asesinato y de conspiración para el asesinato, pero desearía hacer algunas observaciones sobre la cuestión de la inmunidad solicitada por el Senador Pinochet con respecto a los cargos de tortura y de conspiración para la tortura.

El Senador Pinochet cesó de ser jefe del Estado de Chile el 11 de marzo de 1990, y alega inmunidad como anterior jefe del Estado. La distinción entre la inmunidad de un Jefe de Estado en el ejercicio de su cargo y la inmunidad de un antiguo Jefe de Estado se discute en la monografía de Sir Arthur Watts K.C.M.G., Q.C. «*The Legal Position in International Law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*», donde se señala en las páginas 53, 88 y 89:

«Es un hecho asentado que, en general, un Jefe de Estado disfruta una amplia inmunidad ante la jurisdicción penal, civil y administrativa de otros Estados. Esta inmunidad —en la medida en que existe— se hace efectiva desde la asunción del cargo, incluso con respecto a hechos sucedidos con anterioridad...

«La inmunidad de un Jefe de Estado se disfruta en reconocimiento de su muy especial *status* como detentador de la más alta magistratura estatal...

«Un antiguo Jefe de Estado no tiene derecho conforme al Derecho internacional a ninguno de estos derechos, inmunidades ni privilegios con que el Derecho internacional dota a los Jefes de Estado en el cargo....

«Después de perder su cargo puede ser perseguido por sus actividades privadas, tanto aquéllas que hayan tenido lugar mientras que era Jefe de Estado, como aquéllas ocurridas antes de convertirse en jefe del Estado o desde que dejó de serlo....

«Los actos oficiales del Jefe del Estado, llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado, están, sin embargo, sujetos a diferentes consideraciones. Tales actos son actos del Estado más que actos personales del Jefe del Estado, y éste no puede ser perseguido por ellos hasta que no haya cesado de ser Jefe del Estado. La posición es similar a los actos llevados a cabo por un embajador en el ejercicio de sus funciones cuya inmunidad permanece incluso después de haber cesado en el cargo el embajador»

La Sección 20 de la Parte III de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978 establece que, sujeta a las necesarias modificaciones, se aplicará a un soberano o Jefe de Estado la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964, y la Sección 2 de la Ley de 1964 prevé que los artículos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares del Protocolo I del la Ley serán aplicables en el Reino Unido. El artículo 29 establece:

«La persona del Agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.»

El artículo 31:

«1. El Agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor.»

El artículo 39:

«1. Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo, o si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que haya convenido.

2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él,

pero subsistirán hasta entonces, aun en el caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión»

Uno de los asuntos expuestos ante sus Lores es si la Sección 20 de la Ley de Inmunidad Estatal se refiere sólo a las funciones llevadas a cabo por un Jefe de Estado extranjero cuando esté en el Reino Unido, o si también se aplica a sus acciones en su propio Estado o en otro Estado. La Sección 20 es una Sección difícil de interpretar, pero en mi opinión, con las necesarias modificaciones, la sección se aplicará a las previsiones de la Ley de Privilegios Diplomáticos, y, por tanto, a los artículos de la Convención de Viena, a las acciones de un Jefe de Estado en su propio país o en cualquier otra parte, de modo que, adoptando la formulación de Lord Nicholls of Birkenhead en la primera vista (1998) 3 W.L.R. 1456, 1499E, con la adición de siete palabras, el efecto de la Sección 20 de la Ley de 1978, Sección 2 de la Ley de Privilegios Diplomáticos y de los artículos de la Convención de Viena es que:

«un antiguo Jefe de Estado continuará teniendo inmunidad ante la jurisdicción penal del Reino Unido con respecto a actos realizados por él, en su propio país o en cualquier otro, en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado».

Considero, sin embargo, que la Sección 20 no cambió la ley en relación con la inmunidad ante la jurisdicción penal a la que un anterior Jefe de Estado tenía derecho en el Reino Unido, sino que dio forma legal al relevante principio del Derecho internacional que era parte del *common law*.

De este modo, la cuestión crucial para la decisión es si, en el caso de que se hubieran cometido los actos de tortura (en cuyo término incluyo los actos de tortura y conspiración para torturar) alegados contra el Senador Pinochet, los cometió en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado. Digo «si cometió» porque no es función de sus Lores en esta apelación decidir si existe evidencia para substanciar las acusaciones que el Senador Pinochet niega. Sus Lores tienen la ventaja de la muy docta y detallada propuesta de la defensa de las partes y los coadyuvantes y de los *amicus curiae* (cuyas aportaciones hay que agradecer) y numerosa doctrina de las muchas jurisdicciones citadas.

Es claro que los actos de tortura que se imputan al Senador Pinochet no fueron actos dentro de su esfera privada para su beneficio personal. Si ese hubiera sido el caso habrían sido actos privados y queda fuera de duda que el Senador Pinochet, una vez que dejó de ser Jefe de Estado, no hubiera estado en condiciones de solicitar la inmunidad con respecto a ellos. Se le sometía en la medida en que

los actos de tortura se produjeron sobre la base de proteger el Estado y de promover sus intereses, tal como los contempló el Senador Pinochet, y fueron por ello funciones gubernamentales y en consecuencia se efectuaron como funciones del Jefe de Estado. Se admitió por añadidura que la inmunidad que el Senador Pinochet invocaba era la inmunidad del Estado de Chile mismo. En el presente procedimiento Chile intervino en representación del Senador Pinochet y en el párrafo 10 de su escrito Chile suscribió:

«la inmunidad de un Jefe de Estado (o anterior Jefe de Estado) es un aspecto de la inmunidad estatal... La inmunidad de un Jefe de Estado en su cargo público es equiparable a la inmunidad del Estado en el Derecho internacional... Las acciones contra los representantes de un gobierno extranjero con respecto a sus actos de gobierno u oficiales son en substancia procedimientos contra el Estado que representan, y la inmunidad existe en beneficio del Estado.»

Por otra parte, hay autores que consideran que la inmunidad que un Estado está llamada a solicitar con respecto a los actos de su anterior jefe del Estado u otros cargos públicos se aplica a actos ilegales y delictivos.

Mis Lores, al considerar la doctrina es necesario atender un buen número de cuestiones. Primero, constituye un principio de Derecho internacional que un Estado no puede ser perseguido ante los tribunales de otros Estados sin su consentimiento (aunque este principio está ahora sujeto a excepciones, las excepciones en el Derecho del Reino Unido se determinan en la Ley Estatal de Inmunidad de 1978). *Laws of England* de Halsbury, 4ª ed., publicada en 1977, vol. 18, párrafo 1548 establece:

«Un Estado soberano e independiente no puede ser demandado ante los tribunales británicos contra su voluntad y sin su consentimiento. Esta inmunidad de jurisdicción se deriva de las normas de Derecho internacional, que, a este respecto, se han convertido en leyes de Inglaterra. Se asienta sobre la base de que el ejercicio de la jurisdicción sería incompatible con la dignidad e independencia de cualquier autoridad superior disfrutada por cada Estado soberano. Este principio no está fundado en ninguna norma jurídica técnica, sino en más extensas consideraciones de política pública, Derecho internacional y acuerdo recíproco.»

En segundo lugar, muchas de las citas de la defensa fueron casos en los que se solicitaba una acción por daños frente a un Estado. En tercer lugar, un Estado es responsable de las acciones de sus agentes efectuadas en claro ejercicio de sus funciones salvo el caso en que se hayan ejercido en exceso

de sus propias funciones. *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., establece en la página 545:

«Junto a la responsabilidad internacional que claramente asume un Estado por actos oficiales y autorizados de sus funcionarios administrativos y miembros de sus fuerzas armadas, un Estado también asume responsabilidad internacional por actos delictivos cometidos por tales personas en el ejercicio de su cargo pero sin el mandato o autorización por parte del Estado, o por error, juicio erróneo o ejecución defectuosa de sus deberes oficiales. Los funcionarios administrativos del Estado y los miembros de sus fuerzas armadas se hallan bajo su control disciplinario, y todos los actos de tales personas en el aparente ejercicio de sus funciones oficiales o invocando poderes apropiados a su carácter oficial son *prima facie* atribuibles al Estado. No siempre resulta fácil en la práctica marcar una clara distinción entre actos no autorizados de agentes y actos cometidos por ellos en el marco de su capacidad privada y con respecto a los cuales el Estado no es directamente responsable. Con respecto a los miembros de las fuerzas armadas del Estado usualmente serán responsables de sus actos si se han cometido en el marco del deber, o en presencia de y bajo las órdenes de un oficial superior»

En cuarto lugar, respecto a la jurisdicción de los tribunales del Reino Unido, los Estados extranjeros han otorgado expresamente inmunidad por ley en procedimientos civiles (sujeta a ciertas excepciones). La Parte I de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978 relativa a los procedimientos civiles previstos en la sección 1 (1):

«Un Estado es inmune ante la jurisdicción de los tribunales del Reino Unido excepto en la forma prevista en los siguientes preceptos de esta parte de la presente Ley»

Pero la Parte I de la Ley no tiene aplicación para la jurisdicción penal y la sección 16 (4) en la Parte I establece:

«Esta Parte de la presente Ley no es aplicable a los procedimientos penales»

En los Estados Unidos de América la sección 1604 de la Ley de Inmunidades de Soberanías Extranjeras de 1976 establece:

«De acuerdo con los acuerdos internacionales de los que Estados Unidos es parte al tiempo de la firma de esta Ley, un Estado soberano será inmune ante la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos y de los Estados excepto de acuerdo con lo previsto en las secciones 1605 a 1607 de este capítulo»

La defensa del Senador Pinochet y de Chile se basa en la decisión de la *Court of Appeal* en *Al-Adnasini v. Government of Kuwait* (1996) 107 I.L.R. 536 donde el demandante presentó una acción por daños contra el gobierno de Kuwait aduciendo que había sido torturado en Kuwait por agentes de ese gobierno. La *Court of Appeal* estimó una demanda del gobierno de Kuwait en apoyo de su derecho a inmunidad. La defensa del demandante afirmó que la norma de Derecho internacional que prohíbe la tortura es tan fundamental que es *ius cogens* que se sobrepone a otras normas de Derecho internacional, incluyendo el principio de inmunidad soberana. Esta alegación fue rechazada por la *Court of Appeal* sobre la base de que la inmunidad no estaba sometida a una cualificación de supremacía con respecto a la tortura y otros actos contrarios al Derecho internacional que no cayeran dentro de las excepciones expresas contenidas en las siguientes secciones de la Ley. Ward L.J. establecía en la pág. 549:

«Desgraciadamente, la Ley es simple y así ha de ser. Un Estado extranjero no disfruta de inmunidad por actos que causen daños personales cometidos en el Reino Unido y si eso se prueba expresamente se llega a la conclusión de que es imposible escapar a que la inmunidad del Estado se permite con respecto a actos de tortura cometidos fuera de esta jurisdicción»

Una decisión similar ofreció la *Court of Appeals* de los Estados Unidos, Noveno Circuito, en *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699, en la que una familia argentina presentó una acción por daños contra Argentina y una de sus provincias por actos de tortura a cargo de oficiales militares. Argentina reclamó la inmunidad en virtud de la Ley de Inmunidad de Soberanías Extranjeras y la Corte de Apelaciones, con reluctancia, apoyó esta demanda. El argumento expuesto por los fiscales fue similar al expuesto en el caso *Al-Adnasi*, pero la Corte estableció que estaba obligada a rechazarlo con referencia a las previsiones expresas de la Ley de Inmunidad de Soberanías Extranjeras, estableciendo en la pág. 718:

«Los Siderman aducen que, puesto que la inmunidad estatal misma es un principio de Derecho internacional, triunfa el *ius cogens*. Brevemente, aducen que cuando un Estado viola el *ius cogens*, la capa de inmunidad prevista por el Derecho internacional queda fuera, permitiendo la actuación del Estado.

«Como materia de Derecho internacional, el argumento de Siderman tiene mucha fuerza.

.....

«Desgraciadamente, no escribimos sobre una pizarra limpia. Hemos de tener en cuenta

no sólo el Derecho internacional consuetudinario, sino también una Ley positiva del Congreso, la FSIA. Debemos interpretar la FSIA a través del prisma de *Amerada Hess*. Nada en el texto o en la historia legislativa de la FSIA conduce expresamente a las violaciones del *ius cogens* que podrían darse sobre la capa de inmunidad de la FSIA. Argentina interpreta que la posición de la Corte Suprema en *Amerada Hess* es de que la FSIA garantiza la inmunidad 'en aquellos casos que suponen violaciones alegadas de Derecho internacional que no resulten de una de las excepciones de la FSIA', 488 U.S. en 436, 109 S.Ct. en 688, excluye en este caso la confianza de Sindermans en el *ius cogens*. Claramente la FSIA no prevé específicamente una excepción a la inmunidad estatal basada en el *ius cogens*. En *Amerada Hess*, el tribunal no ha tenido ocasión de considerar actos de tortura u otras violaciones de normas perentorias de Derecho internacional, y tales violaciones, según se reconoce, difieren del tipo de transgresiones del *ius dispositivum*, las normas derivadas de acuerdos internacionales o del Derecho internacional consuetudinario a las que el tribunal del *Amerada Hess* se enfrentaba. Sin embargo, el tribunal fue tan favorable en su pronunciamiento de 'que la inmunidad se garantiza en aquellos casos vinculados con la alegación de violaciones de Derecho internacional que no se encuentren dentro de las excepciones de la FSIA', *Amerada Hess*, 488 U.S. en 436, 109 S.Ct. en 688, y tan específico en su formulación y método de aproximación, id. en 439, 109 S.Ct. en 690 ('Habiendo determinado que el FSIA prevé las únicas bases para obtener jurisdicción sobre un Estado soberano ante un tribunal federal, volvemos a si cualquiera de las excepciones enumeradas en la Ley son de aplicación aquí'), que concluimos que si las violaciones de *ius cogens* cometidas fuera de los Estados Unidos han de ser excepciones a la inmunidad, el Congreso debe hacerlo así. El hecho de que haya habido una violación de *ius cogens* no les confiere jurisdicción bajo la FSIA'.

Se ha decidido también que cuando se presente una acción por daños contra agentes de un Estado extranjero por acciones llevadas a cabo por ellos en claro ejercicio de funciones gubernamentales, puedan reclamar inmunidad, a pesar de que las acciones sean ilegales. El Estado mismo, si es perseguido directamente por daños con respecto de sus acciones tendría derecho a la inmunidad y esta inmunidad se vería afectada si los daños fueran atribuibles a agentes y entonces el Estado estuviera obligado a indemnizarlos. En *Jaffe v. Miller* (1993) I.L.R. 446, los agentes gubernamentales fueron procesados por presentar falsos cargos criminales y por conspiración para el secuestro, y se estableció que tendrían

derecho para aducir inmunidad. Finlayson J.A., en la deliberación del juicio de la *Court of Appeal* de Ontario, establecía págs. 458-459:

«Estoy de acuerdo con el razonamiento del asunto propuesto por la defensa de los demandados. La defensa sostiene que conferir inmunidad a un departamento de gobierno de un Estado soberano pero negar inmunidad a los funcionarios, quienes en el curso de sus deberes ejecutaron los actos, convertiría la Ley de Inmunidad Estatal en ineficaz. Para evitar admitir su acción desligada de la base de la inmunidad estatal, un demandante tendría únicamente que perseguir a los funcionarios que ejecutaron los actos. En el caso de que el demandante ganara el juicio, el Estado extranjero tendría que responder indemnizando a sus funcionarios, de modo que, aunque por una vía indirecta, perdería la inmunidad conferida por la Ley. La defensa sostenía que cuando los funcionarios actuaran dentro del fin de sus deberes oficiales, como en el caso presente, entrarían dentro de la definición de 'Estado extranjero'».

En mi opinión, estas citas relativas a reclamaciones por daños contra Estados y agentes gubernamentales no sustentan la solicitud del Senador Pinochet de inmunidad frente a procedimientos penales en el Reino Unido, porque la inmunidad dada por la Parte I de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978 no se aplica a procedimientos penales.

La defensa del Senador Pinochet y de Chile establecía también que bajo las reglas de los tribunales de Derecho internacional se reconocía la inmunidad a un anterior jefe del Estado con relación a actos delictivos cometidos por él en el ejercicio de la autoridad gubernamental. En *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police* (1989) 102 I.L.R. 198 los Estados Unidos presentaron un procedimiento penal contra Ferdinand Marcos, anterior Presidente de Filipinas, y su esposa, que había sido Ministro en el Gobierno filipino. Se les acusaba de haber abusado de sus posiciones para apropiarse de fondos públicos y de obras de arte. Las autoridades de los Estados Unidos tuvieron asistencia legal por parte de las autoridades suizas para obtener documentos bancarios y de otro tipo para clarificar la naturaleza de ciertas transacciones que estaban sujetas a la investigación. El Sr. Marcos y su esposa invocaron inmunidad como anteriores gobernantes de un Estado extranjero. En su juicio el Tribunal Federal Suizo estableció en la pág. 30:

«La inmunidad en relación con los cargos que los apelantes disfrutaban antes, subsistiría para aquellos actos delictivos que se hubieran cometido durante el ejercicio de sus poderes en la República de Filipinas. Los procedimientos llevados contra ellos ante los tribunales estadounidenses podrían seguirse sólo como consecuen-

cia de una renuncia expresa por parte del Estado de Filipinas de la inmunidad que el Derecho internacional público les garantiza, no como una privilegio personal sino en beneficio del Estado sobre el que gobernaban».

El tribunal, por consiguiente, determinó que el Sr. y la Sra. Marcos no podían solicitar inmunidad en Suiza porque partía de un requerimiento expreso por parte de Filipinas. Sin embargo, observaría que en ese caso el Sr. y la Sra. Marcos no estaban acusados de violar una norma de Derecho internacional que hubiera adquirido el *status de ius cogens*.

La defensa incidía también en la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán *In re Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic* (sin publicar) de 10 de junio de 1997. En este caso el anterior embajador sirio en la República Democrática Alemana alegaba que no había logrado evitar que un grupo terrorista recogiera una bolsa con explosivos de la Embajada de Siria, y pocas horas más tarde los explosivos se utilizaban en una acción que se cobraba una persona muerta y veinte personas gravemente heridas. Tras la unificación alemana y la desaparición de la República Democrática Alemana en 1990, un tribunal de distrito de Berlín dictó un auto de procesamiento contra el anterior embajador por complicidad en el asesinato y la explosión. El Tribunal Provincial anuló el auto, pero el Tribunal de Apelación anuló la decisión del Tribunal Provincial y devolvió la validez al auto de procesamiento, estableciendo que «al demandado se le imputa haber contribuido a un atentado por omisión. No había hecho nada por evitar que los explosivos almacenados en la Embajada fueran retirados». El antiguo embajador entonces presentó un recurso de amparo reclamando que estaba titulado para recibir inmunidad diplomática.

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso y estableció que la obligación limitaba a la anterior República Democrática Alemana a reconocer la continuidad de la inmunidad del reclamante, de acuerdo con el art. 39(2) de la Convención de Viena, no se había transferido a la República Federal de Alemania por el Derecho internacional de sucesión estatal.

La defensa del Senador Pinochet y de Chile incide en el siguiente pasaje del juicio del Tribunal Constitucional:

«Para la categorización de un acto como oficial, es irrelevante si la conducta es legal de acuerdo con el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania [véase *supra* B.II.2.a)bb)] y si cumplía funciones diplomáticas en el sentido del art. 3 de la VCDR (véase también la posición adoptada por el Departamento de Política Federal (suizo) el 12 de mayo

(82) 1961, *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht* (SJIR) 21 (1964) pág. 71; sin embargo, una posición diferente se adoptó por el Departamento Político Federal el 31 de enero de 1979, reproducido en SJIR 36 (1980), pág. 210 a 211 f.). La comisión de actos delictivos no simplemente concierne a las funciones de la misión. Si un acto delictivo nunca se considera como oficial, no habría substancia para mantener la inmunidad.

«Por añadidura, no hay aquí ninguna excepción relevante del Derecho internacional consuetudinario de la inmunidad diplomática (véase el Preámbulo al VCDR, 5º parágrafo)...

«La inmunidad diplomática frente al procedimiento penal básicamente no conoce excepción especialmente respecto a serias violaciones legales. El diplomático en tales situaciones sólo puede ser declarado *persona non grata*».

Sin embargo, conviene retener dos ulteriores partes de la sentencia. Primero, se señala que los explosivos se dejaron en la embajada estando el embajador ausente, su implicación comenzó después que los explosivos hubiesen sido depositados en la Embajada. El informe establece:

«La investigación efectuada por la Oficina del Acusador Público concluyó que el ataque con bomba fue planeado y efectuado por un grupo terrorista. El Estado del demandante había instruido, mediante un telegrama, a su Embajada en Berlín Este para que facilitara toda asistencia al grupo. A mediados de agosto de 1983 un miembro del grupo terrorista apareció en la Embajada mientras el acusado estaba ausente y solicitó permiso al tercer secretario para depositar una bolsa en la Embajada. A la vista del telegrama, que conocía, el tercer secretario facilitó el permiso.

«Después, el miembro del grupo terrorista volvió a la Embajada y pidió al tercer secretario que transportara la bolsa para él a Berlín Oeste en un coche de la Embajada. Al mismo tiempo, reveló que había explosivos en el coche. El tercer secretario informó al demandante de la petición. El demandante, primero, ordenó al tercer secretario que le llevara el telegrama, para leer de nuevo del texto, y entonces decidió que el tercer secretario podía negarse al transporte. Después el tercer secretario volvió e informó al terrorista de esto, el terrorista tomó la bolsa, abandonó la Embajada y condujo el explosivo de forma desconocida hacia Berlín Oeste».

Parece que el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta estos hechos al establecer:

«El demandante actuó en el ejercicio de sus funciones oficiales como miembro de una misión, de acuerdo con el significado del art. 39(2) (2) de la VCDR, por lo que se le imputa una omisión que recae dentro de la esfera de su responsabilidad como embajador, y que es, en tal medida, atribuible al Estado que representaba.

«Se acusó al demandante de no hacer nada relevante para evitar la recogida de los explosivos. El Tribunal de Apelación apreció la obligación, con relación a los objetos abandonados en la Embajada, debido a la responsabilidad oficial del demandante, como jefe de la misión. Después de que se dejara el explosivo en la Embajada y, en consecuencia, dentro la esfera del control y responsabilidad del demandante, estaba obligado, dentro del entramado de sus funciones oficiales, a decidir en qué forma el explosivo le implicaba. El demandante adoptó la decisión, aparentemente sobre la base de las instrucciones telegáficas del Estado remitir, de que no eran discernibles intereses privados (de acuerdo a la clasificación de actividades sobre la base de instrucciones véase *'Bingham in McNair', International Law Opinions*, Vol. 1, 1956, págs. 196 y 197; Denza, *Diplomatic Law*, 1976, pág. 249 s.; Salmon, *Manuel de Droit Diplomatique*, 1994, pág. 458 ss.). En lugar de esto, el demandante respondió al tercer secretario directamente, en su posición como oficial superior, y, de acuerdo con la opinión del Tribunal de Apelación, adoptó la mejor solución para la Embajada».

Además, el Tribunal Constitucional estableció que las normas de Derecho Diplomático constituyen un régimen autorreferencial y derivó a una distinción entre la inmunidad de un diplomático y la inmunidad de un Jefe de Estado o agente del gobierno y estableció:

«El art. 7 de la carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (UNTS. Vol 82, p.279) [7] y a continuación el art. 7 (2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia (ILM 32 (1993), p. 1192), así como el art. 6(2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ILM 33 (1994), p. 1602) establecían que la posición oficial de un acusado, ya fuera como jefe de un Estado o como oficial responsable en un Departamento ministerial, no serviría para liberarle de responsabilidad o mitigar el castigo. Las excepciones a la inmunidad para casos de crímenes de guerra, violaciones del Derecho internacional y las ofensas contra el *ius cogens* conforme al Derecho internacional se habían discutido como desarrollo de esta norma... Sin embargo, como la letra del art. 7 de la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg deja claro, estas excepciones son sólo relevantes con

respecto al Derecho aplicable de los órganos del Estado que emana directamente de él, en particular para miembros del Gobierno, y no para la inmunidad diplomática.

«La inmunidad estatal y la inmunidad diplomática representan dos instituciones diferentes de Derecho internacional, cada una con sus propias reglas, de modo que no puede inferirse nada de las restricciones en una esfera sobre los posibles efectos en la otra».

En consecuencia, considero que el pasaje en el juicio citado por la defensa no ofrece apoyo al argumento de que los actos de tortura, aunque criminales, puedan contemplarse como funciones de un Jefe de Estado.

En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas afirmaba: «Los principios de Derecho internacional recogidos por la carta del Tribunal de Nuremberg y el juicio del Tribunal» y dio la siguiente directriz a su Comisión de Derecho Internacional:

«Esta Comisión para la codificación del Derecho internacional se crea por resolución de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946, para tratar como materia de primordial importancia los planes para la formulación, en el contexto de una codificación general, de los atentados contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un código penal internacional, de los principios reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia del Tribunal».

Siguiendo esta directriz, el Informe de 1950 de la Comisión de la Asamblea General estableció el siguiente principio seguido del comentario contenido en el párrafo 103:

«El hecho de que una persona que cometió un acto que constituye un delito conforme al Derecho internacional actuara como Jefe de Estado o agente gubernamental responsable no le exime de responsabilidad bajo el Derecho internacional.

«103. Este principio se basa en el art. 7 de la Carta del Tribunal de Nuremberg. De acuerdo con la Carta y el juicio, el hecho de que un individuo actúe como Jefe de Estado o agente gubernamental responsable no le exime de su responsabilidad internacional. 'El principio de Derecho internacional que, conforme a ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado', sostuvo el Tribunal, 'no puede aplicarse a actos que son considerados criminales por el Derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse en su posición oficial para librarse del castigo...' La misma idea se expresaba también en el siguiente pasaje de los considerandos: 'Aquel que viole las

leyes bélicas no puede obtener inmunidad al actuar siguiendo la autoridad del Estado al autorizar una acción que queda fuera su competencia conforme al Derecho internacional.

La Comisión de Derecho internacional en 1954 hizo un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad que establecía en su artículo 3°:

«El hecho de que una persona actúe como Jefe de Estado o como agente gubernamental responsable no le exime de responsabilidad por cometer ninguno de los delitos definidos en el código»

El Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia establecido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en 1993 para la persecución de personas responsables de serias violaciones del Derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 establecía en su art. 7 párrafo 2:

«La posición oficial de cualquier persona acusada, ya sea como jefe del Estado ya como agente gubernamental responsable, no repercutirá en la responsabilidad penal de tal persona ni mitigará su castigo»

El Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda establecido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en 1994 para la persecución de personas responsables del genocidio y de otras serias violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda en 1994 establecía en el art. 6 párrafo 2:

«La posición oficial de cualquier persona acusada, ya sea como Jefe de Estado o como agente gubernamental responsable, no repercutirá en la responsabilidad penal de tal persona ni mitigará su castigo»

El proyecto de 1996 de código de la Comisión de Derecho Internacional de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad establecía en el art. 7:

«La posición oficial de un individuo que comete un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso actuando como Jefe de Estado o como agente gubernamental responsable no repercutirá en la responsabilidad penal de tal persona ni mitigará su castigo»

En julio de 1998 en Roma la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional adoptó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional. El preámbulo del Estatuto establecía (*inter alia*):

«Conscientes de que durante este siglo millones de niños, mujeres y hombres han sido

víctimas de inimaginables atrocidades que impactaron profundamente en la conciencia de la humanidad,

«Reconociendo que estos graves delitos afectan a la paz, seguridad y bienestar del mundo,

«Afirmando que los delitos más serios afectan a la comunidad internacional en su conjunto no deben de quedar impunes y debe asegurarse su efectiva persecución adoptando medidas a nivel nacional y mediante la cooperación internacional,

«Determinada a poner fin a la impunidad para los que cometieron estos delitos y así contribuir a la prevención de tales delitos,

«Determinada para estos fines y por el bien de las generaciones presentes y futuras, a establecer un Tribunal Penal Internacional permanente e independiente vinculado al sistema de las Naciones Unidas, con jurisdicción sobre los delitos más graves que afecten a la comunidad internacional en su conjunto.

«Enfatizando que el Tribunal Penal Internacional establecido bajo este Estatuto será complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

«Resueltos a garantizar el respeto para reforzar de la justicia internacional,

«Ha resuelto:»

El art. 5 del Estatuto prevé que la jurisdicción del Tribunal se limitará a los delitos más graves que afecten a la comunidad internacional en su conjunto que incluye crímenes contra la humanidad. El art. 7 establece que «crimen contra la humanidad» significa un número de actos que incluyen asesinatos y torturas cuando se cometen como parte de un amplio o sistemático atentado dirigido contra la población civil, con conocimiento del mismo.

El artículo 27 prevé:

«1. Este Estatuto se aplicará por igual a todas las personas sin distinción alguna basada en su competencia oficial. En particular, las funciones oficiales de un jefe del Estado, un miembro del gobierno o Parlamento, un representante electo o un agente gubernamental no supondrán exención de la responsabilidad penal de una persona de conformidad con este Estatuto, no constituirán base para la reducción de la pena.

«2. La inmunidades o normas procesales especiales que puedan vincularse a las funciones oficiales de una persona, tanto según el

Derecho nacional o internacional, no supondrán obstáculo para que el tribunal ejerza su jurisdicción sobre tal persona»

En consecuencia, desde el final de la segunda guerra mundial resultaba claro el reconocimiento por la comunidad internacional de que ciertos delitos son tan graves y tan inhumanos que constituyen delitos contra el Derecho internacional y que la comunidad internacional tiene el deber de llevar ante la justicia a la persona que haya cometido tales delitos. La tortura ha sido reconocida como un delito. El Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes («la Convención contra la Tortura»), que ha sido ratificada por el Reino Unido, España y Chile y por cerca de un centenar de naciones, establece:

«Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo;

«Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana;

«Considerando que la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales;

«Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;

«Teniendo en cuenta, asimismo, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975;

«Descando hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en todo el mundo,

«Han convenido en lo siguiente:»

El artículo 1 define la «tortura» como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con las finalidades especificadas en el artículo tales como castigarla, intimidarla, u obtener información o una confesión, y dicho daño o sufrimiento es infligido «por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones pú-

blicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

La Convención contiene un número de artículos dedicados a tomar medidas más eficaces contra los agentes públicos que cometan actos de tortura. En su manual sobre la Convención, Burgers y Danelius escriben en la pág. 1:

«Es conveniente corregir desde el principio una extendida equivocación acerca del objetivo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984. Mucha gente considera que la principal finalidad de la Convención es erradicar la tortura u otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante. Esta asunción no es correcta puesto que implicaría que la prohibición de estas prácticas se establece conforme al Derecho internacional sólo por la Convención y que esta prohibición vinculará como norma de Derecho internacional sólo a aquellos Estados que sean partes de la Convención. Por el contrario, la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas arriba mencionadas eran prácticas ya proscritas por el Derecho internacional. El fin principal de la Convención es reforzar la prohibición existente de tales prácticas mediante cierto número de medidas de apoyo»

Dado que sus Lores mantienen que no existe jurisdicción para extraditar al Senador Pinochet por actos de tortura anteriores al 29 de septiembre de 1988, que es la fecha en que la Sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988 entró en vigor, es innecesario decidir si la tortura era un delito de Derecho internacional antes de esa fecha, pero yo mantengo la opinión de que los actos de tortura eran claramente delitos contra el Derecho internacional y que la prohibición de tales prácticas había adquirido el *status de ius cogens* en esa fecha.

Los apelantes aceptaban que ante los tribunales ingleses un Jefe de Estado en activo ostenta (*ratione personae*) inmunidad con respecto de actos de tortura que hubieran cometido. Burgers y Danelius, refiriéndose a la obligación de un Estado parte de la Convención para establecer su jurisdicción sobre delitos de tortura, reconocen que pueden existir algunas inmunidades especiales con respecto de actos de tortura y consideran en la pág. 131:

«Conforme al Derecho internacional o nacional, pueden existir ciertas excepciones a esta regla, p.ej. con relación a diplomáticos extranjeros, tropas extranjeras, miembros del Parlamento u otras categorías que se beneficien de inmunidades especiales, y tales inmunidades pueden aceptarse en tanto se apliquen a actos delictivos en general y no sean indebidamente extensas.»

Es también relevante notar que el art. 98 del Estatuto de Roma estableciendo el Tribunal Penal Internacional prevé que:

«El tribunal no puede proceder con un requerimiento de renuncia o asistencia que requiriera del Estado afectado actuar de manera inconsistente con sus obligaciones de acuerdo con el Derecho internacional respecto a la inmunidad estatal o diplomática de una persona o propiedad de un tercer Estado, a menos que el tribunal obtuviera primero la cooperación de ese tercer Estado para renunciar a la inmunidad»

Pero el asunto en el presente caso es si el Senador Pinochet, como anterior Jefe de Estado, puede reclamar inmunidad (*ratione materiae*) sobre la base de que los actos de tortura cometidos por él mientras fue jefe del Estado fueron realizados por él en el ejercicio de sus funciones como tal. En mi opinión no está facultado para reclamar tal inmunidad. La Convención contra la tortura deja claro que ningún Estado puede tolerar la tortura por sus agentes públicos o por personas que actúen con poderes oficiales y el artículo 2 requiere que:

«1. Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas o judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción.»

El artículo 2 añade:

«2. En ningún caso, podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o la amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.»

El artículo 4 prevé:

«1. Todo Estado parte velará para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituyan complicidad o participación en la tortura.»

«2. Todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad»

El artículo 7:

«1. El Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.»

No acepto el argumento avanzado por el abogado en favor del Senador Pinochet de que las previsiones de la Convención se hicieron para permitir a una jurisdicción estatal perseguir a un agente público de otro Estado en el caso de que el Estado decidiera renunciar a la inmunidad estatal. Considero que el claro intento de las previsiones es que un agente de un Estado que ha cometido tortura pueda ser perseguido si se encuentra en otro Estado.

En consecuencia, a la vista de las previsiones de la Convención contra la Tortura, no considero que el Senador Pinochet pueda reclamar que la comisión de actos de tortura después de 29 de septiembre de 1988 tuvieran la consideración funciones de la jefatura del Estado. Los imputados actos de tortura del Senador Pinochet se llevaron a cabo con la cobertura de su posición como jefe del Estado, pero no pueden contemplarse como funciones de un Jefe de Estado conforme al Derecho internacional, cuando el Derecho internacional expresamente prohíbe la tortura como medida que un Estado pueda emplear en cualquier circunstancia, y lo ha convertido en delito internacional. Es relevante observar que en 1996 el gobierno militar de Chile informaba a un grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre violaciones de derechos en Chile de que la tortura estaba incondicionalmente prohibida en Chile, que la prohibición constitucional contra la tortura era plenamente vinculante y que

«Resulta, por consiguiente, claro que la práctica de infligir ilegal maltrato no ha sido instituida en nuestro país como resulta de la resolución (una resolución crítica de las Naciones Unidas hacia Chile) y que tal maltrato no resulta tolerable; por el contrario, existe un serio, comprensivo y coherente cuerpo de disposiciones para prevenir esa posibilidad de maltrato y para castigar a los responsables de cualquier tipo de abuso».

Es también relevante notar que en su alegación oral a favor de Chile el Dr. Lawrence Collins Q.C. consideraba que:

«El Gobierno de Chile, varios de cuyos miembros actuales estuvieron en prisión o en el exilio durante estos años, deplora el hecho de que las autoridades gubernamentales del período de la dictadura cometieran las mayores violaciones de los derechos humanos en Chile. Esto reafirma su compromiso con los derechos humanos, incluyendo la prohibición de la tortura».

En sus alegaciones escritas (que fueron repetidas por el Dr. Collins en sus alegaciones orales) Chile consideró que:

«La República interviene para asegurar su propio interés y su derecho para que estas materias sean resueltas en Chile. El presupuesto

de la intervención no es defender las acciones del Senador Pinochet mientras fue Jefe de Estado. Tampoco es nuestro propósito impedir que sea investigado y juzgado por ningún delito que se le impute mientras estaba en el cargo, siempre que tal investigación y juicio tenga lugar ante la única jurisdicción apropiada, esto es, la de Chile. El gobierno democráticamente elegido de la República de Chile mantiene el compromiso de la República, de acuerdo con los acuerdos internacionales, de mantener y promover los derechos humanos. La posición del Gobierno chileno sobre la inmunidad no se intenta sobre la base de un privilegio personal del Senador Pinochet, sino para defender la soberanía nacional chilena, de acuerdo con los principios generalmente aceptados de Derecho internacional. Su súplica, en consecuencia, no es la absolución del Senador Pinochet de su responsabilidad en Chile si los actos alegados contra él resultaran probados.»

Mis Lores, la posición adoptada por el Gobierno de Chile democráticamente elegido de que desea defender la soberanía nacional chilena y considera que cualquier investigación y juicio del Senador Pinochet debería tener lugar en Chile es comprensible. Pero en mi opinión no es esa la cuestión planteada ante sus Lores; la cuestión es si la comisión de actos de tortura cometidos con posterioridad al 29 de septiembre de 1988 fue una función del Jefe de Estado de Chile según el Derecho internacional. Por las razones que he dado considero que no.

El artículo 32(2) de la Convención de Viena recogido en el Protocolo I a la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964, prevé que: «la renuncia ha de ser siempre expresa». Considero, al respecto, que la conclusión de que después del 29 de septiembre de 1988 la comisión de actos de tortura no era, conforme al Derecho internacional, una función de un Jefe de Estado de Chile no implica que Chile tenga implícitamente que renunciar a la inmunidad de un anterior jefe del Estado. Mi conclusión de que el Senador Pinochet no tiene derecho a obtener la inmunidad, se basa en la opinión de que la comisión de actos de tortura no es una función de un Jefe de Estado, y en consecuencia en este caso la inmunidad a la que el Senador Pinochet tiene derecho como anterior Jefe de Estado no se establece, ni puede vincularse, con actos de tortura.

Un cierto número de instrumentos internacionales define el crimen contra la humanidad como aquél que se ha cometido a gran escala. El artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 prevé que:

«Un crimen contra la humanidad significa alguno de los siguientes actos, cuando son cometidos de manera sistemática a gran escala o instigados o dirigidos por un gobierno o por una organización o grupo:

Asesinato;  
Exterminio;  
Tortura...»

Y el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998 del Tribunal Penal Internacional prevé:

«A los efectos de este Estatuto, 'crimen contra la humanidad' significa uno de los siguientes actos cuando son cometidos como parte de un plan extendido o un atentado sistemático dirigido contra cualquier población civil, con conocimiento del atentado:

Asesinato;  
Exterminio;  
.....  
(f) Tortura  
.....»

Sin embargo, el artículo 4 de la Convención contra la Tortura prevé que:

«Cada Estado parte velará para que *todos* los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal»(cursiva añadida).

Por ello considero que un simple acto de tortura ejecutado o instigado por un agente público u otra persona actuando con poder oficial constituye un delito contra el Derecho internacional, y que la tortura no llega a ser un delito internacional sólo cuando es cometida o instigada a gran escala. En consecuencia, mantengo la opinión de que el Senador Pinochet no puede afirmar que un solo acto de tortura o un pequeño número de actos de tortura ejecutados por él no constituyen delitos internacionales y no constituyen actos cometidos fuera del ámbito de sus funciones como jefe del Estado.

Por las razones dadas por *Oppenheim* en la pág. 545, que he citado en la primera parte de esta intervención, considero que, conforme al Derecho internacional, Chile es responsable de los actos de tortura ejecutados por el Senador Pinochet, pero podría reclamar inmunidad estatal si fuera perseguido por daños por tales actos ante un tribunal en el Reino Unido. El Senador Pinochet podría también reclamar inmunidad si fuera perseguido en procedimientos civiles por daños conforme al principio establecido en *Jaffe v. Miller*. Pero soy de la opinión de que no hay inconsistencia entre el derecho de Chile y del Senador Pinochet para reclamar inmunidad si es perseguido en procedimientos civiles por daños y la carencia de título del Senador Pinochet para solicitar inmunidad en procedimientos penales contra la tortura seguidos

contra él personalmente. La distinción entre la responsabilidad del Estado por actos impropios y desautorizados de un agente oficial fuera del objetivo de sus funciones y la responsabilidad individual de ese agente en procedimientos penales se reconoce en el art. 4 y el comentario al respecto en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de 1996:

«*Responsabilidad de Estados*

El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de individuos por delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad es sin perjuicio de cualquier cuestión de responsabilidad de Estados de acuerdo con el Derecho internacional.

«*Comentario*

(1) Aunque, como deja claro el art. 2, el presente Código se refiere a materias relativas a la responsabilidad de individuos por delitos establecidos en la Parte II, es posible, probable en verdad, como apunta el comentario al art. 2, que un individuo pueda cometer un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad como un 'agente del Estado', 'a favor del Estado', 'en el nombre del Estado' o incluso en una relación *de facto* con el Estado, sin estar investidos de ningún poder legal.

(2) La cláusula 'sin perjuicio' contenida en el artículo 4 indica que el presente Código es sin perjuicio de una cuestión de responsabilidad de un Estado conforme al Derecho internacional por un delito cometido por uno de sus agentes. Tal como la Comisión ya había subrayado en el comentario al art. 19 del Proyecto sobre responsabilidad, el castigo de individuos que son órganos del Estado 'ciertamente no agota la persecución de la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por actos internacionalmente erróneos que se atribuyen a él en tales casos por razón de la conducta de sus órganos'. El Estado puede así permanecer responsable y ser incapaz de exonerarse él mismo por la responsabilidad al invocar la persecución o castigo de los individuos que cometieron el delito.»

En consecuencia, por las razones que he dado mantengo la opinión de que el Senador Pinochet no está legitimado para pedir la inmunidad en el procedimiento de extradición con respecto a la conspiración para torturar y actos de tortura que se hayan alegado haber sido cometidos después de septiembre de 1988 y con ese alcance solicito la apelación. Sin embargo, estoy de acuerdo con Lord Browne-Wilkinson, en que el Secretario de Estado habrá de reconsiderar su decisión, según la sección 7 de la Ley de Extradición de 1989 a la luz

del cambio de circunstancias derivadas de la decisión de sus Lores.

## LORD SAVILLE OF NEWDIGATE

Mis Lores,

En este caso el Gobierno de España solicita la extradición del Senador Pinochet (antiguo Jefe de Estado de Chile) para iniciar un procedimiento en España por un cierto número de delitos imputados. En esta apelación hemos de considerar dos cuestiones.

El Senador Pinochet puede sólo ser extraditado por lo que en la Ley de Extradición de 1989 se denomina delito de extradición. Así, la primera cuestión legal es si alguno de los delitos de los que se le acusa en España constituye delito de extradición conforme a la Ley.

Para esto, estoy de acuerdo con el razonamiento y conclusiones de mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson. También estoy de acuerdo con las razones dadas por mi noble y docto amigo Lord Hope of Craighead en su alocución al concluir que sólo unas pocas alegaciones que identifica, cuentan como delitos de extradición.

Estos delitos de extradición, todos relativos a los que el Senador Pinochet se afirma realizó mientras era Jefe de Estado de Chile. La segunda cuestión legal es si, con respecto a estos delitos de extradición, el Senador Pinochet puede oponerse al procedimiento de extradición sobre la base de que disfruta de inmunidad frente a estos procedimientos.

En general, según el Derecho internacional consuetudinario los Jefes de Estado en activo disfrutan de inmunidad frente a procedimientos penales en otros países en virtud del cargo que ejercen. Esta forma de inmunidad se conoce como inmunidad *ratione personae*. Cubre toda conducta del Jefe del Estado en tanto la persona permanece en el cargo y supone que no hay distinción entre lo que el Jefe del Estado hace en ejercicio de su cargo (es decir lo que hace como Jefe de Estado para fines estatales) y lo que hace en su ámbito privado.

Los antiguos Jefes de Estado no disfrutaban esta forma de inmunidad. Sin embargo, en general bajo el Derecho internacional consuetudinario un antiguo Jefe de Estado disfruta de inmunidad en países extranjeros con respecto a lo que ha sido su actividad oficial como Jefe del Estado. Esta forma de inmunidad se conoce como inmunidad *ratione materiae*.

Estas inmunidades pertenecen no al individuo sino al Estado en cuestión. Existen para proteger la soberanía del Estado de interferencias por parte de

otros Estados. Pueden, desde luego, modificarse o suprimirse por acuerdo entre Estados o renunciar a ellas el Estado en cuestión.

En mi opinión, el efecto de la Sección 20(1)(a) de la Ley de inmunidad de 1978 es dar fuerza legal a estas inmunidades de Derecho internacional.

Las alegaciones relevantes contra el Senador Pinochet concernientes no a sus actividades privadas sino a lo que se afirma realizó dentro de su capacidad oficial cuando era Jefe de Estado de Chile. Se acepta que los procedimientos de extradición contra él, son procedimientos penales. Se desprende que, a menos de que exista, mediante acuerdo u otro medio, cualquier cualificación relevante o excepción a la norma general de inmunidad *ratione materiae*, el Senador Pinochet es inmune en este proceso de extradición.

La única posible excepción o cualificación relevante dadas las circunstancias de este caso es la relativa a la tortura.

No estoy seguro de que antes de la Convención contra la Tortura existiera tal cualificación o excepción. Aunque el sistemático o extendido uso de la tortura fuera universalmente condenado como delito internacional, no se deriva de ello que un antiguo Jefe de Estado, quien como Jefe del Estado utiliza la tortura con fines estatales, pudiera, conforme al Derecho internacional, ser perseguido por tortura en otros países en los que previamente conforme a Derecho tendría que disfrutar de inmunidad *ratione materiae*.

La Convención contra la Tortura establece un esquema según el cual cada Estado parte estaría, en efecto, obligado ya a extraditar a supuestos torturadores hallados dentro de su jurisdicción, ya a referir el caso a las autoridades adecuadas para iniciar su persecución. De este modo, entre los Estados parte de la Convención, existe ahora el acuerdo de que cada Estado parte establecerá y dispondrá de esta jurisdicción sobre torturas alegadas por otros Estados miembros.

Este país ha establecido esta jurisdicción a través de una combinación de la Sección 134 de la Ley de la Administración de Justicia de 1988 y la Ley de Extradición de 1989. Ratificó la Convención contra la Tortura el 8 de diciembre de 1988. La ratificación de Chile tuvo lugar el 30 de octubre de 1988 y la de España justo un año antes.

Es importante retener que la Convención se aplica (y sólo se aplica) a cualquier acto de tortura «infligido por o por instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de un agente público u otra persona que actúe con capacidad oficial». Esto cubre lo que puede describirse como tortura oficial y debe incluir, en consecuencia, que se efectúe para fines estatales. Las palabras utilizadas son lo

suficientemente amplias como cubrir no sólo a los agentes públicos o personas que actúen con capacidad oficial cuando ellos mismos infligian tortura sino también (cuando existe tortura) aquéllos que ordenan a otros torturar o que conspiran con otros para torturar.

De aquí se desprende, en consecuencia, que un Jefe de Estado, que por razones de Estado recurre a la tortura, sería una persona que actuara con capacidad oficial de acuerdo con el significado de esta Convención. En mi mente el primer ejemplo sería el de un torturador oficial.

No se deriva de esto que la inmunidad de que disfruta un Jefe de Estado en activo, que está enteramente desvinculada de si actúa o no con capacidad oficial, haya de levantarse en casos de tortura. En mi opinión no, puesto que la inmunidad *ratione personae* se vincula al oficio y no a la particular conducta de su detentador oficial.

Por otra parte, la inmunidad de un antiguo Jefe del Estado se vincula a su conducta mientras está en el cargo y está completamente ligada a lo que hizo de acuerdo con su competencia oficial.

Por tanto, por lo que se refiere a los Estados que son partes de la Convención, no puedo ver cómo, por lo que se refiere a la tortura, esta inmunidad puede mantenerse de forma consistente con los términos de esa Convención. Cada Estado ha mostrado su acuerdo a que otros Estados parte puedan ejercer jurisdicción sobre torturas oficiales imputadas que han tenido lugar dentro de sus territorios, extraditándolos o transfiriéndolos para su procesamiento a sus propias autoridades; y así en mi mente difícilmente puede simultáneamente reclamarse inmunidad para la extradición o procesamiento si está necesariamente basada en la naturaleza oficial de la supuesta tortura.

Desde el 8 de diciembre de 1988 Chile, España y este país se han convertido en partes de la Convención contra la Tortura. En lo que concierne al menos a estos países me parece que desde esa fecha estos Estados partes han acordado entre ellos que la inmunidad *ratione materiae* de sus anteriores Jefes de Estado no puede alegarse en caso de supuesta tortura oficial. En otras palabras, por lo que se refiere a las alegaciones de tortura legal contra el Senador Pinochet, existe ahora, en virtud de este acuerdo, una excepción o cualificación con respecto a la regla general de inmunidad *ratione materiae*.

No llego a esta conclusión introduciendo nuevos términos en la Convención contra la tortura, sino simplemente aplicando sus términos expresos. Un antiguo Jefe de Estado del que se alega recurrió a la tortura para fines estatales, recae, en mi opinión, clara y rotundamente dentro de esos términos y sobre esta base ha de abordarse. En efecto,

parece que son aquellos que querrían remover a los supuestos torturadores oficiales de la maquinaria de la Convención quienes hubieran tenido que asegurar mediante claros términos en la misma que se consideraría inaplicable a un antiguo Jefe de Estado, a pesar de haber sido descrito con propiedad como persona «actuando en el ejercicio de sus funciones».

No puedo ver ninguna base válida para semejante aserto. Se dice que si se hubiera intentado suprimir la inmunidad por supuestas torturas oficiales de anteriores Jefes de Estado, inevitablemente habría tenido que discutirse durante las negociaciones del tratado. No estoy persuadido de que la aparente ausencia de tales discusiones tenga un ulterior significado. Si hubo Estados que desearan preservar tal inmunidad frente a la condena universal de la tortura oficial, quizás no resulte sorprendente que se mantuvieran pacíficos en este punto.

Afirmo también que cualquier renuncia por los Estados a las inmunidades ha de ser expresa, o al menos unívoca. No disiento de esto como proposición general, pero me parece que los términos expresos y unívocos de la Convención contra la Tortura cubren tal requerimiento. En mi opinión estos términos demuestran que los Estados que se han convertido en parte han acordado claramente y sin ambigüedad que la tortura oficial abriría un camino que en otras circunstancias significaría una interferencia en su soberanía.

Por las mismas razones me parece que los argumentos más amplios basados en la Ley del Estado o no justificabilidad deben de ceder igualmente, puesto que son igualmente inconsistentes con los términos de la Convención acordada por los Estados parte.

En consecuencia, acojo esta apelación con el alcance necesario para permitir que continúe el procedimiento de extradición con respecto a los delitos de tortura y (donde se pruebe la supuesta tortura) de conspiración para la tortura, supuestamente cometidos por el Senador Pinochet después del 8 de diciembre de 1988. Añadiría que estoy de acuerdo con lo que mi noble y docto amigo Lord Hope of Craighead ha alegado al final de su alocución con respecto a la necesidad de que el Secretario de Estado reconsidere su decisión y (si se renueva la autorización para proceder) la muy cuidadosa atención que el magistrado debe prestar a la información recibida.

#### LORD MILLET

Mis Lores,

He tenido la ventaja de leer el borrador del discurso de mi noble y docto amigo, Lord Browne-

Wilkinson, y, salvo en una cuestión, estoy de acuerdo con su razonamiento y conclusiones. Puesto que el único aspecto en el que difiero es de profunda importancia para la resolución de esta apelación, propongo efectuar mi propia argumentación con mayor extensión de lo que en otro caso hubiera hecho.

La inmunidad estatal no es un derecho personal. Es un atributo de la soberanía del Estado. La inmunidad que está en cuestión en el presente caso, en consecuencia, pertenece a la República de Chile, no al Senador Pinochet. El Estado puede asegurarla o suprimirla, pero si se suprime por tratado o convención la renuncia ha de ser expresa. En esto no hay disputa.

La doctrina de la inmunidad del Estado es el producto de la clásica teoría del Derecho internacional. Ésta supone que los Estados serían los únicos actores en el plano internacional; los derechos de los individuos no estarían sujetos al Derecho internacional. Los Estados serían soberanos e iguales: de ahí se deriva que un Estado no podría ser procesado ante los tribunales nacionales de otro; *par in parem non habet imperium*. Los Estados han de abstenerse de interferir en los asuntos internos de otro. El Derecho internacional no se ve afectado por la forma en la que un Estado soberano trata a sus nacionales dentro de su propio territorio. Es un cliché del Derecho internacional moderno que la teoría clásica ya no permanece sin adular. La idea de que los individuos que cometen delitos reconocidos como tales por el Derecho internacional pueden ser internacionalmente perseguibles por sus acciones es ahora una doctrina aceptada dentro del Derecho internacional. La adopción por las más importantes jurisdicciones de la teoría restrictiva del Derecho internacional, asumida por el Derecho inglés en la Parte I de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978, ha contribuido en buena medida a la doctrina de que la jurisdicción nacional pueda resolver procedimientos civiles contra Estados extranjeros. Lo que han de decidir sus Lores es si ha tenido lugar un desarrollo paralelo, aunque en algunos aspectos opuesto, como para restringir la capacidad de la inmunidad del Estado ante la jurisdicción penal de tribunales nacionales.

El Derecho internacional reconoce dos tipos de inmunidad; la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Son bastante diferentes y responden a diferentes razones.

La inmunidad *ratione personae* es una inmunidad de *status*. Un individuo que disfruta su protección lo hace a causa de su rango oficial. Se beneficia de ella sólo mientras ostenta su cargo. Mientras lo ostenta disfruta de inmunidad absoluta ante la jurisdicción civil y penal de los tribunales nacionales y de los Estados extranjeros. Pero esto

sólo es posible concebirlo de forma estricta. Está destinada a cubrir a los Jefes de Estado y a los jefes de las misiones diplomáticas, sus familiares y personas a su servicio. No puede invocarse para jefes de gobierno en activo que no sean también Jefes de Estado, comandantes militares y los encargados de las fuerzas de seguridad, o sus subordinados. Habría sido aplicable para Hitler, pero no para Mussolini o Tojo. Esto se refleja en el Derecho inglés en la Sección 20(1) de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978, que introduce el Derecho internacional consuetudinario y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961).

La inmunidad de un Jefe de Estado se disfruta en razón de su *status* especial como detentador del más alto cargo estatal. Se contempla como la personificación del propio Estado. Sería una afrenta a la dignidad y a la soberanía del Estado que él personifica y una negación de la igualdad de los Estados soberanos someterle a la jurisdicción de la jurisdicción nacional de otro Estado, ya se tratara de sus actos públicos o de sus asuntos privados. Su persona es inviolable; no es susceptible de ser arrestado o detenido bajo ningún concepto. La jefatura de una misión diplomática representa a su Jefe de Estado y por tanto personifica al Estado remitido en el territorio del Estado que le recibe. Mientras permanezca en el cargo tiene derecho a la misma inmunidad absoluta que su Jefe de Estado tanto en relación con los asuntos públicos como con los privados.

Esta inmunidad no constituye el asunto del presente caso. El Senador Pinochet no es un Jefe de Estado en activo. Si lo fuera, no podría ser extraditado. Sería una intolerable afrenta para la República de Chile arrestarle o detenerle.

La inmunidad *ratione materiae* es muy diferente. Es una cuestión de inmunidad material. Opera para prevenir que los actos oficiales y de gobierno de un Estado puedan ser puestos en cuestión ante los tribunales de otro, y sólo incidentalmente confiere inmunidad al individuo. Se trata, en consecuencia, de otra inmunidad de carácter restrictivo, pero más ampliamente aplicable. Se aplica a Jefes de Estado y a jefes de misiones diplomáticas, y a cualquiera cuya conducta en el ejercicio de la autoridad del Estado sea después puesta en cuestión, la haya actuado como jefe de gobierno, ministro, comandante militar o jefe de policía o agente público subordinado. La inmunidad es la misma cualquiera que sea el rango del agente oficial. Ésta es también la base común. Es una inmunidad ante la jurisdicción civil o penal de los tribunales nacionales extranjeros pero con respecto a actos oficiales o de gobierno. El ejercicio de autoridad por parte de las fuerzas militares y de seguridad del Estado es el ejemplo paradigmático de tal conducta. La inmunidad encuentra su razón de ser en la igualdad de los Estados soberanos y en la doctrina de la

no interferencia en los asuntos internos de otros Estados. Véase *Brunswick v. King of Hanover* (1848) 2 H.L.Cas.1; *Hacht v. Baez* (1876) 7 Hun. 596 U.S.; *Underhill v. Hernandez* (1897) 168 U.S. 456. En ellos se establecía que los tribunales de un Estado no pueden sentarse a juzgar sobre los actos soberanos de otro. La inmunidad algunas veces se justifica también en la necesidad de prevenir al Jefe de Estado en activo o a un diplomático de inhibirse en el ejercicio de sus deberes oficiales por miedo a las consecuencias posteriores al cesar en el cargo. Esta última base apenas puede aducirse para apoyar de la viabilidad de la inmunidad con respecto a actividades penales prohibidas por el Derecho internacional.

Expuestos su fin y razón, es muy similar, y puede ser indistinguible de algunos aspectos de la doctrina angloamericana del acto de Estado. Tal como entiendo la diferencia entre ellos, la inmunidad estatal es una criatura de Derecho internacional y opera como una cuestión previa ante la jurisdicción del tribunal nacional, mientras que la doctrina del acto de Estado es una norma de Derecho nacional que convierte a un tribunal nacional en incompetente para juzgar la legalidad de actos soberanos de un Estado extranjero.

La inmunidad *ratione materiae* es ley en el Derecho inglés debido al efecto combinado de la Sección 20(1) de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978, la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 y el art. 39.2 de la Convención de Viena. La Ley de 1978 no deja de presentar dificultades. Al antiguo Jefe de Estado se le concede la misma inmunidad «sujeta a las necesarias modificaciones», que a un antiguo diplomático, quien continua disfrutando de inmunidad con respecto a los actos cometidos por él «en el ejercicio de sus funciones». Las funciones de un diplomático se limitan a las actividades diplomáticas, es decir, a actos efectuados dentro de su papel representativo en el Estado de recepción. No tiene mayor inmunidad con respecto a actos oficiales o de gobierno no ejecutados en el ejercicio de sus funciones: véase Dinstein, *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae* (1996) 15 *International and Comparative Law Quarterly* 76 a 82. En consecuencia, existe un poderoso argumento para mantener que, por un razonamiento análogo, la inmunidad legal conferida a un anterior Jefe de Estado por la Ley de 1978 se reduce a los actos ejecutados dentro de sus funciones como Jefe de Estado, es decir, en su papel representativo. Si es así, la inmunidad legal no le protegería con respecto a actos oficiales o de gobierno que no fueran distintivos de un Jefe de Estado, sino ejecutados dentro de alguna otra función estatal, ya sea jefe de gobierno, comandante en jefe o líder del partido. Sin embargo, no es necesario decidir si es el caso de que una estricta inmunidad legal se subsume en una inmunidad más amplia respecto a actos oficiales o de gobierno

conforme al Derecho internacional consuetudinario.

Los cargos presentados contra el Senador Pinochet se vinculan con sus actos públicos y oficiales. Primero como Comandante en jefe del Ejército chileno y después como Jefe de Estado. Se le acusa de haber puesto en práctica un amplio y sistemático reino del terror para obtener el poder y para mantenerlo. Si las alegaciones son ciertas, utilizó deliberadamente la tortura como instrumento de la política estatal. Como estableció el Derecho internacional en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, su conducta como Jefe de Estado después de alcanzar el poder probablemente se vincularía con la inmunidad *ratione materiae*. De ser así, mantengo la opinión de que su conducta sería igual durante el período antes de que el golpe tuviera éxito. Él no era entonces, claro está, Jefe de Estado, pero sacó ventaja de su posición como comandante en jefe del Ejército e hizo uso de la cadena militar de mando existente para poner a las fuerzas armadas del Estado en contra de su gobierno constitucional. No fueron actos privados. Con cualquier parámetro, existieron actos soberanos u oficiales y de gobierno.

La inmunidad es posible si los actos en cuestión son ilegales o inconstitucionales o de otra forma no autorizados de acuerdo con el Derecho interno, desde el momento en que el propósito de la inmunidad estatal es prevenir que la legalidad de tales actos sea juzgada por los tribunales nacionales de un Estado extranjero. Un Estado soberano tiene el derecho exclusivo para determinar qué es o no ilegal o inconstitucional de acuerdo con su Derecho interno. Sin embargo, incluso antes del fin de la Segunda Guerra Mundial, se cuestionaba si la doctrina de la inmunidad estatal establecía protección con respecto a conductas prohibidas por el Derecho internacional. Tan pronto como en 1841, de acuerdo con Quincy Wright (véase (1947) 41 A.J.I.L. en la pág. 71), muchos autores mantenían la opinión de que:

«La autoridad gubernamental no puede conferir inmunidad a sus agentes por actos que superen sus poderes de acuerdo con el Derecho internacional.»

De este modo la inmunidad no proporciona defensa para un delito contrario al Derecho de la guerra: véase Sir Hirsch Lauterpacht (1947) 63 L.Q.R. págs. 442-3, publicado en (1947) 59 *Harvard Law Review* 396 antes de que el Tribunal de Nuremberg emitiera su juicio y al comentar el seminal fallo del Juez Marshall en *Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) 11 U.S. (7 Cranch) 116, Sheldon Glueck observaba en pág. 426 que:

«Al igual que deducía Marshall, incluso en un tiempo en que la doctrina de la soberanía

era muy fuerte, la ausencia de responsabilidad de los agentes de un Estado por 'actos de Estado' debe basarse racionalmente en la asunción de que ningún miembro de la Familia de Naciones ordenará a sus agentes la comisión de violaciones flagrantes del Derecho internacional y penal.»

Glueck añadía que (en pág. 427):

«En tiempos modernos un Estado es —como hipótesis— incapaz de ordenar o ratificar actos que sean no sólo delito conforme a los principios generalmente aceptados de Derecho penal nacional sino también contrarios al Derecho internacional al que todos los Estados están por fuerza sometidos. Sus agentes, al ejecutar tales actos, están actuando fuera de sus fines legítimos; y deben, en consecuencia, ser personalmente responsables por su inadecuada conducta.»

Parece que Glueck estuviera pensando en un proceso ante la jurisdicción interna, por más que hubiera de transcurrir medio siglo antes del establecimiento de un verdadero tribunal penal internacional. Esto sería también consistente con el tenor de su argumento de que el concepto de soberanía era de origen relativamente reciente y había sido erróneamente propuesto para lo que describía como el «*status* de un santo fetiche».

Sin embargo, que la conducta contraria a las normas perentorias de Derecho internacional atrajera la inmunidad estatal de la jurisdicción de los tribunales nacionales resultaba en 1946 en buena medida académica, puesto que la jurisdicción penal de tales tribunales se restringía generalmente a los delitos cometidos dentro del foro estatal o en cualquier otro lugar por nacionales de ese Estado. Vinculado a esto hay que destacar que el Tribunal Militar Internacional (el Tribunal de Nuremberg) que se había establecido por las cuatro potencias aliadas al finalizar la Segunda Guerra Mundial para enjuiciar los más importantes crímenes de guerra no era, estrictamente hablando, un tribunal internacional. Como Sir Hirsch Lauterpacht explicaba en *Oppenheim's International Law*, vol. II, 7ª ed. (1952) págs. 580-1, el Tribunal era:

«...el ejercicio conjunto por parte de tres Estados que crearon el Tribunal, de un derecho que cada uno de ellos estaba facultado a ejercer separadamente bajo su responsabilidad de acuerdo con el Derecho internacional»

En su juicio el Tribunal describía la realización de la Carta como un ejercicio del poder legislativo soberano por parte de las potencias a las que el Reich alemán se había rendido incondicionalmente, y el indudable derecho de aquellos países para legislar por los territorios ocupados, que había sido reconocido en todo el mundo civilizado.

El artículo 7 de la Carta del Tribunal preveía:

«La posición oficial de los defensores, como *Jefes de Estado o agentes responsables en departamentos gubernamentales*, no se tendrá en consideración para liberarles de responsabilidad o mitigar su castigo» (la cursiva es mía).

En su juicio el Tribunal establecía que:

«...la esencia de la Carta es que los individuos tengan deberes internacionales que trasciendan a las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado. Aquél que viole *las reglas de guerra no puede obtener inmunidad mientras actúe de acuerdo con la autoridad del Estado* si el Estado al autorizar acciones se mueve fuera de sus competencias conforme al Derecho internacional... El principio del Derecho internacional, que bajo ciertas circunstancias protege a los representantes del Estado, *no puede aplicarse a actos que son condenados como criminales por el Derecho internacional*» (la cursiva es mía).

La gran mayoría de los criminales de guerra son procesados en los lugares donde se cometieron los delitos. Como en el caso de los mayores criminales de guerra juzgados en Nuremberg, eran generalmente (aunque no siempre) juzgados por tribunales nacionales o por tribunales establecidos por las fuerzas ocupantes. La jurisdicción de estos tribunales no puede cuestionarse ni podría calificarse de territorial. Pero, en todas partes, la alegación de la inmunidad del Estado se rechazaba respecto a las atrocidades cometidas en la consecución de la política estatal en el curso de la Segunda Guerra Mundial, y en ningún lugar se justificaba bajo la estrecha (aunque posible) base de que no hay inmunidad con respecto a crímenes cometidos dentro del territorio del foro estatal.

Los principios de la Carta del Tribunal Militar Internacional y el Juicio del Tribunal fueron unánimemente confirmados por la Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946. A partir de ahí no resulta posible negar que los individuos pueden ser responsables de crímenes de guerra o de delitos contra la paz y que no estarán protegidos por la inmunidad estatal de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Más aún, mientras se asume que el proceso podría normalmente tener lugar en el territorio donde tuvieron lugar los delitos, esto no significa que tenga que ser el único lugar en el que pudiera celebrarse.

El Tribunal de Nuremberg estableció que los crímenes contra la humanidad recaían en su jurisdicción sólo si fueron cometidos en ejecución o en conexión con crímenes de guerra o delitos contra la paz. Pero esto parece que fue una restricción jurisdiccional basada en el lenguaje de la Carta. No existe razón para suponer que se considerase un

requisito de Derecho internacional. La necesidad de establecer tal conexión resultaba natural en la inmediata postguerra. Cuando la memoria de la guerra cedió, se abandonó.

En 1946 la Asamblea General había confiado la formulación de los principios de Derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y el Juicio del Tribunal a la Comisión de Derecho internacional. Emitió su dictamen en 1954. Rechazaba el principio de que la responsabilidad penal internacional por delitos contra la humanidad se limitara a delitos cometidos en conexión con crímenes de guerra o delitos contra la paz. Sin embargo, resultaba necesario distinguir los delitos internacionales de los delitos ordinarios internos. Para este fin, la Comisión propuso que constituyeran delitos internacionales sólo los cometidos por instigación o con tolerancia por parte de las autoridades estatales. Esta distinción fue después acordada en la Convención contra la Tortura (1984). A mi juicio cobra una importancia crítica en relación con el concepto de inmunidad *ratione materiae*. El carácter oficial o gubernamental de los actos que es necesario encontrar para aducir la inmunidad *ratione materiae*, y que opera como una barrera para la jurisdicción civil por parte de los tribunales nacionales, era ahora el elemento que hacía de los actos un delito internacional. No hay duda de que por ello el proyecto de Código de la Comisión prevé que: «El hecho de que una persona actúe como Jefe de Estado o como agente gubernamental oficial no le exime de responsabilidad por la comisión de delitos definidos en el Código».

La decisión clave de la Corte Suprema de Israel en *Attorney-General of Israel v. Eichmann* (1962) 36 I.L.R. 5 posee también un importante significado. Eichmann había sido un importante oficial del Tercer Reich. Estaba a cargo del Departamento IV D-4 de la Oficina de Alta Seguridad del Reich, el Departamento encargado de la aplicación de la Solución Final, y subordinado sólo a Heydrich y Himmler. Fue secuestrado en Argentina y llevado a Israel, donde fue procesado por el Tribunal de Distrito de Tel Aviv. Su apelación contra el fallo se resolvió por la Corte Suprema. El motivo por el que fue conducido a Israel para someterse a juicio había sido criticado por autores académicos, pero el derecho de Israel a tener jurisdicción sobre los delitos nunca se puso en cuestión.

La Corte se enfrentó por separado a las cuestiones acerca de la jurisdicción y de la Ley del Estado. Israel no fue beligerante durante la Segunda Guerra Mundial, que terminó tres años antes de que se fundara el Estado. No se cometieron los delitos en su territorio. El Tribunal de Distrito encontró apoyo para su jurisdicción en el vínculo histórico entre el Estado de Israel y el pueblo ju-

dío. La Corte Suprema prefirió centrarse en el carácter internacional y universal de los delitos de los que se acusaba al imputado, en parte a causa de que algunos de ellos afectaron a grupos no judíos (polacos, eslovenos, checos y gitanos).

Como cuestión interna del Derecho israelí, la jurisdicción del tribunal se derivaba de una Ley de 1950. Siguiendo la doctrina inglesa de la supremacía parlamentaria, el tribunal estaba obligado a aplicar una ley del Knesset aunque estuviera en contradicción con el Derecho internacional. Pero concluyó que la ley no estaba en contradicción con ningún principio de Derecho internacional. Siguiendo un detallado examen por parte de las autoridades, incluyendo el dictamen del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*, 7 de septiembre de 1927, concluyó que no existía norma de Derecho internacional que prohibiera a un Estado enjuiciar a un extranjero por actos cometidos fuera de sus fronteras. Parecía que no había razón para dudar de esta conclusión. El factor límite que prevenía el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal de una injustificada interferencia con los asuntos internos de otro Estado es que, para que el juicio sea completamente efectivo, el acusado debe estar presente en el foro estatal.

Significativamente, sin embargo, el tribunal había también señalado que la escala y el carácter de las atrocidades por las que el acusado había sido convicto justificaban completamente la aplicación de la doctrina de la jurisdicción universal. Con el general consenso de los juristas se aprobó que los crímenes de guerra atraían una jurisdicción universal: véase, por ejemplo, Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare* (1959), donde escribió en la pág. 420 que:

«Puesto que todo Estado soberano ostenta una posición de guardián del Derecho internacional, y está igualmente interesado en su mantenimiento, cualquier Estado tiene el derecho legal a enjuiciar crímenes de guerra, incluso aunque los delitos hayan sido cometidos contra los nacionales de otro poder soberano y en un conflicto en el que el Estado no haya sido parte».

Parece haber constituido una fuente independiente de jurisdicción derivada del Derecho internacional consuetudinario, que formaba parte del Derecho no escrito de Israel, y no basado en la ley. El tribunal explicaba que la limitación a menudo impuesta sobre el ejercicio de la jurisdicción universal, de que el Estado que tomaba al delincuente debía primero ofrecer extraditarle al Estado en el que se hubiera cometido el delito, no consistía en intentar prevenir la violación de la soberanía territorial del último. Sus bases eran puramente prácticas. La gran mayoría de los testigos y la ma-

yor parte de la evidencia se concentrarían normalmente en ese Estado, y aquél era el foro más conveniente para el proceso.

Al haber dispuesto las objeciones a su jurisdicción, la Corte rechazó la defensa del acto de Estado. Tal como se formulaba, no difería en ningún aspecto material de una alegación de inmunidad *ratione materiae*. Se basaba en el hecho de que al cometer delitos por los que había sido convicto el acusado había actuado como órgano del Estado, «un Jefe de Estado o un agente responsable actuando bajo las órdenes del gobierno». La Corte aplicó el art. 7 de la Carta de Nuremberg (como se recordará expresamente referida al Jefe de Estado) y que se consideró como parte del Derecho de las naciones.

El caso plantea tres propuestas:

(1) No existe norma de Derecho internacional que prohíba a un Estado ejercer jurisdicción penal extraterritorial con respecto a delitos cometidos por extranjeros fuera de sus fronteras.

(2) Los crímenes de guerra y las atrocidades de la escala y el carácter internacional del Holocausto son delitos de jurisdicción universal conforme al Derecho internacional consuetudinario.

(3) El hecho de que el acusado cometiera los delitos en cuestión cumpliendo sus deberes oficiales como oficial responsable del Estado y en el ejercicio de su autoridad como órgano del mismo no supone impedimento para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal nacional.

En los Estados Unidos le siguió el caso *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468 aff'd. 776 F. 2d. 571. En el contexto de una extradición solicitada por el Estado de Israel, el tribunal aceptó el derecho de Israel para procesar a una persona acusada de asesinato en los campos de concentración de la Europa del Este. Estableció que los delitos eran delitos de jurisdicción universal, observando que:

«El Derecho internacional permite que ciertos delitos puedan ser castigados por cualquier Estado a causa de que los acusados son enemigos de toda la humanidad y todas las naciones tienen un interés igual en su captura y enjuiciamiento.»

La dificultad estriba en conocer precisamente cuál es el ámbito de la expresión «ciertos delitos».

El art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prevén que nadie será sometido a tortura ni a trato o castigo cruel, inhumano o degradante. Una Resolución de la Asamblea General de 1973 procla-

maba la necesidad de cooperación internacional en la detención, arresto, extradición o castigo de personas culpables de crímenes de guerra y de delitos contra la humanidad. Una ulterior Resolución de la Asamblea General de 1975 proclamaba el deseo de luchar contra la tortura de manera más efectiva en todo el mundo. Los derechos humanos fundamentales de los individuos, derivados de la dignidad inherente de la persona humana, habían llegado a ocupar un lugar común de Derecho internacional. El art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas se consideró que imponía la obligación a todos los Estados de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales.

El camino es claro. Los crímenes de guerra han sido reemplazados por delitos contra la humanidad. El modo en el que un Estado trataba a sus propios ciudadanos dentro de sus fronteras se ha convertido en materia que concierne legítimamente a la comunidad internacional. Los delitos más serios contra la humanidad eran el genocidio y la tortura. La gran escala y el uso sistemático de la tortura y el asesinato por las autoridades estatales para fines policiales ha llegado a contemplarse como un ataque contra el orden internacional. El genocidio se convirtió en delito internacional por la Convención contra el genocidio de 1948. En el momento en el que el Senador Pinochet alcanzó el poder, la comunidad internacional había renunciado al uso de la tortura como instrumento de la política estatal. La República de Chile aceptó que en 1973 la utilización de la tortura por las autoridades estatales estaba prohibida por Derecho internacional, y que la prohibición tenía el carácter de *ius cogens* u obligación *erga omnes*. Pero insisto en que esto no confiere jurisdicción universal o afecta a la inmunidad *ratione materiae* de un anterior Jefe de Estado ante la jurisdicción de los tribunales internos extranjeros.

En mi opinión, los delitos prohibidos por el Derecho internacional atraen una jurisdicción universal según el Derecho internacional consuetudinario, si se satisfacen dos condiciones. Primero, deben ser contrarios a una norma perentoria de Derecho internacional así como infringir el *ius cogens*. Segundo, deben ser importantes y en tal escala que puedan justificadamente considerarse como un atentado al orden legal internacional. Delitos aislados, aunque cometidos por agentes públicos, no satisfarían estos criterios. El primer requisito está bien documentado por distintas opiniones autorizadas y libros de texto: por poner un ejemplo reciente, véase el juicio del Tribunal Internacional para el territorio de la antigua Yugoslavia en *Prosecutor v. Anto Furundzija* (sin publicar) dado el 10 de diciembre de 1998, en el que el tribunal establecía:

«Con relación a la responsabilidad penal individual, parecería que una de las conse-

cuencias del carácter de *ius cogens* otorgado por la comunidad internacional a la prohibición de la tortura es que todo Estado está capacitado para investigar, perseguir, castigar o extraditar a individuos acusados de tortura que estén presentes en un territorio bajo su jurisdicción.»

El segundo requisito está implícito en la restricción original de crímenes de guerra y de delitos contra la paz, el razonamiento del tribunal en *Eichmann*, y las definiciones utilizadas en los pactos más recientes estableciendo tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Todo Estado tiene jurisdicción conforme al Derecho internacional consuetudinario para ejercer jurisdicción extraterritorial con respecto a delitos internacionales que satisfacen los requisitos relevantes. Que los tribunales posean jurisdicción según su Derecho interno depende, desde luego, de su organización constitucional y de la relación entre Derecho internacional consuetudinario y la jurisdicción de sus tribunales penales. La jurisdicción de los tribunales penales ingleses se basa habitualmente en la ley, pero está complementada por el *common law*. El Derecho internacional consuetudinario es parte del *common law*, y, en consecuencia, considero que los tribunales ingleses tienen y han tenido siempre jurisdicción penal extraterritorial con respecto a delitos de jurisdicción universal bajo el Derecho internacional consuetudinario.

En su manual sobre la Convención contra la Tortura (1984), Burgers y Danelis escribían en la pág. 1:

«Mucha gente asume que el principal instrumento de la convención es erradicar la tortura y cualquier otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante. Esta idea no resulta correcta puesto que implicaría que la prohibición de estas prácticas se establece a través del Derecho internacional por la Convención únicamente y que la prohibición será vinculante como norma de Derecho internacional sólo para aquellos Estados que sean partes de la Convención. Por el contrario, la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas arriba mencionadas eran ya prácticas ilegales conforme al Derecho internacional. El principal fin de la Convención es fortalecer la prohibición existente de tales prácticas mediante un cierto número de medidas de apoyo».

En mi opinión, el uso sistemático de la tortura a gran escala y como instrumento de política estatal se ha unido con anterioridad a 1984 a la piratería, los crímenes de guerra y los delitos contra la paz como delito de jurisdicción universal. Considero que era así en 1973. Por mi parte, no obstan-

te, mantendría que los tribunales de este país ya poseían jurisdicción extraterritorial con respecto a la tortura y la conspiración para torturar en relación con el número de cargos en el presente caso y no requeriría de la fuerza de la ley para ejercerlo. Comprendo, sin embargo, que sus Lores mantienen una opinión diferente, y considero que se requiere ese rango legal para que nuestros tribunales puedan ejercer jurisdicción penal extraterritorial con respecto a delitos de jurisdicción universal. Ese rango se confirió por primera vez en la Sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988, pero la Sección no tenía carácter retroactivo. En consecuencia, procederé a considerar el caso sobre la base de que el Senador Pinochet no puede ser extraditado por actos de tortura anteriores a la entrada en vigor de la Sección.

La Convención contra la Tortura (1984) no creó un nuevo delito internacional. Pero lo redefinió. Considerando que la comunidad internacional había condenado el uso extendido y sistemático de la tortura como instrumento de política estatal, la Convención extendió el delito para cubrir los casos aislados e individuales de tortura en el caso de que fueran ejecutados por un agente público. No considero que los delitos de este tipo pudieran contemplarse previamente como delitos internacionales que permitieran una jurisdicción universal. Los cargos contra el Senador Pinochet, sin embargo, reúnen los requisitos exigidos. La Convención afirmó y extendió un delito internacional existente e impuso obligaciones a las partes de la Convención para tomar medidas para prevenir y castigar a los culpables. Como Burges y Danelius explicaban, su principal propósito era introducir un mecanismo institucional para permitir la consecución de aquellas medidas. Visto que previamente los Estados estaban facultados para asumir la jurisdicción con respecto al delito dondequiera que se hubiera cometido, tenían ahora la obligación de hacerlo. Cualquier Estado parte en cuyo territorio se encontrara una persona de la que se imputara haber cometido el delito, estaba forzado a ofrecerle la extradición o a iniciar los procedimientos para procesarlo. La obligación impuesta por la Convención resultaba de la Sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988.

Por consiguiente, estoy de acuerdo en que nuestros tribunales poseen una jurisdicción legal extraterritorial con respecto a los cargos de tortura, conspiración para torturar cometidos después de que entrara en vigor la Sección y (por las razones explicadas por mi noble y docto amigo Lord Hope of Craighead) los cargos de conspiración para el asesinato cuando la conspiración tuvo lugar en España.

Retomo, finalmente, la alegación de inmunidad *ratione materiae* en relación a las restantes alegaciones de tortura, conspiración para la tortura y

conspiración para el asesinato. Trataré de los cargos de conspiración para el asesinato muy brevemente. Se alega que los delitos habían tenido lugar en el Estado demandante. La alegación de inmunidad *ratione materiae* no es posible con respecto a un delito cometido en el Estado del foro, ya sea Inglaterra o España.

La definición de tortura, tanto en la Convención como en la Sección 134, es, en mi opinión, enteramente inconsistente con la existencia de una alegación de inmunidad *ratione materiae*. El delito puede cometerse sólo por o a instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de un agente público o de otra persona que actúe con competencia oficial. La naturaleza oficial o gubernamental del acto, que forma las bases de la inmunidad, es un ingrediente esencial del delito. Ningún sistema racional de justicia penal puede permitir una inmunidad que sea coextensiva con el delito.

En mi opinión, un Jefe de Estado o un diplomático en activo podría reclamar una inmunidad *ratione personae* si el cargo fuera delito conforme a la Sección 134. No tiene relación con el carácter de la conducta de la que se le acusa. La naturaleza del cargo es irrelevante; su inmunidad es personal y absoluta. Pero el antiguo Jefe de Estado o antiguo diplomático no están en posición diferente de cualquier otro que alegue haber actuado en el ejercicio de sus funciones estatales. Si se aceptan los argumentos de los demandados, la Sección 134 sería letra muerta. Ya actuara el acusado como privado, en cuyo caso no podría ser acusado de un delito contra la Sección 134; o actuara con facultades oficiales, en cuyo caso disfrutaría de inmunidad frente a su procesamiento. Al percibir esta debilidad argumental, la defensa del Senador Pinochet se sometió a que el Reino Unido asumiera la jurisdicción lo cual sería posible si, pero sólo si, el Estado ofensor renunciaba a su inmunidad. Rechazo esta explicación sin fundamento. No solamente está fuera de lugar; es enteramente inconsistente con los fines y el objeto de la Convención. La evidencia muestra que otros Estados se resolvieron a actuar precisamente debido a que el Estado ofensor no lo hacía.

Mis Lores, la República de Chile era parte de la Convención contra la Tortura, y debería haber asumido tener que consentir la imposición de la obligación a los tribunales nacionales extranjeros de atribuirse y ejercer jurisdicción penal respecto al uso oficial de la tortura. No lo considero como una forma de renunciar a su inmunidad. En mi opinión no hay inmunidad a la que renunciar. El delito es de aquellos que sólo podrían cometerse en circunstancias que normalmente darían lugar a levantar la inmunidad. La comunidad internacional había creado un delito para el que la inmunidad *ratione materiae* no sería posible. El Derecho internacional no puede suponer el establecimiento de un delito que tenga el carácter de *ius cogens* y

que al mismo tiempo haya previsto una inmunidad que fuera coextensiva con la organización que busca imponer.

En mi opinión, los actos que atraen la inmunidad estatal en los procedimientos civiles, debido a su carácter como actos del poder soberano pueden, por esa misma razón, atraer la responsabilidad penal individual. Los demandados se apoyaban en un número de casos que mostraban que los actos cometidos en el ejercicio del poder soberano no comprometen la responsabilidad civil del Estado incluso aunque sean contrarios al Derecho internacional. No considero esas decisiones determinantes para el presente asunto, ni siquiera relevantes. En Inglaterra y en Estados Unidos dependen de los términos de la legislación nacional; aunque no dudo que representen correctamente la posición del Derecho internacional. No veo nada ilógico o contrario a la política pública negar a las víctimas de torturas fomentadas por el Estado el derecho a perseguir al Estado inculpa-do ante un tribunal extranjero, y al mismo tiempo permitir (y aun requerir) a otros Estados a procesar y castigar a los individuos responsables si el Estado inculpa-do declina iniciar la acción. Éste es el verdadero objetivo de la Convención contra la Tortura. Es importante destacar que no se ha alegado que el Senador Pinochet sea penalmente imputable por una conducta inapropiada de sus subordinados. Se alega que ha incurrido directamente en responsabilidad penal por sus actos al ordenar y dirigir una campaña de terror que implicaba el uso de la tortura. Chile insiste en el exclusivo derecho para perseguirle. La Convención contra la Tortura, sin embargo, le otorga sólo un derecho primario. Si no solicita su extradición (y no lo hace) entonces el Reino Unido está obligado a extraditarle a otro Estado demandante o perseguirle directamente.

Mis Lores, hemos andado un largo camino desde lo que antes describía como la teoría clásica del Derecho internacional —un largo camino en relativamente poco tiempo. Pero como señalaba el *Privy Council* en *In re Piracy Jure Gentium* (1934) A.C. 586 en pág. 597, el Derecho internacional no ha llegado a convertirse en un código cristalizado en ningún caso, sino que es una rama viva y en expansión del Derecho. Glueck observaba (*op.cit.*, pág. 398) que:

«a menos que estemos preparados para abandonar todo principio de crecimiento del Derecho internacional, no podemos negar que nuestro propio tiempo tiene su derecho a crear costumbres».

En una nota a pie de página a este párrafo añado:

«Gran parte del Derecho de las naciones tiene sus raíces en la costumbre. La costumbre

ha de tener un comienzo; y los usos consuetudinarios de los Estados en materia de responsabilidad personal y nacional como recurso frente a métodos prohibidos de guerra y la criminalidad a gran escala no se han mantenido petrificados durante todo el tiempo.»

El Derecho se ha desarrollado aún más desde 1984, y continúa su desarrollo en la misma dirección. Se han establecido nuevos delitos internacionales. Se han creado nuevos tribunales penales internacionales *ad hoc*. Está en vías de crearse un tribunal penal internacional permanente. Esta evolución no podía haber sido prevista por Glueck y otros juristas que proclamaban que los individuos podrían ser individualmente responsables por delitos internacionales. Concebían el procesamiento ante tribunales nacionales, y ésta sería necesariamente la norma incluso después de crearse un tribunal internacional permanente. En el futuro, si los derechos humanos fundamentales van a protegerse correctamente, aquellos que comentan atrocidades contra las poblaciones civiles han de esperar tener que responder. En este contexto, el alto rango del acusado no servirá de defensa.

Por mi parte, consentiría la apelación de los cargos relativos a los delitos en España y de tortura y conspiración para torturar donde quiera y cuando quiera que se hayan llevado a cabo. Pero la mayoría de sus Lores opinan de otra forma, y consideran que el Senador Pinochet puede ser extraditado sólo con respecto a un determinado número de cargos. Esto cambiará la posición que el Secretario de Estado tenía el pasado mes de diciembre. Coincido con mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson que incumbirá al Secretario de Estado reconsiderar la cuestión a la luz de las muy diferentes circunstancias que ahora prevalecen.

#### LORD PHILLIPS OF WORTH MATRAVERS

Mis Lores,

El Gobierno español solicita la extradición del Senador Pinochet para procesarle por delitos cometidos en el curso de una conducta que se extendió durante un largo período. Mi noble y docto amigo Lord Browne-Wilkinson ha descrito como, ante la Cámara de sus Lores, el Gobierno español sostenía por primera vez que la conducta relevante se extendía hasta el 1 de enero de 1972, y ahora cubría un significativo período antes de que el Senador Pinochet fuera Jefe de Estado y en consecuencia los actos realizados no estarían cubiertos por ninguna inmunidad. Este cambio en el caso del Gobierno español presentaba cuestiones críticas que apenas han sido abordadas. ¿Cuál es la naturaleza precisa de la doble regla de penalidad que rige si la conducta constituye un delito extraditable y qué partes de la conducta imputa-

da al Senador Pinochet satisfacen esa regla? Sobre la primera cuestión estoy de acuerdo con la conclusión alcanzada por Lord Browne-Wilkinson y sobre la segunda coincido con el análisis de mi noble y docto amigo, Lord Hope of Craighead.

Estas conclusiones reducen enormemente la conducta que puede propiamente formar parte de una solicitud de extradición de acuerdo con nuestro Derecho. Dejan sin tocar la cuestión de si el tribunal inglés puede sustentar jurisdicción penal sobre actos cometidos por el Senador Pinochet en su calidad de Jefe de Estado. Es sobre esta cuestión sobre la que me gustaría añadir algunos comentarios personales.

#### *Inmunidad estatal*

Se plantea el asunto de si la ley de inmunidad aplicable se encontrará dentro de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978 o en los principios de Derecho internacional público, que forman parte de nuestro *common law*. Si predomina la ley debe interpretarse, en la medida de lo posible, de manera acorde con el Derecho internacional público. De acuerdo con esto, comenzaré por considerar la posición del Derecho internacional público.

#### *La naturaleza de la reclamación de inmunidad*

Estos procedimientos han surgido porque el general Pinochet decidió visitar el Reino Unido. Al hacerlo se vio sometido al poder del que este Estado goza sobre todo lo que está dentro de su territorio. Ha sido arrestado y se expone a ser trasladado a España contra su voluntad para responder de cargos penales que tiene pendientes. Eso se ha producido de acuerdo con nuestros procedimientos de extradición. Tanto el ejecutivo como el judicial tienen un papel que jugar en el proceso de extradición. Corresponde a los tribunales decidir si los requerimientos legales que constituyen una precondición para la extradición se han satisfecho. Si lo están, corresponde al Ministro del Interior decidir, en el ejercicio de sus competencias, ordenar que el Senador Pinochet sea extraditado a España.

Si el Senador Pinochet fuera aún Jefe de Estado de Chile, él y Chile estarían en situación de plantear la queja de que todo el proceso de extradición suponía una violación de los deberes previstos conforme al Derecho internacional a una persona de su rango. Un Jefe de Estado en visita a otro país es inviolable. No puede ser arrestado o detenido, o ser trasladado a otro país. Y no está sometido a procesos judiciales, civiles o penales, de los tribunales del Estado que visita. Pero el Senador Pinochet ya no es jefe del Estado de Chile. Mientras que un Estado puede acordar como cuestión de cortesía para con un visitante distinguirlo con ciertos privilegios, no tiene obligación legal de

hacerlo. Acepta, y Chile acepta, que este país ya no le debe ninguna obligación de acuerdo con el Derecho internacional por razón de su *status ratione personae*. La inmunidad se reclama, *ratione materiae*, sobre la base de que la materia del proceso de extradición es la conducta del Senador Pinochet de sus funciones oficiales cuando era Jefe de Estado. La alegación se establece en los siguientes términos:

«No existe distinción entre un Jefe de Estado, un anterior Jefe de Estado, un agente estatal o un antiguo agente estatal con relación a actos oficiales ejecutados al amparo de su cargo. La inmunidad se vinculará a todos los actos oficiales que sean imputables o atribuibles al Estado. Es, en consecuencia, la naturaleza de la conducta y la capacidad del demandado en el momento de la conducta alegada, no la capacidad del demandado en el tiempo de su pleito, lo que es relevante».

No estamos, desde luego, implicados en un pleito civil sino en procedimientos de naturaleza penal. Los principios del derecho de inmunidad que se aplican en relación con los litigios civiles no serán necesariamente aplicables a los procesos penales. La naturaleza del proceso de esta apelación no es un procedimiento sino una extradición. La cuestión crítica que el tribunal tiene que dirimir en este proceso es, sin embargo, si la conducta del Senador Pinochet que forma el sujeto de la extradición requerida constituye un delito o delitos según el Derecho inglés. El argumento ofrecido en relación con la extradición ha partido de la premisa de que se aplican los mismos principios que se aplicarían si el Senador Pinochet hubiera sido perseguido en este país por la conducta en cuestión. Me parece que esa es la premisa apropiada sobre la que proceder.

¿Por qué se ha dicho que es contrario al Derecho internacional perseguir a alguien que fue una vez Jefe de Estado, o agente oficial, con respecto a actos cometidos dentro de su capacidad oficial? Es un lugar común que la base de la inmunidad solicitada es una obligación debida a Chile, no al Senador Pinochet. La inmunidad sustentada es de Chile. Si estos procedimientos civiles en los que los daños se reclamaron con respecto a actos cometidos por el Senador Pinochet en el gobierno de Chile, Chile podría argüir que él mismo estaba indirectamente implicado. Ese argumento no se aplica cuando los procedimientos son penales y cuando el asunto es responsabilidad personal del Senador Pinochet. Chile ha avanzado los siguientes principios generales en sus alegaciones escritas en apoyo de la inmunidad solicitada:

«(a) la igualdad soberana de los Estados y el mantenimiento de las relaciones internacionales requiere que los tribunales de un Estado

no juzguen los actos de gobierno de otro Estado;

(b) la intervención en los asuntos internos de otros Estados está prohibida por el Derecho internacional;

(c) tal intervención causará un conflicto en las relaciones internacionales»

Estos principios se ilustran en el siguiente pasaje de *Haich v. Baex* (1876) 7 Hun. 596, 5 Am.Int.L. Cas. 434, un caso en el que el antiguo Presidente de la República Dominicana fue demandado en Nueva York por lesiones supuestamente causadas por él en Santo Domingo.

«La defensa del demandante se basa en el principio general de que todas las personas, de cualquier rango o condición, ya sea en el cargo o fuera de él, son susceptibles de ser demandadas por violación del Derecho. Partiendo de la verdad y la universalidad del principio, no se ha establecido la jurisdicción de nuestros tribunales para tomar en consideración los actos oficiales de los gobiernos extranjeros. Estimamos que, por la cortesía internacional universal y las normas establecidas de Derecho internacional, los tribunales de un país están obligados a abstenerse de sentar en juicio por actos de otro gobierno hechos en su territorio. Cada Estado es soberano dentro de su dominio. Los actos del demandado por los que se le procesa fueron hechos por él en el ejercicio de aquella parte de la soberanía de Santo Domingo que pertenece a la parte ejecutiva del gobierno. Hacerle responsable ante una jurisdicción extranjera por tales actos, sería un asalto directo a la soberanía y a la independencia de su país. El único remedio para tales hechos indebidos debe ser mediante la intervención del gobierno de la persona dañada.

«El hecho de que el demandado haya cesado de ser presidente de Santo Domingo no destruye su inmunidad. Ésa emana de la competencia con la que se realizó el acto, y protege al individuo que lo hizo, porque emanaba de un gobierno extranjero y amigo.»

Este estado de cosas se plantea en el contexto de los procedimientos civiles. Propongo volver a las fuentes del Derecho internacional para ver si establecen que aquellos principios han dado lugar a una regla de inmunidad en relación con los procedimientos penales.

#### *Las fuentes de la inmunidad*

Muchas normas de Derecho internacional público se basan o reflejan en Convenciones. Esto es cierto con respecto a aquellas normas de inmunidad estatal que se refieren al procedimiento civil

—véase la Convención Europea sobre Inmunidad Estatal de 1972. Sin embargo, no puede mantenerse la inmunidad con respecto a procedimientos penales. La fuente primaria de Derecho internacional es la costumbre, que es «un hábito claro y continuo de llevar a cabo ciertas acciones que han surgido con la convicción de que estas acciones son, de acuerdo con el Derecho internacional, obligatorias o derecho» —*Oppenheim's International Law*, 9ª ed., pág. 27. Otras fuentes de Derecho internacional son las decisiones judiciales, la doctrina de autores y «los principios generales del Derecho reconocidos por todas las naciones civilizadas» —véase el artículo 38 de la Ley del Tribunal Internacional de Justicia. ¿Con qué alcance puede la inmunidad invocada en esta apelación trazarse con tales fuentes?

#### *Costumbre*

¿En qué circunstancias puede un Jefe de Estado u otro agente estatal cometer un delito según el Derecho de un Estado extranjero en el curso de la ejecución de sus deberes?

Antes de la evolución del Derecho internacional que ha tenido lugar en los últimos cincuenta años, la respuesta es que en muy pocas. Si los acontecimientos de los que esta apelación es causa hubieran ocurrido en el siglo XIX, podría no haberse planteado la cuestión del Senador Pinochet sometido a procedimientos criminales en este país con respecto a actos, aunque atroces, cometidos en Chile. Podría haber tenido lugar no porque pudiera haberse alegado inmunidad del proceso, sino por una razón más fundamental. No habría cometido ningún delito según el Derecho de Inglaterra y los tribunales ingleses no hubieran intentado ejercer una jurisdicción penal con respecto a la conducta en Chile de un nacional de ese Estado. No tengo dudas de que hubiera sido igual con relación a España. De acuerdo con la práctica internacional el Derecho penal era territorial. Esto resultaba acorde con el principio fundamental del Derecho internacional de que un Estado no debía intervenir en los asuntos internos de otro. Que un Estado hubiera legislado para convertir en actos delictivos cometidos dentro del territorio de otro Estado por los nacionales del último hubiera infringido el principio. Así hubiera ejercido jurisdicción con respecto a tales actos. Un agente de un Estado podría sólo cometer un delito según la ley de otro Estado si fuera a ese Estado y cometiera un delito allí. Ciertamente es posible asumir que un diplomático cometiera un delito dentro del territorio en el cual estuviera acreditado, e incluso aducir su actuación dentro de sus funciones oficiales —aunque esto fuera menos sencillo. Bien establecido que el Derecho internacional tiene previsiones para el diplomático. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 prevé la inmunidad para procesos civiles y penales mientras el diplomático está en el cargo y, después, con respecto a la

conducta que él cometió en el curso de la realización de sus funciones oficiales, mientras estaba en el cargo. El Derecho internacional consuetudinario prevé la inmunidad de un Jefe de Estado frente a cualquier forma de proceso cuando visita un país extranjero. Es posible concebir que un Jefe de Estado visitante cometa un acto delictivo en el desarrollo de sus funciones oficiales durante una visita e investido de su inmunidad. Lo que parece improbable de forma inherente es que un Jefe de Estado extranjero cometa un delito en el ejercicio de sus funciones oficiales en el curso de su visita y posteriormente vuelva al cesar de ser Jefe de Estado. Ciertamente esto no puede suceder con la suficiente frecuencia para crear una costumbre en relación con ello. No estoy enterado de ninguna costumbre que hubiera protegido de un proceso penal a un visitante oficial de un Estado extranjero que no fuera miembro de una misión especial y hubiera tenido la temeridad de cometer un delito en la consecución de alguna función oficial. Por estas razones no creo que la costumbre aporte ningún fundamento para crear una norma en el sentido que un antiguo Jefe de Estado esté habilitado para solicitar la inmunidad frente a un proceso penal con respecto a delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales.

#### Decisiones judiciales

A la luz de las consideraciones a las que me acabo de referir, no resulta sorprendente que el Senador Pinochet y la República de Chile hayan sido incapaces de encontrar ningún precedente judicial que apoye la proposición de que un antiguo Jefe de Estado u otro agente estatal pueda invocar inmunidad frente a procesos penales sobre la base de que el delito se cometió en el curso de la realización de funciones oficiales. Lo mejor que el abogado de Chile ha sido capaz de hacer es centrar la atención en el siguiente *obiter dicta* del Tribunal Federal Suizo en *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police* (1989) 102 I.L.R. 198 en págs. 202-3:

«El privilegio de inmunidad de la jurisdicción penal de Jefes de Estado... no ha sido completamente codificado por la Convención de Viena (sobre Relaciones Diplomáticas)... pero no se puede concluir que los textos de las convenciones redactados bajo el *aegis* de las Naciones Unidas garanticen una menor protección a los Jefes de Estado que a los diplomáticos representantes del Estado a cuyos Jefes de Estado universalmente representan... los artículos 32 y 39 de la Convención de Viena deben, en consecuencia, aplicarse por analogía a los Jefes de Estado.»

#### Doctrina

Nos hemos referido a los escritos de un cierto número de doctos autores en apoyo de la inmuni-

dad invocada en favor del Senador Pinochet. *Oppenheim* en el parágrafo 456 establece que:

«Todos los privilegios mencionados deben garantizarse a un Jefe de Estado sólo mientras ostenta el cargo. En consecuencia, después de ser desposeído o de haber abdicado, puede ser perseguido, al menos con respecto a obligaciones de carácter privado cometidas mientras era Jefe de Estado. Por su actos oficiales como Jefe de Estado seguirá, como cualquier otro agente estatal, disfrutando de inmunidad»

Este comentario se refiere enteramente a procedimientos civiles.

*Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 5ª ed., dedica el capítulo 2 a la posición de los Jefes de Estado visitantes. Los autores tratan ampliamente la inmunidad con respecto a procedimientos civiles pero señalan (pág. 10) que según el Derecho internacional consuetudinario «tiene derecho a inmunidad —probablemente sin excepción— ante la jurisdicción civil y penal». Después de un largo pasaje que trata de los procedimientos civiles, los autores afirman que:

«Un Jefe de Estado que ha sido desposeído o desplazado, o ha abdicado o dimitido no deja de tener derecho a las inmunidades y privilegios como Jefe de Estado. Estará capacitado para mantener la inmunidad con respecto a aquellos actos que hubiera realizado como Jefe de Estado, una vez comprobado que los actos fueron ejecutados dentro de su competencia oficial; en esta posición no existe diferencia con respecto a cualquier otro agente estatal.»

Sir Arthur Watts en su monólogo en *The Legal Position in International Law of Head of State, Heads of Government and Foreign Ministers, Recueil des cours*, vol. 247 (1994-III) trata de la pérdida de inmunidad de un Jefe de Estado que es depuesto durante una visita oficial. Entonces añade en la pág. 89:

«Los actos oficiales de un Jefe de Estado, ejecutados dentro de su capacidad pública como Jefe de Estado, están, no obstante, sometidos a diferentes consideraciones. Tales actos son actos del Estado más que actos personales del Jefe de Estado, y no puede ser perseguido por ellos incluso después de haber dejado de ser Jefe de Estado. La posición es similar a la de los actos ejecutados por un embajador en el ejercicio de sus funciones, para el cual permanece la inmunidad incluso después de que el nombramiento como embajador haya llegado a su fin.»

Mis Lores, no encuentro en estos escritos, sin apoyo, como están, de cualquier referencia a precedente o práctica, una base que compela a soste-

ner la inmunidad con respecto a los procedimientos penales que se alegan.

*Principios generales del Derecho reconocidos por todas las naciones civilizadas*

La demanda de inmunidad suscitada en este caso se invoca con relación a un nuevo tipo de jurisdicción penal extraterritorial. Consideraré brevemente la naturaleza de esa jurisdicción. Si puede establecerse la inmunidad frente a esa jurisdicción, me parece que podrá serlo sólo sobre la base de aplicar los principios generales de Derecho internacional establecidos que recaen sobre Chile, a lo que ya me he referido, más que en ninguna regla legal relativa a la inmunidad frente a procesos penales.

Estos principios subrayan alguna de las reglas de la inmunidad que están claramente establecidas con relación a los procedimientos civiles. Es el momento de aproximarnos a estas reglas, y al *status* de inmunidad del que goza un Jefe de Estado *ratione personae*.

*Inmunidad frente a una demanda civil por el Estado mismo*

Era originariamente una regla absoluta que el tribunal de un Estado no podía presentar una demanda civil contra otro Estado. Todos los Estados son iguales, lo que se decía para explicar por qué un Estado no podía ser llevado a juicio por otro. Esta regla no resulta viable una vez que los Estados comienzan a implicarse entre ellos en el comercio a gran escala y la práctica estatal desarrolla una regla alternativa restrictiva de inmunidad estatal bajo la cual la inmunidad subsiste con respecto a los actos públicos del Estado pero no para sus actos mercantiles. Se establece una distinción entre actos efectuados *jure imperii* y actos *jure gestionis*. Este refinamiento del Derecho internacional público lo describe Lord Denning, M.R. en *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* (1977) 1 Q.B. 529. En este caso la mayoría de la *Court of Appeal* estableció que el *common law* inglés, del que forma parte el Derecho internacional, ha cambiado para abrazar la teoría restrictiva de la inmunidad estatal en los procesos civiles. Ese cambio fue introducido en una ley, la Ley de Inmunidades Estatales de 1978, que establecía la vigencia de la Convención Europea de Inmunidad Estatal de 1972.

La Parte I de la Ley comienza estableciendo:

«1. Inmunidad general de jurisdicción

(1) Un Estado es inmune frente a la jurisdicción de los tribunales del Reino Unido ex-

cepto en los casos dispuestos en los siguientes preceptos de esta Parte de la Ley»

La Parte I establece un cierto número de excepciones a la inmunidad, la más notable de las cuales es, en la Sección 3, aquella en relación con transacciones comerciales efectuadas por el Estado.

La Parte I no se aplica a los procedimientos penales—Sección 16 (4).

La inmunidad de un Jefe de Estado *ratione personae*

Un Jefe de Estado en activo disfruta por razón de su *status* de absoluta inmunidad frente a cualquier proceso penal. Esto tiene su origen en los tiempos en los que el Jefe de Estado personificaba verdaderamente al Estado. Señala la absoluta inmunidad frente a procedimientos civiles y refleja el hecho de que una acción contra un Jefe de Estado con respecto a sus actos públicos era, en efecto, una acción contra el Estado mismo. Existían, sin embargo, otras razones para la inmunidad. Hubiera sido contrario a la dignidad de un Jefe de Estado que estuviera sometido a un proceso judicial y que pudiera probablemente interferir con el ejercicio de sus deberes como Jefe de Estado. De acuerdo con la inmunidad aplicada a los procedimientos civiles y penales y, por lo que se refiere a los procedimientos civiles, a las transacciones celebradas por el Jefe del Estado tanto en su ámbito privado como en el público.

Cuando la inmunidad del Estado con respecto a los procedimientos civiles se restringía para excluir las transacciones comerciales, la inmunidad del Jefe de Estado con respecto a las transacciones se restringía de forma similar, aunque permanecía el resto de su inmunidad—véanse Secciones 14 (1) (a) y 20 (5) de la Ley de 1978.

*Inmunidad ratione materiae*

Es una inmunidad del Estado que se aplica para impedir que los tribunales de otro Estado puedan afirmar su jurisdicción con relación a una demanda contra un oficial o agente del Estado, presente o pasado, en relación con la conducta de los asuntos del Estado mientras estaba en el cargo. Mientras que un Jefe del Estado permanece en el cargo, su *status* garantiza su inmunidad. Una vez que deja el cargo, se encuentra en la misma posición que cualquier otro agente estatal y ninguna inmunidad puede basarse en la naturaleza de la materia sometida a litigio. Nos referimos a un cierto número de ejemplos de procedimientos civiles contra un antiguo Jefe de Estado en los que la validez de la demanda de inmunidad recaía, en todo o en parte, en si la transacción en cuestión se encontraba dentro de la capacidad pública o privada del demandado:

*Ex King Farouk of Egypt v. Christian Dior, S.A.R.L.* (1957) 24 I.R.L. 228; *Soc. Jean Desses v. Prince Farouk* (1963) 65 I.R.L. 37; *Jiminez v. Aristeguieta* 311 F. 2d. 547; *U.S. v. Noriega* (1997) 117 F. 3<sup>rd</sup> 1206.

Podría haber dos argumentos en favor de la inmunidad *ratione materiae*. El primero sería que procesar a una persona por su conducta en relación con asuntos de Estado, es, indirectamente, procesar al Estado. El Estado estaría obligado a satisfacer cualquier pretensión de indemnización por los daños y perjuicios realizados contra los individuos. Este razonamiento no sería de aplicación a los procedimientos penales. El segundo argumento en favor de la inmunidad es el principio en virtud del cual resulta contrario al Derecho internacional que un Estado interfiera en los asuntos internos de otro Estado. Cuando un Estado o una autoridad estatal es demandada, este principio se utiliza como parte del argumento en favor de la inmunidad. No obstante, cuando un Estado no se ve directa o indirectamente demandado en el proceso, de modo que no surge la cuestión de la inmunidad estatal, los tribunales ingleses y americanos, aplicando un cierto principio de '*judicial restraint*', no se han considerado a sí mismos competentes para admitir demandas referidas a la validez de actos públicos de un Estado extranjero, apelando para ello a lo que se conoce como doctrina de los actos de Estado. Dos citas judiciales ilustran dicho principio:

1. *Underhill v. Hernández* (1897) 168 U.S. 456 en pág. 457 (per Fuller C.J.):

«Todo Estado soberano está obligado a respetar la independencia del resto de Estados soberanos, y los tribunales de un país no se pronunciarán sobre actos de gobierno de otro país realizados dentro de su propio territorio. La reparación de injusticias debe tener lugar mediante los instrumentos disponibles por los poderes soberanos y entre ellos mismos... La inmunidad de las personas respecto de causas sometidas a tribunales extranjeros por actos realizados dentro de sus propios Estados en el ejercicio de la autoridad gubernativa, sean agentes civiles o mandos militares, debe -de hecho- necesariamente extenderse a los agentes de los gobiernos actuando en virtud de una fuerza superior».

2. *Buck v. Att. Gen.* (1965) Ch. 475, 770, per Diplock L.J.:

«Como miembro de la familia de naciones, el Gobierno del Reino Unido (de cuyo poder judicial este tribunal forma parte) cumple las reglas de cortesía internacional, a saber, las normas aceptadas de comportamiento mutuo entre Estados, que cada Estado adopta en relación con otros Estados para asumirlas él mis-

mo. Una de esas reglas es la de no pretender tener jurisdicción sobre asuntos internos de otro Estado independiente, o aplicar medidas coercitivas sobre éste o sobre sus propiedades, salvo de conformidad con las reglas de Derecho internacional público. Una de las más comunes aplicaciones de dicha regla por el poder judicial del Reino Unido es la conocida doctrina de la inmunidad soberana. Un Estado extranjero no puede ser demandado ante los tribunales ingleses sin su consentimiento: *vid. Duff Development Co. v. Kelantan Government*. Como quedó claro en *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, la aplicación de la doctrina de la inmunidad soberana no depende de las personas entre las cuales se plantea el conflicto, sino del asunto de que se trate. Para el tribunal inglés, pronunciarse sobre la validez de una norma de un Estado soberano extranjero dentro de su propio territorio, de modo que la validez de dicha ley se convierta en la *res* de la *res iudicata* en el proceso, sería como afirmar su jurisdicción respecto de asuntos internos de un Estado. Esto significaría una quiebra de las reglas de cortesía internacional».

Se sostiene en nombre del demandado que la cuestión sobre si una autoridad pública está actuando en el ejercicio de sus funciones no depende de si lo está haciendo según el Derecho del Estado en nombre del cual pretende actuar, o incluso de si lo está haciendo dentro de los límites del Derecho internacional. Su conducta en el ejercicio de sus funciones será, ya sea ésta lícita o ilícita, la conducta del Estado y el Estado estará legitimado para asegurar su inmunidad. En el campo del proceso civil dichas afirmaciones se apoyan en el poder. Existe un determinado número de solicitudes en las que los demandantes denunciaban a los Estados reclamando daños y perjuicios por las lesiones infligidas por la conducta criminal de autoridades del Estado que presuntamente vulneraban el Derecho internacional. En dichos procesos, constituía un hecho esencial de la denuncia de los demandantes, que la presunta conducta criminal era una conducta del Estado, y este aspecto no resultaba controvertido. Lo que resultaba controvertido era si la criminalidad de la conducta privaba al Estado de inmunidad, y a este respecto los demandantes fracasaban. La defensa del demandado nos ha facilitado una impresionante y deprimente lista de casos similares:

*Saltany v. Reagan* (1988) 702 F. Supp. 319 (demandas por asesinato y terrorismo); *Siderman de Blake v. Republic of Argentine* (1992) 965 F.2d 699 (demanda por tortura); *Prinze v. Federal Republic of Germany* (1994) 26 F. 3d 1166 (D.C. Cir. 1994) (demanda relativa al holocausto); *Al-Adsany v. Government of Kuwait* (1996) 107 I.L.R. 536 (demanda por tortura); *Sampson v. Federal Republic of Germany* 975 F. Supp. 1108 (N.D. I. 11, 1997)

(demanda respecto al holocausto); *Smith v. Libya*, 886 F. Supp. 406 (EDNY, 1995) 101 F. 3d 239 (2d Cir. 1996) (demanda respecto a la bomba de Lockerbie); *Persinger v. Islamic Republic of Iran* 729 F. 2d 835, (D.C. Cir. 1984) (demanda en relación con secuestro en la Embajada de EE.UU.).

Debe observarse cómo todos, excepto uno de los casos, se referían a decisiones de los tribunales en el ejercicio de la jurisdicción federal de los Estados Unidos, siendo *Al-Adsany v. Government of Kuwait* una decisión de la *Court of Appeal* de dicho país. En todos los casos, la inmunidad respecto del proceso civil había sido posible por ley, en América, la Ley de Inmunidades de Soberanías Extranjeras y en Inglaterra, la Ley sobre Inmunidad Estatal de 1978. En todos los casos, el tribunal se veía imposibilitado por los claros términos de la norma para aceptar la interpretación en virtud de la cual la inmunidad estatal no protege frente a la responsabilidad por aquellas conductas que infrinjan el Derecho internacional.

#### *El asunto capital*

La tesis planteada en nombre del demandado respecto de los efectos del Derecho internacional público, desde mi punto de vista, puede resumirse de la siguiente manera:

1. Un Estado no iniciará procedimientos judiciales contra el anterior Jefe de Estado u otro agente estatal de otro Estado, respecto de la conducta realizada en el ejercicio de sus funciones.
2. Esta regla se aplica incluso si dicha conducta lleva hasta a delinquir contra el Derecho internacional.
3. Esta regla se aplica tanto respecto de procedimientos civiles como penales.

Por dichas razones y partiendo de la premisa de que la Primera Parte de la Ley de Inmunidad Estatal refleja correctamente el Derecho internacional vigente, considero que las dos primeras afirmaciones son atendibles en relación con los procedimientos civiles. La cuestión esencial es la extensión con la que son aplicables al ejercicio de la jurisdicción penal respecto de la conducta que fundamenta la solicitud de extradición. Este asunto exige realizar ciertas consideraciones sobre la naturaleza de dicha jurisdicción.

#### *El desarrollo del Derecho penal internacional.*

En la última parte de este siglo, se ha ido extendiendo el reconocimiento entre los Estados de que ciertos tipos de conducta penal no pueden ser considerados de la exclusiva competencia del Estado en el que ocurren. En la novena edición de *Op-*

*enheim*, publicada en 1992, los autores comentan en la página 998:

«Mientras no exista una regla general de Derecho internacional positivo que pudiera afirmarse que da a los Estados el derecho a castigar a nacionales extranjeros por sus crímenes contra la humanidad, en el mismo sentido en el que, por ejemplo, están legitimados para castigar actos de piratería, existen claros indicios que apuntan a una gradual evolución de un principio significativo de Derecho internacional en tal sentido. Dicho principio consiste tanto en la adopción de la regla de una jurisdicción universal como en el reconocimiento de la supremacía del Derecho de la humanidad sobre el Derecho del Estado soberano cuando se aprueba o aplica a la violación de derechos humanos fundamentales de un modo que pueda afectar profundamente en la conciencia de la humanidad».

Los recurrentes, y todos aquéllos a quienes se ha permitido apoyarles en este recurso, defienden que dicho párrafo, que aparece de modo idéntico en ediciones anteriores, está superado. Defienden que el Derecho internacional reconoce hoy una categoría de conducta criminal que responde a las siguientes características:

- 1) Ser tan grave como para afectar a todas las naciones y no únicamente al Estado en el que ocurre.
- 2) Los sujetos culpables de dicha conducta, incurrn en responsabilidad penal conforme al Derecho internacional.
- 3) Existe una jurisdicción universal respecto de dichas conductas. Esto significa que el Derecho internacional reconoce el derecho de cualquier Estado para perseguir a un delincuente por ello, sin tener en cuenta dónde ocurrieron los hechos.
- 4) Ninguna inmunidad estatal es oponible respecto de procedimientos de este tipo.

Mis Lores, es éste un ámbito donde el Derecho internacional está en transformación, y el cambio se ha llevado a cabo mediante expreso consenso, tal y como se refleja en un considerable número de instrumentos internacionales. Desde la Segunda Guerra Mundial, los Estados han reconocido que no toda conducta criminal puede resolverse como un asunto interno por las leyes y por los tribunales de los territorios donde dichas conductas ocurren. Hay ciertas categorías de delitos de tal gravedad que entran en conflicto con la conciencia de la humanidad y no pueden ser tolerados por la comunidad internacional. Cualquiera persona que cometa un crimen semejante delinque contra el Derecho internacional. La naturaleza de tales delitos es tal que requiere probablemente el comportamiento

concertado de muchos y la complicidad de las autoridades del Estado donde ocurren, sino del Estado mismo. En dichas circunstancias, es deseable que tal jurisdicción exista, para perseguir a los sujetos por la realización de tales conductas incluso fuera del territorio donde las mismas ocurren.

Desde mi punto de vista, sigue siendo una pregunta abierta si el Derecho internacional reconoce una jurisdicción universal respecto de los crímenes internacionales, es decir, si reconoce, según el Derecho internacional, el derecho de los tribunales de cualquier Estado a perseguir tales crímenes dondequiera que se hayan cometido. En relación con los crímenes de guerra, dicha jurisdicción ha sido aprobada por el Estado de Israel, particularmente en el enjuiciamiento de Adolf Eichmann, pero dicha aprobación no refleja ninguna práctica general de los Estados respecto de crímenes internacionales. Es más, los Estados trataban de ponerse de acuerdo en la creación de tribunales internacionales para juzgar crímenes internacionales. Sin embargo, en ocasiones han acordado mediante convenciones que sus tribunales nacionales pudieran tener jurisdicción para perseguir un determinado tipo de crímenes internacionales dondequiera que ocurrieran.

El principio de la inmunidad estatal no ofrece ningún límite al ejercicio la jurisdicción penal por un tribunal internacional, sin embargo, los instrumentos en virtud de los cuales se han creado tales tribunales han intentado, no obstante, dejar muy claro que no hay excepciones ni inmunidad procesal de la que puedan disfrutar el Jefe del Estado o cualquier otro agente estatal. En este sentido, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 establece en su artículo 7 que:

«La posición oficial de los demandados, ya sea como Jefe de Estado o como agentes responsables en los Departamentos del Gobierno, no debe ser tenida en cuenta de cara a librarles de responsabilidad o a mitigar el castigo»

La Carta de Tokyo de 1946, el Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia de 1993, el Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda de 1994 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998 contienen disposiciones al efecto.

Cuando los Estados, mediante convenio, acuerdan que sus tribunales de justicia tendrán jurisdicción de base universal respecto de un delito internacional, dicho acuerdo no puede implícitamente suprimir aquellas inmunidades *ratione personae* que existen en virtud del Derecho internacional. Dichas inmunidades sólo pueden ser suprimidas mediante acuerdo expreso o renuncia. Un acuerdo semejante fue incorporado en la Convención para la Prevención y Supresión del Crimen de Genocidio de 1948, que prevé:

«Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3º, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares».

De no haber incluido la Convención sobre el genocidio una disposición semejante, podría haber surgido la cuestión de si la jurisdicción conferida por la Convención estaría sometida a la inmunidad estatal *ratione materiae*. ¿Podría el Derecho internacional haber pedido a un tribunal de justicia que garantizase la inmunidad del demandado sobre la base de demostrar que había actuado en ejercicio de sus funciones? Desde mi punto de vista, claramente no. No llego a tal conclusión sobre la base de que cooperar en el genocidio nunca puede ser una función de los agentes estatales. Llego a dicha conclusión, simplemente, sobre la base de que ninguna regla de Derecho internacional exige conceder la inmunidad del Estado *ratione materiae* en relación con el enjuiciamiento de un crimen internacional. Tanto los crímenes internacionales como la jurisdicción extra-territorial, constituyen novedades en el ámbito del Derecho internacional público. No creo que la inmunidad estatal *ratione materiae* pueda coexistir con ellos. El ejercicio de una jurisdicción extra-territorial invalida el principio en virtud del cual un Estado no intervendrá en los asuntos internos de otro Estado. Ello es así, porque donde existe un crimen internacional dicho principio no puede prevalecer. Un crimen internacional es tan ofensivo, si no más, para la comunidad internacional, cuando es cometido prevaliéndose de su cargo. Una vez que una jurisdicción extra-territorial es establecida, no tiene sentido excluir de la misma aquellos actos realizados en el ejercicio de funciones públicas.

No cabe duda de que la conducta de la cual se acusa al Senador Pinochet en España es delictiva desde el punto de vista del Derecho internacional. La República de Chile ha aceptado que la tortura está prohibida por el Derecho internacional y que la prohibición de la tortura tiene el carácter de *ius cogens* y de obligación *erga omnes*. Se acepta además que la tortura oficialmente sancionada está prohibida por el Derecho internacional. La información facilitada por España acusa al Senador Pinochet no únicamente de haber abusado de sus poderes como Jefe de Estado al cometer tortura, sino también de haber sojuzgado a la oposición política mediante una campaña de secuestros, tortura y asesinato extendida más allá de las fronteras chilenas. Cuando se considera lo alegado, no creo que sea correcto tratar de analizar elementos particulares de esta campaña e identificar algunos como criminales según el Derecho internacional y otros como no constitutivos de delitos internacionales. Si el Senador Pinochet se comportó como alega España, entonces su entera conducta vulneró las normas del Derecho internacional. No pue-

de tener inmunidad procesal por ninguno de los crímenes que formaban parte de dicha campaña.

Sólo recientemente los tribunales penales de este país tienen jurisdicción, en virtud de la Sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1984, para enjuiciar al Senador Pinochet por torturas cometidas fuera de la jurisdicción territorial siempre que fuera cometida en cumplimiento o presunto cumplimiento de sus funciones. La Sección 134 fue aprobada para dar efecto a los derechos y obligaciones de este país derivados de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la cual ha sido firmada tanto por el Reino Unido como por España y por Chile. Dicha Convención proscribe la tortura «... infligida por, instigada por o con el consentimiento o aquiescencia de autoridades públicas u otras personas actuando en el ejercicio de sus funciones». Todo Estado parte debe establecer por ley que dicha conducta es criminal, dondequiera haya sido cometida. Más aún, todo Estado parte debe perseguir a cualquier persona que, bajo su jurisdicción, haya cometido tal delito, salvo que la extradite para ser juzgada por el delito en otro Estado. La única conducta amparada por dicha Convención es la conducta que pudiera estar sometida a inmunidad *ratione materiae* si dicha inmunidad fuera aplicable. La Convención es, en este sentido, incompatible con la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*. Sólo existen dos posibilidades. Una es que los Estados parte en la Convención actúen sobre la premisa de que ninguna inmunidad *ratione materiae* puede existir respecto de la tortura, un delito contrario al Derecho internacional. La otra es que los Estados parte en la Convención expresamente acuerden que la inmunidad *ratione materiae* no será de aplicación en el caso de tortura. Creo que la primera de dichas alternativas es la correcta, pero cualquiera puede ser fatal para sostener -como hace Chile y el Senador Pinochet- la inmunidad respecto de procedimientos de extradición basados en la tortura.

#### *La Ley de Inmunidad Estatal de 1978*

Me he referido anteriormente a la Primera Parte de la Ley de Inmunidad Estatal de 1978 que no resulta de aplicación a los procedimientos penales. La Parte Tercera de la Ley, de aplicación general, aparece encabezada como sigue: «*Miscellaneous and Supplementary*». La Sección 20 de dicha Tercera Parte establece lo siguiente:

«(1) Sometida a lo previsto en la presente Sección y a cualquier modificación necesaria, la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 resultará de aplicación a:

- (a) el Soberano u otro Jefe de Estado
- (b) los miembros de la familia que formen parte de su casa; y

(c) los miembros de su personal privado, tal y como resulta de aplicación al jefe de una misión diplomática, a los miembros de la familia que formen parte de su casa y a su servicio privado».

La Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 fue aprobada para dar efecto a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. El Preámbulo de dicha Convención hace constar que «desde tiempos antiguos los pueblos de todas las naciones han reconocido el *status* de los agentes diplomáticos». La Convención codifica antiguas normas de Derecho internacional público como los privilegios e inmunidades de que disfrutaban las misiones diplomáticas. La Ley de 1964 convierte en aplicables aquellos artículos de la Convención que han quedado fijados en la Ley. Éstos incluyen el art. 29, que hace que la persona del agente diplomático resulte inviolable, no pudiendo ser objeto de ninguna forma de detención o arresto, el artículo 31, que confiere al agente diplomático inmunidad de jurisdicción penal y civil del Estado receptor, y el artículo 39, que establece, entre otros aspectos lo siguiente:

«1. Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que pñetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo, o si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido.

2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión».

La cuestión que se plantea es cómo, tras las «necesarias modificaciones», tales disposiciones pueden resultar de aplicación a un Jefe de Estado. Todos los que han prestado atención en estos procedimientos a dicho problema, han concluido que tales disposiciones resultan de aplicación hasta el punto de conferir las inmunidades disfrutadas por un diplomático a un Jefe de Estado respecto de sus acciones donde quiera tengan lugar en el mundo. Esto lleva a la ulterior conclusión de que un antiguo Jefe de Estado continúa disfrutando de inmunidad respecto de los actos cometidos «en el ejercicio de sus funciones» como Jefe de Estado, dondequiera que tales actos ocurrieron.

Personalmente no daría tan generosa interpretación a la Sección 20 de la Ley de 1978. Me parece que esto no hace más que equiparar la posición del Jefe de Estado y su séquito al visitar este país, con la de una misión diplomática dentro del país. Así interpretada, la Sección 20 concuerda con los principios del Derecho internacional y es fácilmente aplicable y puede ser descrita adecuadamente como suplementaria del resto de las partes de la Ley. Como ha demostrado Lord Browne-Wilkinson, la referencia a los antecedentes parlamentarios de la Sección revela que esa fue precisamente la intención original de la Sección 20, en el bien entendido de que resulta de aplicación a un Jefe de Estado que estaba «... en el Reino Unido por invitación o con el consentimiento del Gobierno del Reino Unido». Dichas palabras fueron suprimidas mediante una enmienda. El promotor de la misma explicaba que su objeto era asegurar que los Jefes de Estado serían tratados como los jefes de las misiones diplomáticas «... sin tener en cuenta su presencia en el Reino Unido».

El Senador Pinochet y Chile han defendido que el efecto de la Sección 20, así enmendada, es conceder al Senador Pinochet inmunidad respecto de cualquier acto realizado en cumplimiento de sus funciones como Jefe de Estado en cualquier lugar del mundo, y que la conducta que constituye el fundamento del procedimiento de extradición, desde el momento en que ocurre cuando el Senador Pinochet era Jefe del Estado, consistió en actos cometidos por él en cumplimiento de sus funciones como Jefe de Estado.

Si dichas afirmaciones resultan correctas, la Ley de 1978 exige al tribunal inglés adoptar una resolución que está en contra del Derecho internacional y de nuestras obligaciones respecto de la Convención contra la Tortura. No creo que dichas afirmaciones sean correctas por las siguientes razones:

Como he explicado, no considero que la Sección 20 de la Ley de 1978 resulte de aplicación a la conducta de un Jefe de Estado fuera del Reino Unido. Dicha conducta sigue sometida a las normas de Derecho internacional público.

La referencia a los antecedentes parlamentarios de la Sección, que no me parece adecuada, sólo sirve para confundir algo que me parece relativamente claro.

Si estoy en un error y estamos obligados por la Ley de 1978 a reconocer inmunidad al Senador Pinochet respecto de los actos cometidos «... en cumplimiento de sus funciones como Jefe de Estado», no sostendría que el curso de la conducta alegada por España entrara dentro de dicha descripción. El artículo 3 de la Convención de Viena, que sorprendentemente no es uno de los reflejados en la Ley de 1964, define las funciones de una misión diplomática de modo que incluyan «... proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional» (la cursiva es mía).

Desde el momento en que la Tercera Parte de la Ley de 1978 concede a un antiguo Jefe de Estado inmunidad respecto del cumplimiento de sus funciones públicas, no creo que dichas funciones puedan, sobre la base de una interpretación legal, comprender acciones que están prohibidas por delictivas por el Derecho internacional. En este sentido se pueden reconciliar, como uno ha de intentar hacer, las disposiciones de la Ley de 1978 con las exigencias del Derecho internacional público.

Por tales razones, yo admitiría el recurso respecto de gran parte de la conducta alegada contra el Senador Pinochet, como constitutiva de delitos susceptibles de extradición. Estoy de acuerdo con Lord Hope en las consecuencias que conllevaría un cambio en el objetivo del caso.

## Estudios

---

Antonio La Pergola: *Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional*

David Ordóñez Solís: *Responsabilidad del Estado, Comunidades Autónomas y Derecho comunitario europeo*

Joaquín Varela Suances: *La construcción del Estado en la España del siglo XIX. Una perspectiva constitucional*

## Problemas actuales

---

María José Alonso Mas: *La extensión subjetiva de las sentencias estimatorias del recurso de amparo*

Carlos Aymerich Cano: *Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de «organismo de Derecho público»*

Alberto Díaz-Romeral Gómez: *Notas en torno a las leyes de objeto diverso. Elaboración parlamentaria y jurisprudencia constitucional*

Ana Gemma López Martín: *Las inmunidades del Derecho internacional: su aplicación en España*

Angélica Marugán Sáenz: *¿Hacia un Tribunal de Justicia de la Unión Europea?: la extensión de competencias del Tribunal de Luxemburgo en el Tratado de Amsterdam*

## Documentos

---

*El caso «Pinochet»*

Introducción por Inmaculada de la Haza de Lara.

Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Resolución del Tribunal de Apelaciones de la Cámara de los Lores.



Cuadernos de

**DERECHO  
PUBLICO**

ISSN 1138-2848



9 771138 284808