

Lord Browne-Wilkinson - Lord Goff de Chieveley - Lord Hope de Craighead - Lord Hutton - Lord Saville de Newdigate - Lord Millett - Lord Phillips de Worth Matravers

Votos de los Lores de apelación para sentencia en la causa

La Reina c/ Evans y otro y el Comisionado de Policía de la Metrópolis y otros (apelantes) ex parte Pinochet (apelado)

El 24 de marzo de 1999

LORD BROWNE-WILKINSON

Mis Lores,

Como es bien sabido, este caso concierne a un intento del Gobierno de España para extraditar al Senador Pinochet de este país para ser sometido a juicio en España por crímenes cometidos (principalmente en Chile) durante el período en el que el Senador Pinochet fue jefe de estado en Chile. La interacción entre los diversos temas legales que surgen es compleja. Por lo tanto buscaré hacer, en primer lugar, una corta descripción de los principios legales que están en juego a fin de que mi exposición de los hechos sea más inteligible.

Esbozo del derecho

En general, un estado sólo ejerce jurisdicción criminal sobre delitos que ocurren dentro de sus fronteras geográficas. Si una persona acusada de cometer un crimen en España es encontrada en el Reino Unido, España puede peticionar al Reino Unido que la extradite a España. El poder de extraditar del Reino Unido por un "crimen extraditable" está actualmente contenido en la ley sobre Extradición de 1989. Dicha Ley define qué constituye un "crimen extraditable". A los fines del presente caso, el requisito más importante es que la conducta por la cual se reclama debe constituir un crimen bajo las leyes tanto de España como del Reino Unido. Esto se conoce como la regla de doble criminalidad.

Desde las atrocidades nazis y los juicios de Nuremberg, el derecho internacional ha reconocido como crímenes internacionales a un cierto número de delitos. Estados individuales han tomado jurisdicción para juzgar algunos crímenes internacionales incluso en casos en que dichos crímenes no fueron cometidos dentro de las fronteras geográficas de esos estados. El más importante de dichos crímenes a los fines presentes es la tortura, que está regulada por la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984. Las

obligaciones que surgen para el Reino Unido en virtud de esa Convención (y para los otros 110 o más estados firmantes que han adoptado la Convención) fueron incorporados en el derecho del Reino Unido por la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988. Esa Ley entró en vigencia el 29 de septiembre de 1988. Su sección 134 creó un nuevo crimen bajo la ley del Reino Unido, el crimen de tortura. De acuerdo a lo requerido por la Convención sobre la Tortura "toda" tortura donde fuera que fuese cometida, en cualquier lugar del mundo, fue convertida en un acto criminal bajo el derecho del Reino Unido y considerada enjuiciable en el Reino Unido. Nadie ha sugerido que antes de que la sección 134 entrara en vigencia las torturas cometidas fuera del Reino Unido fueran un crimen bajo el derecho del Reino Unido. Ni se sugiere que la sección 134 fuera retroactiva de modo tal de hacer que las torturas cometidas fuera del Reino Unido antes del 29 de septiembre de 1988 sean un crimen para el Reino Unido. Dado que la tortura fuera del Reino Unido no era un crimen bajo la ley del Reino Unido hasta el 29 de septiembre de 1988, el principio de doble criminalidad, que requiere que un Acto sea un crimen tanto para la ley de España como para la del Reino Unido, no puede ser satisfecho con relación a una conducta anterior a dicha fecha si el principio de doble criminalidad requiere que la conducta sea criminal bajo la ley del Reino Unido a la fecha en la que fue cometido. Si, por otro lado, la regla de la doble criminalidad sólo requiere que la conducta sea criminal bajo la ley del Reino Unido a la fecha de la extradición la regla fue satisfecha con relación a todas las torturas alegadas contra el Senador Pinochet, ya sea que haya ocurrido antes o después de 1988. Las cortes españolas han sostenido que tienen jurisdicción sobre todos los crímenes alegados.

En estas circunstancias, la primer pregunta que debe ser respondida es si la definición de un "crimen extraditable" en la Ley de 1989 requiere o no que la conducta sea criminal bajo la ley del Reino Unido a la fecha de su comisión o sólo a la fecha de la extradición.

Esta cuestión, aunque fue planteada, no fue decidida en la Divisional Court (Tribunal de Apelación). En la primer audiencia en esta Cámara, aparentemente se admitió que todos los asuntos imputados al Senador Pinochet eran crímenes extraditables. Fue sólo durante la audiencia ante Sus Señorías que la importancia de dicho tema se hizo plenamente patente. Como se verá, según mi punto de vista, sólo un número limitado de imputaciones en las que se han basado para extraditar al Senador Pinochet constituyen crímenes extraditables, desde que la mayoría de las conductas en que se basaron ocurrieron mucho antes de 1988. En particular, no considero que la tortura cometida fuera del Reino Unido antes del 29 de septiembre de 1988 fuera un crimen bajo la ley del Reino Unido. Se sigue de ello que la principal cuestión discutida en las primeras etapas de este caso —si un ex jefe de estado tiene el derecho a inmunidad soberana de arresto o enjuiciamiento en el Reino Unido por inmunidad de estado continúa siendo un tema de crucial importancia pues, desde mi punto de vista, hay una cierta conducta del Senador Pinochet (aunque una pequeña cantidad) que constituye un crimen extraditable y autorizaría al Ministro del Interior (si lo considerara apropiado) a extraditar al Senador Pinochet a España a menos que

tenga derecho a inmunidad de estado. Por consiguiente, habiendo identificado cuales de los crímenes alegados son crímenes extraditables, posteriormente considerará si el Senador Pinochet tiene derecho a inmunidad con respecto a dichos crímenes. Pero primero debo enunciar brevemente los hechos relevantes.

Los hechos

El 11 de septiembre de 1973 un golpe de estado de derecha desalojó al régimen de izquierda del Presidente Allende. El golpe fue conducido por una junta militar, de la cual el Senador (entonces General) Pinochet era el líder. En algún momento se convirtió en jefe de estado. El régimen Pinochet se mantuvo en poder hasta el 11 de marzo de 1990, cuando el Senador Pinochet renunció.

No existe una real discusión acerca de que durante el período del régimen del Senador Pinochet terribles actos de barbarie fueron cometidos en Chile y en otros lugares del mundo: tortura, homicidio y la desaparición no explicada de individuos, todo en una gran escala. A pesar de que no se alega que el Senador Pinochet haya cometido él mismo alguno de dichos actos, se alega que fueron hechos para llevar adelante una conspiración de la cual él era parte, instigada por él y con su conocimiento. El niega estas alegaciones. Ninguna de las conductas alegadas fueron cometidas por o contra ciudadanos del Reino Unido ni en el Reino Unido.

En 1998 el Senador Pinochet vino al Reino Unido para realizarse un tratamiento médico. Las autoridades judiciales de España buscaron extraditarlo a fin de someterlo a juicio en España por un gran número de imputaciones. Algunas de esas imputaciones tenían vínculos con España. Pero la mayoría de las imputaciones no tenían conexión con España. El fondo de este caso es que para aquellos de convicciones de izquierda el Senador Pinochet es visto como un archimalevado: para aquellos de persuasiones de derecha es visto como el salvador de Chile. Puede bien pensarse que el juicio del Senador Pinochet en España no está calculado para alcanzar la mejor justicia. Pero no puedo enfatizar con fuerza suficiente que ello no concierne a Sus Señorías. A pesar de que otros perciben que nuestra tarea es elegir entre dos lados basándonos en preferencias personales o inclinación política, ello es una gran equivocación. Nuestro trabajo es el de decidir dos cuestiones del derecho: si hay crímenes extraditables y, en ese caso, el Senador Pinochet es inmune de juicio por cometer dichos crímenes. Si, como una cuestión de derecho, no hay crímenes extraditables o tiene derecho a inmunidad con relación a los crímenes que existieren, entonces no hay un derecho legal de extraditar al Senador Pinochet a España o, verdaderamente, de obstaculizar su regreso a Chile. Si, por otro lado, hay crímenes extraditables con relación a los cuales el Senador Pinochet no tiene derecho a inmunidad de estado, entonces el Ministro del Interior podrá extraditarlo. La tarea de esta Cámara es sólo la de decidir dichos puntos del derecho.

El 16 de octubre de 1998 una orden judicial internacional para el arresto del Senador Pinochet fue emitida en España. El mismo día, un magistrado en Londres emitió una orden judicial provisoria ("la primer orden judicial") bajo la sección 8 de

la Ley sobre Extradición de 1989. Fue arrestado en un hospital londinense el 17 de octubre de 1998. El 18 de octubre las autoridades españolas emitieron una segunda orden judicial internacional. Una orden provisoria ulterior ("la segunda orden judicial") fue emitida por el magistrado de la Bow Street Magistrates Court (Juzgado de Primera Instancia de la calle Bow) el 22 de octubre de 1998 acusando al Senador Pinochet de: "(1) Entre el 1 de enero de 1988 y diciembre de 1992, siendo un funcionario público infligió intencionalmente intensos dolores o sufrimientos en otro en el desempeño o pretendido desempeño de sus deberes oficiales; (2) Entre el primer día de enero de 1988 y el 31 de diciembre de 1992, siendo un funcionario público, conspiró con personas desconocidas para intencionalmente infligir severos dolores o sufrimientos en otro en el desempeño o pretendido desempeño de sus deberes oficiales; (3) Entre el primer día de enero de 1982 y el 31 de enero de 1992 detuvo a otras personas (los rehenes) y a fin de forzar a dichas personas a hacer o abstenerse de realizar cualquier acto amenazó con matar, lesionar o continuar con la detención de los rehenes; (4) Entre el primer día de enero de 1982 y el 31 de enero de 1992 conspiró con personas desconocidas para detener otras personas (los rehenes) y a fin de forzar a dichas personas a hacer o abstenerse de realizar ningún acto amenazó con matar, lesionar o continuar con la detención de los rehenes; (5) Entre enero de 1976 y diciembre de 1992 conspiró junto con personas desconocidas para cometer homicidio en un país parte de la Convención".

El Senador Pinochet comenzó los procedimientos para el habeas corpus y para la autorización para petitionar la revisión judicial de tanto la primera como la segunda orden judicial provisoria. Dichos procedimientos llegaron ante la Divisional Court (Tribunal de Apelaciones) (Lord Bingham de Cornhill C.J., Collins y Richards JJ.) que el 28 de octubre de 1998 anuló ambas órdenes judiciales. Nada gira alrededor de la primera orden judicial que fue anulada porque ninguna apelación fue interpuesta ante esta Cámara. El motivo por el cual el Tribunal de Apelaciones anuló la segunda orden judicial era que el Senador Pinochet (como ex jefe de estado) tenía derecho a inmunidad respecto de los actos con los que era imputado. No obstante, se ha argumentado también ante el Tribunal de Apelaciones que ciertos crímenes alegados en la segunda orden judicial no eran "crímenes extraditables" dentro del significado de la Ley de 1989 porque no eran crímenes bajo la ley del Reino Unido a la fecha en que fueron cometidos. A pesar de que no determinó esta cuestión directamente, el Lord Presidente de la Corte Suprema sostuvo que, a fin de tratarse de un crimen extraditable, no era necesario que la conducta fuese criminal a la fecha de la conducta en que se basaba, sino solamente a la fecha del requerimiento de extradición.

El Crown Prosecution Service (Servicio de Enjuiciamiento de la Corona) (actuando en nombre del Gobierno de España) apeló a esta Cámara con el permiso de la Divisional Court (Tribunal de Apelaciones). El Divisional Court (Tribunal de Apelaciones) certificó que el tema de derecho de importancia general consistía en la "apropiada interpretación y extensión de la inmunidad de arresto y extradición gozada por un ex jefe de estado en el Reino Unido con respecto de actos cometidos mientras era jefe de estado". Antes de que la apelación se presentara a audiencia en esta Cámara por primera vez, el 4 de noviembre de 1998, el Gobierno de España

presentó un Requerimiento de Extradición formal que expandió grandemente la lista de crímenes alegados en la segunda orden judicial provisoria para alegar una conspiración generalizada para tomar el Gobierno de Chile por medio de un golpe de estado y a partir de allí reducir al país a sumisión por medio de la comisión de genocidio, homicidios, torturas y la toma de rehén, conductas que ocurrieron primariamente el Chile pero también en otros lugares.

La apelación se presentó por primera vez para audiencia ante esta Cámara entre el 4 y el 12 de noviembre de 1998. El Comité escuchó los planteos de abogados por el Crown Prosecution Service (Servicio de Enjuiciamiento de la Corona) como apelantes (actuando en nombre del Gobierno de España), del Senador Pinochet, de Amnesty International como tercero interviniente y de un amicus curiae independiente. También se atendieron planteos escritos de Human Rights Watch. Ese Comité atendió argumentos basados en el extendido ámbito del caso según se expresó en el Requerimiento de Extradición. No es enteramente claro en que extensión el Comité oyó planteos respecto de si todas o algunas de esas imputaciones constituían "crímenes extraditables". Hay alguna sugerencia en los fallos de que el punto fue admitido. Ciertamente, si es que el tema fue discutido, jugó un papel muy pequeño en esa primera audiencia. La sentencia fue dictada el 25 de noviembre de 1998 (ver [1998] 3 W.L.R. 1456). La apelación fue concedida por mayoría (Lord Nicholls de Birkenhead, Lord Steyn y Lord Hoffmann, con la disidencia de Lord Slynn de Hadley y Lord Lloyd de Berwick) basándose en que el Senador Pinochet no tenía derecho a inmunidad con relación a crímenes bajo el derecho internacional. El 15 de enero de 1998 dicho fallo de la Cámara fue dejado de lado con el fundamento de que el Comité no estaba constituido apropiadamente: ver [1999] 2 W.L.R. 272. La apelación se presentó nuevamente para una nueva audiencia el 18 de enero de 1999 ante Sus Señorías. Mientras tanto la situación había sido cambiada una vez más. En primer lugar, el Ministro del Interior había emitido la orden a la autoridad magistrada de que proceda bajo la sección 7 de la Ley de 1989. Al decidir permitir que la extradición a España prosiguiera se basó en parte en la decisión de esta Cámara en la primera audiencia de que el Senador Pinochet no tenía derecho a inmunidad. No autorizó a que los procedimientos de extradición prosiguieran en cuanto a la imputación de genocidio: de acuerdo con ello, ningún argumento más fue dirigido a nosotros sobre la imputación de genocidio que fue excluida del caso.

En segundo lugar, la República de Chile solicitó intervenir como parte. Hasta este momento Chile había estado insistiendo que se debía proveer inmunidad al Senador Pinochet, pero ahora deseaba unirse como parte. Cualquiera inmunidad que impida las imputaciones criminales contra el Senador Pinochet es la inmunidad no del Senador Pinochet sino la de la República de Chile. En consecuencia se otorgó permiso para intervenir a la República de Chile. El mismo amicus, el Sr. Lloyd Jones, fue oído como en la primera audiencia como lo fueron los abogados de Amnesty International. Declaraciones escritas fueron presentadas nuevamente en nombre de Human Rights Watch.

En tercer lugar, el ámbito de las imputaciones contra el Senador Pinochet se había ampliado una vez más. Chile había incluido detalles adicionales de las imputaciones

que ellos deseaban presentar. A fin de intentar traer orden al procedimiento, el Sr. Alum Jones Q.C., por el Crown Prosecution Service (Servicio de Enjuiciamiento de la Corona), preparó una lista de las 32 imputaciones criminales del Reino Unido que corresponden a las alegaciones hechas contra el Senador Pinochet bajo el derecho español, excepto que las imputaciones de genocidio fueron omitidas. Las imputaciones en dicha lista son analizadas y consideradas por completo en el discurso de mi noble y culto amigo, Lord Hope de Craighead, que resume las imputaciones del siguiente modo:

Imputaciones 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; Imputación 3: conspiración para tomar rehén entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990;

Imputación 4: conspiración para torturar como consecuencia de la cual se cometió homicidio en varios países incluyendo Italia, Francia, España y Portugal, entre el 1 de enero de 1972 y el 1 de enero de 1990;

Imputaciones 6 y 8: tortura entre el 1 de agosto de 1973 y el 8 de agosto de 1973 y el 11 de septiembre de 1973;

Imputaciones 9 y 12: conspiración para cometer homicidio 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;

Imputaciones 10 y 11: intento de homicidio en Italia el 6 de octubre de 1975;

Imputaciones 13-29; y 31-32: tortura en varias ocasiones entre el 11 de septiembre de 1973 y mayo de 1977.

Imputación 30: tortura el 24 de junio de 1989.

Paso entonces a considerar cuales de esas imputaciones son crímenes extraditables.

Crímenes Extraditables

Según yo comprendo la situación, en la primer audiencia en la Cámara de los Lores el Crown Prosecution Service (Servicio de Enjuiciamiento de la Corona) no buscó basarse en ninguna conducta del Senador Pinochet ocurrida antes del 11 de septiembre de 1973 (la fecha en la cual ocurrió el golpe de Estado) o después del 11 de marzo de 1990 (fecha en la cual el Senador Pinochet se retiró como jefe de estado). De acuerdo a ello, según el caso fue presentado en ese momento, si el Senador Pinochet tenía derecho a inmunidad, dicha inmunidad cubriría el período de los crímenes alegados en su totalidad. En la segunda audiencia ante Sus Señorías, sin embargo, el Crown Prosecution Service (Servicio de Enjuiciamiento de la Corona) extendió el período durante el cual los crímenes se dicen cometidos: por ejemplo, ver las imputaciones 1 y 4 en las que las conspiraciones se dicen comenzadas el 1 de enero de 1972, o sea antes de que el Senador Pinochet fuera jefe de estado y por lo tanto

podría tener derecho a inmunidad. En consecuencia, en la segunda audiencia los abogados del Senador Pinochet revivieron el planteo de que algunas de las imputaciones, particularmente aquellas relacionados con tortura y conspiración para torturar no eran "crímenes extraditables" porque *al momento en que los actos fueron realizados* los actos no eran criminales bajo la ley del Reino Unido. Una vez planteado, este tema no podía ser confinado simplemente al período (si es que lo hubo) antes de que el Senador Pinochet se convirtiera en jefe de estado. Si la regla de la doble criminalidad requiere que se demuestre que a la fecha de la conducta dicha conducta hubiera sido criminal bajo el derecho del Reino Unido, cualquier imputación basada en tortura o conspiración para torturar ocurrida antes del 29 de septiembre de 1988 (cuando la sección 134 de las Ley sobre Justicia Criminal entró en vigencia) no podría ser un "crimen extraditable" y en consecuencia no podría en ningún caso fundamentar una orden de extradición contra el Senador Pinochet.

Bajo la sección 1 (1) de la Ley de 1989, una persona que es acusada de un "crimen extraditable" puede ser arrestada y devuelta al Estado que ha requerido su extradición. La sección 2 define al "crimen extraditable", en cuanto sea pertinente, del siguiente modo: "(1) En esta Ley, excepto en el Anexo 1, 'crimen extraditable' significa (a) conducta en el territorio de un Estado extranjero, un país del Commonwealth o una colonia que, de haber ocurrido en el Reino Unido, constituiría un delito punible con prisión por un período de 12 meses, o cualquier castigo mayor, y que, como quiera que sea descripta por el derecho del estado extranjero, del país del Commonwealth o de la colonia, es también punible bajo dicho derecho; (b) Un delito extraterritorial contra la ley del estado extranjero, país del Commonwealth o colonia que es punible bajo dicho derecho con prisión por un término de 12 meses, o cualquier castigo mayor, y que satisface (i) la condición especificada en la subsección (2) abajo; o (ii) todas las condiciones especificadas en la subsección (3) abajo. "(2) La condición mencionada en la subsección (1)(b)(i) es que en las correspondientes circunstancias una conducta equivalente constituiría un delito extraterritorial contra el derecho del Reino Unido, punible con prisión por un término de 12 meses, o cualquier castigo mayor. "(3) Las condiciones mencionadas en la subsección (1)(b)(ii) son (a) Que el estado extranjero, país del Commonwealth o colonia base su jurisdicción en la nacionalidad de delincuente; (b) Que la conducta que constituye el delito haya ocurrido fuera del Reino Unido; (c) Que, si ocurriera en el Reino Unido, ella constituiría un delito bajo el derecho del Reino Unido, castigable con prisión por el término de 12 meses, o cualquier castigo mayor".

La pregunta es si las referencias a conductas "que, si ocurriera en el Reino Unido, constituiría un delito" en la sección 2 (1)(a) y (3)(c) se refieren a la ocurrencia hipotética a la fecha del requerimiento de extradición ("la fecha de requerimiento") o a la fecha de la conducta ("la fecha de la conducta"). En la Divisional Court (Tribunal de Apelación), el Lord Presidente de la Corte Suprema (en la p. 20 de la copia oficial de las actuaciones) sostuvo que las palabras requerían que los actos fueran criminales sólo a la fecha del requerimiento. Dijo: "Yo agregaría, sin embargo, al tema de la retroactividad que la conducta alegada contra el objeto del requerimiento no necesita, a mi juicio, haber sido criminal aquí al momento en que el crimen alegado fue

cometido en el extranjero. No hay nada en la sección 2 que provea ello. Lo que es necesario es que al tiempo del requerimiento de extradición, el delito sea un delito criminal aquí y que debe entonces ser punible con 12 meses de prisión o más. De otro modo la sección 2(1)(a) se hubiera referido a conductas que al momento relevante 'hubieran constituido' un delito y la sección 2(3)(c) hubiera dicho 'hubieran constituido'. En consecuencia, rechazo este argumento".

Lord Lloyd (que fue el único miembro del Comité que expresó su opinión sobre este punto en la primera audiencia) tomó el mismo punto de vista. Dijo en la p. 1481: "Pero estoy de acuerdo con la Divisional Court (Tribunal de Apelación) en que este argumento es malo. Involucra un entendimiento erróneo de la sección 2 de la Ley de Extradición de 1989. La Sección 2(1)(a) se refiere a conductas que *constituirían* un delito en el Reino Unido *ahora*. No se refiere a conductas que hubieran *constituido* un delito *entonces*".

Mis Lores, si las palabras de la sección 2 son interpretadas aisladamente, hay lugar para dos puntos de vista posibles. Estoy de acuerdo con el Lord Presidente de la Corte Suprema y con Lord Lloyd en que, leídas aisladamente, las palabras "si ocurriera... constituiría" se interpretan más fácilmente como una referencia a un suceso hipotético que ocurriría ahora, o sea a la fecha de requerimiento, que a un suceso hipotético pasado, o sea a la fecha de la conducta. Pero a mi juicio, la interpretación correcta no es clara. La palabra "ello" en la frase "si ello ocurriera..." es una referencia a la conducta del individuo en el extranjero, que, por definición, es un evento del pasado. La pregunta entonces sería, "ese hecho pasado (incluyendo la fecha en que ocurrió) constituiría un delito bajo el derecho del Reino Unido". La respuesta a dicha pregunta dependería del derecho del Reino Unido a ese momento.

Pero, por supuesto, no es correcto interpretar estas palabras aisladamente y Sus Señorías tenían la ventaja de los planteos que indicaban fuertemente que la fecha relevante es la fecha de la conducta. El punto de inicio es que la Ley de 1989 regula por lo menos tres tipos de extradición.

En primer lugar, la extradición a un país del Commonwealth, a una colonia o a un país extranjero que no sea parte de la Convención Europea sobre extradición. En esta clase de casos (que no es el presente) el procedimiento bajo la Parte III de la Ley de 1989 requiere que el requerimiento de extradición esté acompañado por evidencia suficiente que justifique el arresto bajo la Ley: sección 7(2)(b). El Secretario de Estado entonces emite su autorización para proceder que debe especificar los delitos bajo el derecho del Reino Unido que "estarían constituidos por conducta equivalente en el Reino Unido": sección 7(5). Bajo la Sección 8 se otorga al magistrado el poder de emitir una orden judicial de arresto si se le proveyera evidencia "que en su opinión justificaría la emisión de una orden judicial para el arresto de la persona acusada": sección 8(3). La committal court (corte encargada de la reclusión) debe entonces considerar, entre otras cosas, si "la evidencia sería suficiente para garantizar su juicio si el crimen extraditable *hubiera* ocurrido dentro de la jurisdicción de la corte" (énfasis agregado): sección 9(8). A mi juicio, estas normas indican claramente que la

conducta debe ser criminal bajo el derecho del Reino Unido a la fecha de la conducta y no sólo a la fecha de requerimiento. Todo el proceso de arresto y reclusión lleva a una situación en la que bajo la sección 9(8) el magistrado debe ser satisfecho de que, bajo el derecho del Reino Unido si la conducta "hubiera ocurrido" la evidencia era suficiente para garantizar su juicio. Esta es una clara referencia a la situación a la fecha en que la conducta ocurrió. Más aún, a mi juicio es obligatorio que la evidencia que el magistrado debe considerar debe ser suficiente "para garantizar su juicio". Aquí lo que está bajo consideración no es un concepto abstracto de si un hipotético caso es criminal, pero de una difícilmente practicable, este caso con relación a este acusado sería apropiadamente enviado a juicio si la conducta en cuestión hubiera ocurrido en el Reino Unido? La respuesta a dicha pregunta debe ser "no" a menos que a dicha fecha la conducta haya sido criminal bajo el derecho del Reino Unido.

La segunda clase de caso que trata la Ley de 1989 es cuando la extradición es buscada por un estado extranjero que, como España, es parte de la convención Europea sobre Extradición. Los requisitos aplicables en tal caso son los mismos que he tratado arriba con relación a la primer clase de caso, salvo que el estado requirente no tiene que presentar evidencia para proveer la base sobre la cual el magistrado puede hacer su orden de reclusión. El país requirente sólo provee la información. Pero esto no provee una base para distinguir los casos de la Convención de los casos de la primer clase. El requisito de doble criminalidad debe ser el mismo en ambas clases de caso.

Finalmente, la tercer clase de caso consiste en aquellos casos en los que hay una Order in Council (Orden en el Consejo) vigente bajo la Ley de Extradición de 1870. En dichos casos, el procedimiento no está regulado por la Parte III de la Ley de 1989 sino por el Anexo I a la Ley de 1989: ver sección 1(3). El Anexo I contiene, en efecto, las normas relevantes de la Ley de 1870, que, sujeta a sustanciosas reformas había estado en vigencia hasta la sanción de la Ley de 1989. El sistema de la Ley de 1870 era definir "crimen extraditable" como "un crimen que, si cometido en Inglaterra... hubiera sido uno de los crímenes descritos en el primer anexo a esta Ley"; sección 26. El primer anexo a la Ley de 1870 contiene una lista de crímenes y está encabezado:

"La siguiente lista de crímenes debe ser interpretada de acuerdo al derecho existente en Inglaterra... a la fecha del alegado crimen, ya sea por el common law o por ley sancionada antes o después de la aprobación de esta ley" (énfasis agregado).

Es, entonces, absolutamente claro que bajo la Ley de 1870 la regla de la doble criminalidad requería que la conducta fuera criminal bajo el derecho inglés a la fecha de la conducta, no a la fecha de requerimiento. El párrafo 20 del Anexo 1 a la Ley de 1989 provee: "crimen extraditable", con relación a un estado extranjero, debe ser interpretado por referencia a la Order in Council (Orden en el Consejo) bajo la sección 2 de la Ley sobre Extradición de 1870 aplicable a dicho estado pues tenía efecto inmediatamente antes de la entrada en vigencia de esta Ley y de cualquier enmienda hecho de allí en más a dicha Orden".

Como consecuencia, en esta clase de caso, regulado por el anexo 1 a la Ley de 1989, la misma situación se aplica como lo hacía anteriormente bajo la Ley de 1870, o sea la conducta debe ser un crimen bajo el derecho inglés a la fecha de la conducta. Sería extraordinario si la misma Ley requiriera que la criminalidad bajo el derecho inglés fuera demostrada a una fecha para una clase de extradición y a otra fecha para otra. Pero el argumento es más fuerte que eso. Fuimos llevados a través de un rastillaje de los trabajos preparatorios relacionados con la Convención sobre Extradición y los papeles departamentales que llevaron a la Ley de 1989. Eran singularmente silenciosos con respecto a la fecha relevante. Pero sí revelaban que no había habido una discusión referida al cambio de la fecha en la cual la criminalidad bajo el derecho inglés debía ser demostrada. Me parece imposible que la legislación haya tenido la intención de cambiar dicha fecha que se había aplicado durante más de cien años bajo la Ley de 1870 (o sea la fecha de la conducta) por una cuestión lateral y sin investigación.

Las imputaciones que alegan crímenes extraditables

Las consecuencias de requerir que la tortura sea un crimen bajo el derecho del Reino Unido a la fecha en que la tortura fue cometida son consideradas en el discurso de Lord Hope. Como él demuestra, las imputaciones de tortura y conspiración para torturar relacionados con conductas anteriores al 29 de septiembre de 1988 (la fecha en la cual la sección 134 entró en vigencia) no son extraditables, o sea solo aquellas partes de la conspiración para torturar, alegadas en la imputación 2 de tortura, y conspiración para torturar, alegadas en la imputación 4, que se relacionan al período posterior a dicha fecha y el acto singular de tortura alegado en la imputación 30 son crímenes extraditables relacionados con tortura.

Lord Hope también considera, y estoy de acuerdo con él, que la única imputación relacionada con la toma de rehenes (imputación 3) no revela ningún delito bajo la Ley de Toma de Rehene de 1982. El delito previsto en la ley consiste en tomar y detener a una persona (el rehén), de modo tal de forzar a alguien que no es el rehén a hacer o abstenerse de hacer algún acto: sección 1. Pero la única conducta relacionada con rehenes que se imputa alega que la persona detenida (el llamado rehén) iba a ser forzado a hacer algo por medio de amenazas de lesionar a otros no rehenes que es exactamente el opuesto del delito. Las imputaciones de rehén, en consecuencia, son malas y no constituyen crímenes extraditables.

Finalmente, el análisis de Lord Hope muestra que la imputación de conspiración para cometer homicidio en España (imputación 9) y las conspiraciones, previas al 29 de septiembre de 1988, para cometer actos de tortura en ese país, en tanto pueda demostrarse que forman parte de las alegaciones en la imputación 4, son crímenes extraditables.

Debo, por consiguiente, considerar si, en relación con estas dos categorías sobrevivientes de imputación, el Senador Pinochet goza de inmunidad soberana. Pero primero es necesario considerar la moderna ley de tortura.

Tortura

Aparte de la ley de piratería, el concepto bajo el derecho internacional de responsabilidad personal por crímenes internacionales es de crecimiento comparativamente moderno. Los sujetos tradicionales del derecho internacional son los estados, no los seres humanos. Pero como consecuencia de los juicios por crímenes de guerra después de la Guerra Mundial de 1939-45, la comunidad internacional reconoció que podía haber responsabilidad criminal bajo el derecho internacional por una clase de crímenes tales como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. A pesar de que puede haber legítimas dudas con respecto a la legalidad de la Carta del Tribunal de Nuremberg, a mi juicio dichas dudas fueron instiladas por la afirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocida por la Carta del Tribunal de Nuremberg adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946. Por lo menos a partir de esa fecha en adelante el concepto de responsabilidad personal por un crimen en el derecho internacional debe haber sido parte del derecho internacional. En los primeros años la tortura de estado era uno de los elementos de un crimen de guerra. En consecuencia la tortura, y varios otros crímenes contra la humanidad, estaban vinculados a la guerra o por lo menos a hostilidades de algún tipo. Pero en el transcurso del tiempo este vínculo con la guerra cayó y la tortura, divorciada de la guerra y las hostilidades, se convirtió en un crimen internacional en sí misma: ver *Oppenheim's International Law* (Edición Jennings and Watts) vol. 1, 996; nota 6 al Artículo 18 del *I.L.C. Draft Code of Crimes Against Peace; Prosecutor v. Furundzija* Tribunal de la Ex -Yugoslavia, Caso No. 17-95-17/1-T. A partir de 1945, la tortura en una gran escala ha existido como uno de los crímenes contra la humanidad: ver, por ejemplo, las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3059, 3452 y 3453 sancionadas en 1973 y 1975; Estatutos de los Tribunales Criminales Internacionales para la ex-Yugoslavia (Artículo 5) y Ruanda (Artículo 3).

Más aún, la República de Chile aceptó ante Sus Señorías que el derecho internacional que prohíbe la tortura tiene el carácter de *ius cogens* o norma imperativa, o sea, una de aquellas reglas del derecho internacional que tienen un status particular. En *Furundzija (supra)* para. 153, el Tribunal dijo: "Por la importancia de los valores que protege, [la prohibición de tortura] ha evolucionado hasta convertirse en una norma imperativa o *ius cogens*, esto es, una norma que goza de un rango mayor en la jerarquía internacional que el derecho de los tratados o incluso las reglas consuetudinarias 'ordinarias'. La consecuencia más conspicua de este rango superior es que el principio en cuestión no puede ser derogado por los estados a través de tratados internacionales o costumbres locales o especiales o incluso reglas consuetudinarias generales no dotadas de la misma fuerza normativa... Claramente, la naturaleza *ius cogens* de la prohibición contra la tortura articula la noción de que la prohibición se ha convertido ahora en uno de los standards más fundamentales de la comunidad internacional. Más aún, esta prohibición está designada para producir un efecto disuasivo, pues señala a todos los miembros de la comunidad internacional y a los individuos sobre los que ejerce autoridad que la prohibición de tortura es un valor absoluto del que nadie se puede desviar". (ver también los casos citados en la Nota 170 al caso *Furundzija*).

La naturaleza *ius cogens* del crimen internacional de tortura justifica que los estados tomen jurisdicción universal sobre la tortura, donde sea que fuese cometida. El derecho internacional provee que los delitos *ius cogens* pueden ser castigados por cualquier estado porque los delincuentes son "enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen un interés equivalente en su aprehensión y enjuiciamiento": *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571.

Fue sugerido por la representación del Senador Pinochet que, a pesar de que la tortura era contraria al derecho internacional, no era estrictamente un crimen internacional en el sentido más alto. A la luz de las fuentes a las que me he referido (y hay muchas otras) no tengo ninguna duda de que mucho antes de la Convención sobre Tortura de 1984 la tortura de estado era un crimen internacional.

Pero no había ningún tribunal o corte para castigar los crímenes internacionales de tortura. Las cortes locales podían tomar jurisdicción: ver *Demjanjuk (supra)*; *Attorney - General of Israel v. Eichmann* (1962) 36 I.L.R.S. Pero el objetivo era asegurar una jurisdicción general para que el torturador no estuviera a salvo donde quiera que fuera. Por ejemplo, en este caso se alega que durante el régimen Pinochet la tortura era un arma oficial, aunque no reconocida, del gobierno y que, cuando el régimen estaba por culminar, sancionó legislación designada para proveer una amnistía a aquellos que habían tomado parte en la tortura institucionalizada. Si estas alegaciones son verdaderas, el hecho de que la corte local tuviera jurisdicción para tratar el crimen internacional de tortura no significaba nada mientras el régimen totalitario se mantuviera en el poder. Un régimen totalitario no permite que se traten en sus propias cortes sus propias fallas. De allí la demanda de algún mecanismo internacional para reprimir la tortura de estado que no dependa de las cortes locales donde la tortura fue cometida. En cuanto a este tema, más de 110 estados (incluyendo Chile, España y el Reino Unido) se convirtieron en partes de la Convención sobre Tortura. Lo que se necesitaba, por lo tanto, era un sistema internacional que pudiera castigar a aquellos que eran culpables de tortura y que no permitiera la evasión del castigo del torturador que se moviera de un estado a otro. La Convención sobre Tortura fue acordada no a fin de crear un crimen internacional que no había existido previamente sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el criminal internacional —el torturador— no pudiera encontrar un refugio. Burgers y Danelius (el Presidente del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas en la Convención sobre Tortura de 1984 y el redactor de su borrador final, respectivamente) dicen, en la p. 131, que era "un propósito esencial [de la Convención] garantizar que un torturador no escape a las consecuencias de su acto por ir a otro país".

La Convención sobre Tortura

El Artículo 1 de la Convención define a la tortura como el infligir intencionalmente severo dolor y sufrimiento con el fin de obtener un amplio rango de objetivos, "cuando tal dolor o sufrimiento es infligido por, con la instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público u otra persona actuando en carácter oficial." El Artículo 2(1) requiere que cada estado parte prohíba la tortura en

el territorio dentro de su propia jurisdicción y el Artículo 4 requiere que cada estado parte garantice que "todos" los actos de tortura son delitos bajo su derecho criminal. El Artículo 2(3) prohíbe cualquier defensa invocando órdenes superiores. Bajo el Artículo 5(1) cada estado parte debe establecer su jurisdicción sobre la tortura (a) cuando sea cometida dentro del territorio bajo su jurisdicción (b) cuando el alegado delincuente es un nacional de dicho estado, y (c) en ciertas circunstancias, cuando la víctima es un nacional de ese estado. Bajo el Artículo 5(2) un estado parte debe tomar jurisdicción sobre cualquier supuesto delincuente que encuentre dentro de su territorio. El Artículo 6 contiene normas para el estado en cuyo territorio se encuentra el supuesto torturador, de detenerlo, investigar la situación y notificar a los estados a los que se refiere el Artículo 5(1), e indicar si tiene intenciones de ejercer jurisdicción. Bajo el Artículo 7 el estado en cuyo territorio se encuentra el alegado torturador, si no es extraditado a ninguno de los estados mencionados en el Artículo 5(1), debe someterlo a sus autoridades con el objetivo de enjuiciarlo. Bajo el Artículo 8(1) la tortura debe ser tratada como un delito extraditable y bajo el Artículo 8(4) la tortura debe, a los fines de la extradición, ser tratada como si hubiera sido cometida no sólo en el lugar en que ocurrió sino también en el estado mencionado en el Artículo 5(1).

¿Quién es un "funcionario" a los fines de la Convención sobre Tortura?

La primer pregunta acerca de la Convención es la de decidir si los actos hechos por un jefe de estado son hechos por un "funcionario público o una persona actuando en carácter oficial" dentro del significado del Artículo 1. La misma pregunta surge bajo la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988. La respuesta a ambas preguntas debe ser la misma. En el fallo de la primer audiencia (en el pp. 1476G - 1477E) Lord Slynn sostuvo que un jefe de estado no era ni un funcionario público ni una persona actuando en un carácter oficial dentro del significado del Artículo 1. Señaló que hay un cierto número de convenciones internacionales (por ejemplo el Estatuto de Crímenes de Guerra de Yugoslavia y el Estatuto de Crímenes de Guerra de Ruanda) que se refieren específicamente a los jefes de estado cuando tienen la intención de hacerlos responsables. Lord Lloyd aparentemente no estaba de acuerdo con Lord Slynn en este punto pues pensaba que un jefe de estado que era un torturador no podía ser enjuiciado en su propio país, un punto de vista que no podría ser correcto a menos que tal jefe de estado se hubiera comportado como un funcionario público o en un carácter oficial.

Resultó claro que tanto la República de Chile como el Senador Pinochet aceptaban que los actos alegados y comprobados, eran actos hechos por un funcionario público o persona actuando en carácter oficial dentro del significado del Artículo 1. A mi juicio estas concesiones fueron correctamente realizadas. A menos que un jefe de estado que autorice o promueva torturas sea un funcionario o esté actuando en carácter oficial, entonces no sería culpable del crimen internacional de tortura incluso dentro de su propio estado. Esa, claramente, no puede haber sido la intención. A mi juicio sería completamente contrario a la intención de la Convención si cualquier persona pudiera estar exenta de culpa. La pregunta crucial no es si el Senador Pinochet cae

dentro de la definición del Artículo 1: claramente lo hace. La cuestión es si, aún así, es inmune procesalmente de proceso. Según mi razonamiento el hecho de que un jefe de estado pueda ser culpable del crimen arroja poca luz, si es que arroja alguna, a la pregunta sobre si es inmune de enjuiciamiento por dicho crimen en un estado extranjero.

Jurisdicción universal

Hubo una considerable discusión ante sus Señorías concerniente a la extensión de la jurisdicción para enjuiciar a los torturadores en estados no mencionados en el Artículo 5(1). No encuentro que sea necesario buscar una respuesta a todos los temas planteados. Es suficiente con que está claro que en todas las circunstancias, si los estados del Artículo 5(1) no eligen buscar la extradición o enjuiciar al delincuente, otros estados deben hacerlo. El propósito de la Convención era introducir el principio aut dedere aut punire - o se extradita o se castiga: Burgers y Danelius p. 131. Durante la negociación de la Convención ciertos países deseaban que el ejercicio de la jurisdicción bajo el Artículo 5(2) dependiera de que el estado que asumió jurisdicción hubiera negado la extradición a un estado del Artículo 5(1). De todos modos, en una sesión en 1984, todas las objeciones al principio de aut dedere aut punire fueron levantadas. "La inclusión de la jurisdicción universal en el Convención de Redacción no fue más opuesta por ninguna delegación": Grupo de Trabajo en la Draft Convention U.N. Doc. E/CN.4/1984/72, para. 26. Si no hay enjuiciamiento por, o extradición a un estado del Artículo 5(1), el estado donde se encuentra el delincuente alegado (que ya lo habrá puesto bajo custodia de acuerdo al Artículo 6) debe ejercer la jurisdicción bajo el Artículo 5(2) enjuiciándolo bajo el Artículo 7(1).

Reúno los siguientes puntos importantes de la Convención sobre la Tortura: 1) La tortura dentro del significado de la Convención sólo puede ser cometida por "un funcionario público u otra persona actuando en carácter oficial", estas palabras incluyen a un jefe de estado. Un acto único de tortura oficial es "tortura" dentro de esta Convención; 2) Las órdenes superiores no proveen defensa alguna; 3) Si los estados con la jurisdicción más obvia (los estados del Artículo 5(1)) no buscan extraditar, el estado donde el alegado torturador se encuentra debe enjuiciarlo o, aparentemente, extraditarlo a otro país, o sea, hay jurisdicción universal. 4) No hay normas expresas que traten la inmunidad de estado de los jefes de estado, embajadores u otros funcionarios. 5) Dado que Chile, España y el Reino Unido son todos partes de esta Convención, están obligados por el tratado y por sus normas, independientemente de que dichas normas fueran aplicables o no en ausencia de la obligación que surge del tratado. Chile ratificó la Convención desde el 30 de octubre de 1988 y el Reino Unido con efecto desde el 8 de diciembre de 1988.

Inmunidad de estado

Este es el tema alrededor del cual ha girado la mayor parte de la discusión. Es de considerable importancia internacional desde que, si el Senador Pinochet no tiene derecho a inmunidad con relación a los actos de tortura alegados de haber ocurrido después del 29 de septiembre de 1988, será la primera vez, de acuerdo a lo que los

abogados han descubierto hasta este momento, que una corte local se ha negado a proveer inmunidad a un jefe de estado o ex jefe de estado basándose en que no puede haber inmunidad contra enjuiciamiento por ciertos crímenes internacionales.

Dada la importancia de este punto, es sorprendente cuán estrecha es el área de inmunidad. Existe un acuerdo general entre las partes referido a las reglas de inmunidad establecidas por las leyes con relación al crimen internacional de tortura y, de ser así, si la República de Chile tiene derecho a reclamar tal inmunidad, aunque Chile, España y el Reino Unido sean todas partes de la Convención sobre Tortura, y en consecuencia, "contractualmente" obligados para dar efecto a sus normas desde el 8 de diciembre como última fecha.

Constituye un principio básico del derecho internacional el que un estado soberano (el estado del tribunal) no puede pronunciarse judicialmente sobre la conducta de un estado extranjero. El estado extranjero tiene derecho a inmunidad de procedimiento. Esta inmunidad se extiende tanto a la responsabilidad criminal como a la civil. La inmunidad de estado probablemente se desarrolló de la inmunidad histórica de la persona del monarca. En todo caso, tal inmunidad personal del jefe de estado persiste hasta nuestros días: el jefe de estado tiene derecho a la misma inmunidad que el estado mismo. El representante diplomático del estado extranjero es también provisto de la misma inmunidad en reconocimiento de la dignidad del estado que representa. Esta inmunidad gozada por un jefe de estado en ejercicio del poder, y por un embajador en su puesto, es una inmunidad completa vinculada al jefe de estado o embajador y que lo vuelve inmune de todas las acciones o juicios, se relacionen o no con asuntos realizados para el beneficio del estado. Tal inmunidad se dice otorgada *ratione personae*.

Que ocurre entonces cuando el embajador deja su puesto o el jefe de estado es depuesto? La situación del embajador está cubierta por la Convención de Viena sobre las relaciones Diplomáticas, 1961. Luego de proveer la inmunidad de arresto (Artículo 29) y de jurisdicción criminal y civil (Artículo 31), el Artículo 39(1) provee que los privilegios del embajador serán gozados desde el momento en que asume su puesto; y la subsección (2) provee: "(2) Cuando las funciones de una persona que goza de privilegios o inmunidades han terminado, tales privilegios o inmunidades cesarán normalmente en el momento en que deja el país, o al expirar un período razonable para que lo haga, pero subsistirán hasta ese momento, incluso en el caso de conflicto armado. De todos modos, con respecto a actos realizados por dicha persona en ejercicio de sus funciones como miembro de la misión, la inmunidad continuará subsistiendo".

La inmunidad parcial continuada del embajador una vez que deja su puesto es de una clase diferente a la que gozaba *ratione personae* mientras estaba en dicho puesto. Puesto que no es más el representante de un estado extranjero no amerita privilegios o inmunidades particulares como persona. Sin embargo, a fin de preservar la integridad de las actividades del estado extranjero durante el período en que fue embajador, es necesario proveer que la inmunidad sea provista a sus actos *oficiales*

durante su duración en el puesto. Si esto no se hiciera, la inmunidad soberana del estado podría ser evadida cuestionando actos realizados durante el período del anterior embajador. De acuerdo con ello, bajo el artículo 39(2) el embajador, como cualquier otro funcionario del estado, goza de inmunidad con relación a sus actos oficiales realizados mientras era un funcionario. Esta inmunidad limitada, *ratione materiae*, debe ser contrastada con la ex inmunidad *ratione personae* que daba inmunidad completa a todas las actividades, públicas o privadas.

A mi juicio, en el common law un ex jefe de estado goza de similares inmunidades, *ratione materiae*, una vez que deja de ser jefe de estado. También pierde la inmunidad *ratione personae* al dejar de ser jefe de estado: ver Watts *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers*, p. 88 y los casos allí citados. Puede ser demandado respecto de sus obligaciones privadas: *Ex King Farouk of Egypt v. Christian Dior* (1957) 24 I.L.R. 228; *Jimenez v. Aristiguieta* (1962) 311 F. 2d 547. Como ex jefe de estado no puede ser demandado con respecto a los actos realizados mientras era jefe de estado en su carácter público: *Hatch v. Baez* [1876] 7 Hun. 596. Así, en el common law, la situación de un ex embajador y del ex jefe de estado parece ser la misma: ambos gozan de inmunidad por actos realizados en cumplimiento de sus respectivas funciones mientras estén en su cargo.

He tratado este punto porque hay una extraña rasgo del derecho del Reino Unido que debo mencionar brevemente. La Ley de Inmunidad de Estado 1978 modifica la inmunidad completa tradicional normalmente provista por el common law en reclamos por daños y perjuicios contra estados extranjeros. Tales modificaciones están contenidas en la Parte I de la Ley. La Sección 16(1) provee que nada de la Parte I es de aplicación a los procedimientos criminales. En consecuencia, la Parte I no tiene aplicación directa al presente caso. Sin embargo, la Parte III de la Ley contiene la sección 20(1) que provee: "Sujetos a las normas de esta sección y a cualquier modificación necesaria, la Ley de Privilegios Diplomáticos 1964 será de aplicación a: (a) un soberano u otro jefe de estado; como se aplica al jefe de una misión diplomática..."

La forma correcta de aplicar el Artículo 39(2) de la Convención de Viena a un ex jefe de estado es confusa. ¿Que "funciones" se deben considerar? ¿Cuándo cesan, si el ex jefe de estado, casi seguro nunca llega a este país y mucho menos lo deja? La inmunidad de un ex jefe de estado ¿está limitada al ejercicio de las funciones de un miembro de la misión, o ello es nuevamente un tema sujeto a "modificación necesaria"? Es difícil resistir la sospecha de que algo ha salido mal. Una búsqueda fue realizada en la historia parlamentaria de la sección. De allí surgió que la sección 20(1) original decía "un soberano u otro jefe de estado *que está en el Reino Unido por invitación o con el consentimiento del Gobierno del Reino Unido*." Con esa base la sección hubiera sido inteligible. Sin embargo, fue cambiada por una enmienda del Gobierno, cuyo proponente dijo que la cláusula introducida "deja una duda insatisfactoria sobre la situación de los jefes de estado que no están en el Reino Unido"; dijo que la enmienda era para asegurar que los jefes de estado serían tratados como jefes de misiones diplomáticas "independientemente de su presencia en el

Reino Unido". La historia parlamentaria, por lo tanto, no revela indicaciones claras de lo que se pretendía. Sin embargo, a mi juicio, no importa indebidamente desde que el Parlamento no puede haber tenido la intención de dar a los jefes de estado y ex jefes de estado mayores derechos de los que ya gozaban bajo el derecho internacional. De acuerdo con ello, "las modificaciones necesarias" que necesitan ser hechas producirán como resultado que un ex jefe de estado tiene inmunidad con relación a actos realizados como parte de sus funciones oficiales cuando era jefe de estado. De acuerdo con ello, en mi opinión, el Senador Pinochet como ex jefe de estado goza de inmunidad *ratione materiae* con relación a actos realizados por él como jefe de estado y como parte de sus funciones oficiales de jefe de estado.

La pregunta que debe ser respondida es, entonces, si la alegada organización de tortura de estado por parte del Senador Pinochet (si se la prueba) constituiría un acto cometido por el Senador Pinochet como parte de sus funciones oficiales como jefe de estado. No es suficiente con decir que cometer un crimen no puede ser parte de las funciones de los jefes de estado. Acciones que son criminales bajo el derecho local pueden aún haber sido realizadas oficialmente y por lo tanto dar nacimiento a inmunidad *ratione materiae*. El caso necesita ser analizado más de cerca.

Puede decirse que la comisión de un crimen que es un crimen internacional contra la humanidad y *jus cogens* es un acto realizado en carácter oficial en nombre del estado? Creo que hay un fuerte fundamento para decir que la implementación de tortura, según la define la Convención sobre la Tortura, no puede ser una función del estado. Este es el punto de vista adoptado por Sir Arthur Watts (supra) no involucra directamente obligaciones en individuos personalmente, ello no es siempre apropiado, particularmente por actos de tal gravedad que constituyen no meramente actos ilícitos internacionales (en el sentido amplio de acto ilícito civil) sino crímenes internacionales que ofenden contra el orden público de la comunidad internacional. Los estados son personas legales artificiales: sólo pueden actuar a través de instituciones y agencias del estado, lo cual significa, en definitiva, a través de sus funcionarios y otros individuos actuando en nombre del estado. Que la conducta internacional, que es tan seria como para ser manchada con criminalidad, sea considerada atribuible sólo al estado impersonal y no a los individuos que lo ordenaron o perpetraron, es tanto irrealista como ofensiva de las nociones comunes de justicia. "La idea de que los individuos que cometen crímenes internacionales son responsables internacionalmente por ellos ha sido ahora aceptada como una parte del derecho internacional. Los problemas en este área —tales como la inexistencia de un tribunal internacional que tenga jurisdicción sobre tales crímenes, y la falta de acuerdo en cuanto a cuáles actos son criminales internacionalmente a este fin— no han afectado la aceptación general del principio de responsabilidad individual por conducta criminal internacional".

Más adelante, en el p. 84, dijo: "No puede ya dudarse que como un asunto de derecho internacional consuetudinario un jefe de estado será personalmente responsable para ser llamado para responder si hay evidencia suficiente de que autorizó o perpetró tan serios crímenes internacionales".

Puede objetarse que Sir Arthur estaba mirando aquellos casos en que la comunidad internacional ha establecido un tribunal internacional en relación al cual el documento regulatorio *expresamente* hace que el jefe de estado esté sujeto a la jurisdicción del tribunal: ver, por ejemplo, el Artículo 7 de la Carta de Nuremberg; el Estatuto del Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia; el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y el Estatuto de la Corte Criminal Internacional. Es cierto que en estos casos se dice expresamente que el jefe de estado o ex jefe de estado está sujeto a la jurisdicción de la corte. Pero esos son casos en que una nueva corte, sin jurisdicción existente se está estableciendo. La jurisdicción siendo establecida por la Convención sobre la Tortura y la Convención sobre Rehenes es una en la que las cortes locales existentes en todos los países están siendo autorizadas y requeridas para tomar jurisdicción internacionalmente. La pregunta es si, en este tipo nuevo de jurisdicción, el único punto de vista posible es que aquellos convertidos en objetos de la jurisdicción de cada una de las cortes de los estados del mundo, con relación a la tortura, no tienen derecho a reclamar inmunidad.

Tengo dudas acerca de si, antes de la entrada en vigencia de la Convención sobre Tortura, la existencia del crimen internacional de tortura como *jus cogens* era suficiente para justificar la conclusión de que la organización de la tortura de estado no podía considerarse, a los fines de la inmunidad, como una función oficial. En ese punto no había ningún tribunal internacional para castigar la tortura y ninguna jurisdicción general para permitir o requerir su castigo en las cortes nacionales. Hasta que no hubo algún tipo de jurisdicción universal para el castigo del crimen de tortura no se podía realmente hablar acerca de un crimen internacional enteramente constituido. Pero, a mi juicio, la Convención sobre Tortura proveyó lo que estaba faltando: una jurisdicción internacional en todo el mundo. Más aún, requirió que todos los estados miembros prohíban y proscriban la tortura: Artículo 2. ¿Cómo puede ser, a los fines del derecho internacional, una función oficial hacer algo que el derecho internacional prohíbe y considera un crimen? En tercer lugar, un rasgo esencial del crimen internacional de tortura es que debe ser cometido "por o con la aquiescencia de un funcionario público u otra persona que actúe en carácter oficial". Como resultado, todos los acusados en casos de tortura serán funcionarios del estado. Sin embargo, si el ex jefe de estado tiene inmunidad, el hombre más responsable escapará a la responsabilidad mientras que sus inferiores (los jefes de policía, oficiales inferiores del ejército) que llevaron a cabo sus ordenes serán responsables. Es imposible para mí aceptar que esta haya sido la intención.

Finalmente, y para mí, decisivamente, si la implementación de un régimen de tortura es una función pública que da nacimiento a la inmunidad *ratione materiae*, esto produce resultados extraños. La inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a ex jefes de estado y ex embajadores, sino a todos los funcionarios del estado que han estado involucrados en llevar a cabo las funciones del estado. Tal inmunidad es necesaria a fin de evitar que la inmunidad de estado sea circunvenida enjuiciando o demandando al funcionario que, por ejemplo, realizó la tortura cuando un reclamo contra el jefe de estado sería impedido por la doctrina de la inmunidad. Si eso se aplicara al presente caso, y si la implementación del régimen de tortura va a ser tratado como un asunto oficial suficiente para fundar una inmunidad para el ex jefe de estado,

también debe ser un asunto oficial justificar la inmunidad para sus inferiores que llevaron a cabo la tortura. Bajo la Convención el crimen internacional de tortura sólo puede ser cometido por un funcionario o alguien con carácter oficial. Todos tendrían derecho a inmunidad. De ello se seguiría que no puede haber casos fuera de Chile en que un enjuiciamiento exitoso por tortura puede ser presentado a menos que el Estado de Chile esté preparado para renunciar a su derecho a la inmunidad de sus funcionarios. Por lo tanto, toda la compleja estructura de la jurisdicción universal sobre la tortura cometida por los funcionarios se vuelve abortiva y uno de los principales objetivos de la Convención sobre Tortura —proveer un sistema bajo el cual no haya refugio para los torturadores— se habrá frustrado. A mi juicio todos estos factores juntos demuestran que la noción de la inmunidad continuada para los ex jefes de estado es inconsistente con las normas de la Convención sobre Tortura.

Por estas razones, a mi juicio, si, según se alega, el Senador Pinochet organizó y autorizó tortura después del 8 de diciembre de 1988, no estaba actuando en ningún carácter que dé nacimiento a inmunidad *ratione personae* porque tales acciones eran contrarias al derecho internacional, Chile había acordado prohibir tal conducta y Chile había acordado con otras partes de la Convención sobre Tortura que todos los estados signatarios deben tener jurisdicción para juzgar la tortura oficial (según la definición de la Convención) incluso si tal tortura fuese cometida en Chile.

En cuanto a las imputaciones de homicidio y conspiración para asesinar, nadie ha presentado ninguna razón por la cual las reglas ordinarias de inmunidad no deban aplicarse y el Senador Pinochet tiene derecho a tal inmunidad.

Por estas razones, yo permitiría la apelación de modo tal de permitir que procedan los procedimientos de extradición en las alegaciones de conspiración para cometer tortura, incluyendo el acto único de tortura que se alega en la imputación 30, cometidas por el Senador Pinochet después del 8 de diciembre de 1988, cuando perdió su inmunidad.

Al emitir al magistrado una autorización para proceder bajo la sección 7 de la ley de Extradición 1989, el Secretario de Estado procedió con el fundamento de que todo el rango de imputaciones de tortura e imputaciones de homicidio contra el Senador Pinochet serían el objeto de los procedimientos de extradición. La decisión de Sus Señorías de excluir de consideración un gran número de dichas imputaciones constituye un cambio sustancial en las circunstancias. Esto requerirá obviamente que el Secretario de Estado reconsidere su decisión bajo la sección 7 a la luz de las circunstancias modificadas.

LORD GOFF DE CHEVELEY

Mis Lores,

I. Introducción

Los antecedentes para la presente apelación han sido enumerados, con economía y lucidez, en la opinión de mi noble y culto amigo Lord Browne-Wilkinson, que he

tenido la oportunidad de leer en borrador. Adopto, agradecidamente, su narración y, para mantener mi propia opinión tan corta y razonable como sea posible, no propongo repetirla. La cuestión central en la apelación es si el Senador Pinochet tiene derecho como ex jefe de estado al beneficio de inmunidad de estado *ratione materiae* con respecto a las imputaciones presentadas contra él, según las enumeradas en la lista de imputaciones preparada por el Sr. Alun Jones Q. C. en nombre del Gobierno de España.

II. El principal tema discutido en la apelación...

III. La regla de la doble criminalidad

Durante el transcurso de la audiencia ante Sus Señorías, dos nuevos temas emergieron o adquirieron una importancia de la que no gozaban con anterioridad. El primero de estos es el tema de la doble criminalidad al cual me referiré ahora.

En la audiencia ante Sus Señorías el representante de los apelantes, buscó entender hacia atrás el perfo del cual se alegaba la comisión de los crímenes imputados, con el efecto de que algunos de esos crímenes podría decirse que habían ocurrido antes del golpe de estado como consecuencia del cual el senador Pinochet asumió el poder. El propósito era afirmar que, con respecto a estos crímenes, no estaba disponible para él ninguna inmunidad como ex jefe de estado. Como consecuencia, la representación del Senador Pinochet, revivió el planteo de que algunas de las imputaciones relacionadas con crímenes que no eran crímenes extraditables porque no eran, al momento en que se alega su comisión, considerados actos criminales bajo el derecho de este país, transgrediendo, así, la regla de la doble criminalidad. Por las razones dadas por mi noble y culto amigo Lord Browne-Wilkinson, con las cuales estoy, respetuosamente, en completo acuerdo, considero que el planteo de la representación del Senador Pinochet estaba bien fundado.

Los apelantes no analizaron, las consecuencias de este argumento, de ser exitoso, a fin de identificar las imputaciones contra el Senador Pinochet que sobrevinieran a la aplicación de la regla de la doble criminalidad. Dicha sustanciosa tarea ha sido realizada, sin embargo, por mi noble y culto amigo, Lord Hope de Craighead, al cual Sus Señorías deben una deuda de gratitud. Acepto respetuosamente su análisis. Como dice con acierto, el impacto en el presente caso es profundo. La gran masa de delitos con la cual se imputa al Senador Pinochet debe ser excluida, como también debe serlo la imputación de toma de rehenes que no revela un delito bajo la Ley de Toma de Rehenes de 1982. Las principales imputaciones que sobreviven son las relacionadas con actos de tortura alegados de haber sido cometidos, o conspiraciones para tortura que se alega que se encontraban activas, después del 29 de septiembre de 1988, fecha en la cual la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal 1988 (que dio efectividad a la Convención sobre Tortura en este país) entró en vigencia. Estas son: Imputación 30, que se relaciona a un acto único de tortura alegado de haber sido cometido el 24 de junio de 1989; y las imputaciones 2 y 4, que alegan 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 tanto se relacionan con el relativamente corto período entre el 29 de septiembre de 1988 y el 12 de enero de 1990. Además, sin embargo, la imputación de conspiración para cometer homicidio en España (imputación 9), y las conspiraciones para cometer homicidios en España que pueda demostrarse que forman parte de las alegaciones de la imputación 4, también sobreviven.

IV. Inmunidad de estado

Así como mi noble y culto amigo Lord Browne-Wilkinson, considero que la aplicación de los principios de inmunidad de estado en el caso de jefes de estado y ex jefes de estado esta relativamente no controvertida, aunque la legislación en la cual se basa actualmente, la ley de Inmunidad de Estado 1978, tiene características extrañas que sólo pueden ser explicadas por la historia legislativa de la ley.

No puede haber dudas, en mi opinión, de que la intención es que la Ley provea la única fuente de derecho inglés en este tema. Esto es porque el título completo de la Ley dispone (*inter alia*) que la Ley va a "hacer nuevas normas con respecto a las inmunidades y privilegios de los jefes de estado." Puesto que en el presente caso nos preocupa la inmunidad de procedimiento criminal, podemos ignorar la Parte I (que no se aplica a los procedimientos criminales) y dirigirnos directamente a la Parte III, y en particular a la sección 20. La sección 20(1) provee lo siguiente: "Sujeto a las normas de esta sección y a cualquier modificación necesaria, la Ley de Privilegios Diplomáticos 1964 se aplica a -(a) un soberano u otro jefe de estado ... según se aplica al jefe de la misión diplomática."

La función de la Ley de Privilegios Diplomáticos 1964 es dar efectividad a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en este país, cuyos artículos relevantes están anexados a la Ley. El problema es, por supuesto, como identificar las "modificaciones necesarias" al aplicar la Convención de Viena a los jefes de estado. La naturaleza del problema es manifiesta cuando nos dirigimos al Artículo 39 de la convención, el cual provee: "1. Cada persona con derecho a privilegios o inmunidades gozará de ellos desde el momento en que entre al territorio del estado receptor para realizar los procedimientos para tomar su puesto, o, si ya se encontrare en su territorio, desde el momento en que su nombramiento es notificado al Ministerio de Relaciones Internacionales u otro ministerio que se acuerde."

"2. Cuando las funciones de una persona que goza de privilegios e inmunidades ha llegado a su fin, tales privilegios e inmunidades normalmente cesarán en el momento en que deje el país, o al expirar un período razonable para hacerlo, pero subsistirán hasta ese momento, incluso en el caso de un conflicto armado. Sin embargo, con respecto a los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión, la inmunidad continuará subsistiendo".

Al principio esto parece muy extraño, al aplicárselo a un jefe de estado. Sin embargo, las escamas caen de nuestros ojos cuando descubrimos en la historia legislativa de la Ley que la intención originaria era aplicarlo sólo a un soberano u otro jefe de estado en este país ante la invitación o con el consentimiento del gobierno de este país, pero fue modificada para proveer también para la situación de un jefe

de estado que no estaba en este país, de allí la forma del título completo, que fue modificado para aplicarla simplemente a jefes de estado. Tenemos, por lo tanto, que ser vigorosos al aplicar la Convención de Viena a los jefes de estado "con las modificaciones necesarias". En el caso de un jefe de estado, no puede haber ninguna controversia al unir el Artículo 39(1) o (2) al territorio del estado receptor, como fue sugerido en nombre de los apeltantes. Una vez que se asume eso, no parece haber razón por la que la inmunidad de un jefe de estado bajo la Ley no pueda interpretarse en cuanto sea posible para acordar con su inmunidad al derecho internacional consuetudinario, que provee el fondo contra el cual esta ley está establecida: ver *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia* [1984] 1 A.C. 580, 597G, per Lord Diplock. El efecto es que un jefe de estado gozará, tanto bajo la ley como bajo en el derecho internacional, de inmunidad de estado *ratione personae* mientras esté en su cargo, y después de que termine de estar en el cargo gozará de la inmunidad concomitante *ratione materiae* "respecto de los actos realizados [por él] en el ejercicio de sus funciones [como jefe de estado]", siendo la duda crítica "si la conducta realizada en apariencia de o en ejercicio ostensible de la autoridad pública del jefe de estado" (ver *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), P. 56). En este contexto, se contrastan actos del gobierno, que son funciones del jefe de estado, y actos privados, que no lo son.

No puede haber dudas de que la inmunidad de un jefe de estado, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae*, se aplica tanto a los procedimientos civiles como a los criminales. Esto es porque la inmunidad se aplica a cualquier forma de proceso legal. El principio de inmunidad de estado es expresado en la máxima latina *par in parem non habet imperium*, cuyo fin es que un estado soberano no puede pronunciarse judicialmente sobre la conducta de otro. Este principio se aplica entre estados, y el jefe de un estado tiene derecho a la misma inmunidad que el estado en sí mismo, así como los representantes diplomáticos del estado. La aplicación del principio a los procedimientos criminales se refleja en la Ley de 1978 en que no hay norma equivalente en la Parte III de la Ley a la sección 16(4) que provee que la Parte I no es de aplicación a los procedimientos criminales.

Sin embargo, surge una duda respecto de si cualquier límite se coloca a la inmunidad con respecto a los delitos criminales. Obviamente, el simple hecho de que la conducta sea criminal no excluye la inmunidad por sí misma, de otro modo tendría poco sentido en la inmunidad de procesos criminales; y esto es así incluso cuando el crimen es de un carácter serio. De esto se sigue, en mi opinión, que el simple hecho de que el crimen en cuestión no excluye la inmunidad de estado. Ha sido dicho, sin embargo, por Sir Arthur Watts (op. cit. Pp. 81-84) que un jefe de estado simplemente es responsable personalmente: "por actos de tal seriedad que constituyan no simplemente actos ilícitos internacionales (en el sentido amplio del acto ilícito civil) sino mas bien crímenes internacionales que ofenden el orden público de la comunidad internacional".

Se refirió luego a varios instrumentos, incluyendo la Carta del Tribunal de Nuremberg (1946), la Carta del Tribunal de Tokio (1948), el Proyecto de Código de

la Comisión de Derecho Internacional sobre Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (adoptado provisionalmente en 1988), y el Estatuto del Tribunal de Crímenes de Guerra de la ex Yugoslavia (1993), todos los cuales disponen expresamente la responsabilidad de los jefes de estado, aparte de la Carta del Tribunal de Tokio que contiene una norma similar referida a la situación oficial del acusado. Llegó a la conclusión, en la p. 84, de que: "No puede ya dudarse de que como un asunto del derecho internacional consuetudinario general un jefe de estado será personalmente pasible de ser llamado a responder si hay evidencia suficiente de que autorizó o perpetró tales serios crímenes internacionales".

En cuanto a la tortura, sin embargo, se deben señalar dos temas. El primero es que es evidente por este párrafo que Sir Arthur se refiere no sólo a un crimen específico como tal, sino a un crimen que delinque contra el orden público de la comunidad internacional, por el cual un jefe de estado puede ser *internacionalmente* (su énfasis) imputable. Los instrumentos citados por él muestran que se ocupa aquí de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Originariamente estos estaban limitados a crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado, como en el caso de las Cartas de Nuremberg y Tokio, y también en el caso del Estatuto de Yugoslavia, aunque allí se provee que el conflicto puede ser de carácter internacional o interno. Consecuentemente, el contexto ha sido ampliado para incluir (inter alia) la tortura "cuando fuera cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático sobre la población civil" con fundamentos especificados. Una norma a estos fines apareció en el Proyecto de Código sobre Crímenes de Derecho Internacional de 1996 (la cual fue, entiendo, adoptada provisoriamente en 1988), y también apareció en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (1994), y en el Estatuto de Roma de la Corte Internacional (adoptado en 1998); y ver también la opinión expresada por la US Court of Appeals (Corte de Apelaciones de los EE.UU.) en *Siderman de Blaske v. Republic of Argentina* (1992) 965 F. 2d 699, p. 716. Debería agregar que estos desarrollos fueron pronosticados en el Proyecto de Código sobre Crímenes de la Comisión de Derecho Internacional de 1954; pero esto no fue adoptado, y siguió una larga brecha de alrededor de 35 años antes de los desarrollos en los años noventa a los que me he referido. Se sigue de ello que estas normas no son capaces de evidenciar ninguna costumbre con respecto a la tortura fuera del contexto de conflicto armado hasta bien después de 1989 que es la última fecha que nos preocupa en el presente caso. El segundo punto es que todos estos instrumentos concierne a la responsabilidad internacional ante tribunales internacionales, y no la exclusión de la inmunidad de estado en los procedimientos criminales ante cortes nacionales. Esto apoya la conclusión de Lord Slynn (1998) 3 W.L.R. 1456, p. 1474H que "excepto con relación a crímenes en situaciones particulares ante tribunales internacionales, estas medidas no trataban en general la cuestión de las inmunidades existentes...", con lo cual ya he expresado mi respetuoso acuerdo.

Se sigue de ello que, si la inmunidad de estado con respecto a crímenes de tortura ha sido excluida en el presente caso, esto sólo puede haber sido hecho por la Convención sobre Tortura misma.

V. Convención sobre Tortura

Me dirijo ahora a la Convención sobre Tortura de 1984, que yace en el corazón del presente caso. Esta concierne a la jurisdicción de las cortes nacionales, pero su "propósito esencial" es asegurar que un torturador no escape a las consecuencias de su acto yendo a otro país: ver el *Handbook on the Convention of Burgers* (el Presidente - Relator de la Convención) y Danielius, p. 131. Los Artículos de la Convención proceden en un orden lógico. El Artículo 1 contiene una definición muy amplia de la tortura. A los presentes fines, es importante que la tortura tiene que ser infligida por o por la instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público u otra persona actuando en carácter oficial. El Artículo 2 impone la obligación a cada estado parte de tomar medidas efectivas para prevenir actos de tortura en el territorio bajo su jurisdicción. El Artículo 3 impide el envío de personas a otro estado cuando hay fundamentos sustanciosos para creer que estaría en peligro de ser sujeto a torturas. El Artículo 4 prevé para la criminalización de la tortura en cada estado parte. El Artículo 5 concierne a la jurisdicción. Se requiere que cada estado parte establezca su jurisdicción sobre los delitos referidos en el Artículo 4 en los siguientes casos: "(a) cuando los delitos son cometidos en cualquier territorio bajo su jurisdicción...; (b) cuando el alegado delincuente es un nacional de dicho estado; (c) cuando la víctima es un nacional de dicho estado si tal estado lo considera apropiado" y también "en los casos en que el alegado delincuente esté en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extradita....".

El Artículo 7 concierne el ejercicio de la jurisdicción. El Artículo 7(1) provee: "El estado parte en territorio bajo cuya jurisdicción se encuentra una persona alegada de haber cometido cualquier delito referido en el Artículo 4, en los casos contemplados por el Artículo 5, si no lo extradita, someterá el caso a sus autoridades competentes a los fines del enjuiciamiento".

Esta norma refleja el principio *aut dedere aut punire*, designado para asegurar que los torturadores no escapen yéndose a otro país.

Deseo en esta etapa considerar brevemente la pregunta de si un jefe de estado, si no es un funcionario público, es por lo menos una "persona actuando en carácter público" dentro del Artículo 1(1) de la Convención sobre Tortura. Mi primer reacción fue que no, con base en que uno ordinariamente no describiría a un jefe de estado, tal como un monarca o el presidente de una república, como un "funcionario público", y que las palabras subsidiarias "otra persona actuando en carácter público" parecían tener la intención de considerar una persona que, si bien no es un funcionario público, ha cumplido el papel del funcionario público, por ejemplo, de modo temporario o ad hoc.

La representación del Senador Pinochet planteó que las palabras no eran aptas para incluir a un jefe de estado basándose en particular en el hecho de que en un cierto número de convenciones anteriores los jefes de estado son expresamente mencionadas en este contexto además de los funcionarios del gobierno responsables. Sin

embargo, la República de Chile admitió que, en la Convención sobre Tortura, los jefes de estado deben ser considerados dentro de la categoría de "otra persona actuando en carácter público", y en estas circunstancias estoy satisfecho de proceder sobre esa base. El efecto de la concesión es que un jefe de estado puede ser tenido como responsable por tortura cometida durante su período en el cargo, aunque si el estado del cual era jefe sería capaz de invocar el principio de inmunidad de estado, *ratione personae* o *materiae*, en procedimientos traídos contra él en otra jurisdicción nacional. De acuerdo con ello, en el argumento ahora bajo consideración, la cuestión crucial se relaciona con la disponibilidad de la inmunidad de estado.

Debe observarse que no se menciona la inmunidad de estado en la Convención. Si se hubiera tenido la intención de excluir la inmunidad de estado, es razonable suponer que este hubiera sido el objeto o de un artículo separado, o de un párrafo separado en el Artículo 7, introducido para proveer sobre ese tema en particular. Esto hubiera sido congruente con el marco lógico de la Convención, en el cual se hacen normas separadas para cada tema, introducidas en orden lógico.

VI. *El tema de si la inmunidad ratione materiae ha sido excluida bajo la Convención sobre Tortura*

(a) *El argumento*

Llego ahora al segundo de los dos temas que se plantearon durante la audiencia de la apelación, a saber, si la Convención sobre Tortura tiene el efecto de que los estados partes de la Convención han acordado excluir la inmunidad de estado *ratione personae* con relación a los procedimientos planteados contra sus funcionarios públicos, u otras personas actuando en carácter oficial, con respecto de la tortura contraria a la Convención. En términos amplios entiendo que el argumento es que, desde que la tortura contraria a la Convención sólo puede ser cometida por un funcionario público u otra persona actuando en carácter oficial, y puesto que es respecto de estas personas que los estados pueden afirmar la inmunidad de estado *ratione materiae*, sería inconsistente con las obligaciones de los estados partes bajo la Convención que ellos fueran capaces de invocar la inmunidad de estado *ratione materiae* en casos de tortura contraria a la Convención. En el caso de los jefes de estado este objetivo podría ser logrado con el fundamento de que la tortura contraria a la Convención no puede ser considerada incluida dentro de las funciones de un jefe de estado mientras estuviera en su cargo, así que aunque estuviera protegido por inmunidad *ratione personae* mientras este en su cargo como jefe de estado, no lo protegería ninguna inmunidad *ratione materiae* con respecto a alegaciones de tales torturas después de que haya cesado de estar en el cargo. Sin embargo, no puede haber duda de que, antes de la Convención sobre Tortura, la tortura por funcionarios públicos podría ser sujeta a la inmunidad de estado. Si se dice que la exclusión de la inmunidad resulta de la Convención sobre Tortura, y que no existe un término expreso de la Convención a estos fines, el argumento, en mi opinión, debe ser formulado como dependiendo de un tema implícito de la Convención. Es un asunto comentado el que, por razones que aparecerán en un momento, el término implícito

propuesto no ha sido formulado precisamente; en consecuencia no ha sido expuesto a la valiosa disciplina que siempre es requerida en el caso de los términos alegados de estar implícitos en los contratos comunes. En cualquier caso, este es un argumento diferente de aquel que fuera presentado a Sus Señorías por los apelantes y quienes los apoyan, que era que tanto la tortura contraria a la Convención sobre Tortura, como la toma de rehenes contraria a la Convención sobre toma de rehenes, constituían crímenes bajo el derecho internacional, y que tales crímenes no pueden ser parte de las funciones de un jefe de estado como un asunto de derecho internacional.

El argumento ahora bajo consideración no fue presentado ante la Divisional Court (Tribunal de Apelaciones); ni puede haber sido presentado antes del primer Appellate Committee (Comité de Apelaciones), o pudiera haber sido considerado tanto por Lord Slynn de Hadley como por Lord Lloyd de Berwick en sus opiniones disidentes. No fue presentado ante Sus Señorías por los apelantes ni por quienes los apoyaban, ni en sus escritos, ni es sus planteos de apertura. De hecho, fue introducido al presente caso como consecuencia de las intervenciones por miembros del Appellate Committee (Comité de Apelaciones) en el transcurso del argumento. Por supuesto que tenían entero derecho de hacer esto. Fue adoptado por el amicus curiae, en sus planteos orales al Comité. Los apelantes, en sus planteos escritos en contestación, se limitaron a plantear que "La conducta alegada en el presente caso no es conducta que importe actos oficiales realizados por el demandado en ejercicio de sus funciones como jefe de estado..."; ver párrafo 11 de sus planteos escritos. En esta etapa no llegaron tan lejos como para plantear que cualquier tortura contraria a la Convención sobre Tortura no importaría tal acto oficial. Sin embargo, cuando se hizo el planteo oral final en nombre de los apelantes, se fue más allá de los planteos escritos y se planteó que, cuando un delito de tortura es cometido por un funcionario dentro del significado de la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal y el Artículo 1 de la Convención sobre Tortura, ninguna inmunidad *ratione personae* puede unirse respecto de dicho acto.

Es sorprendente que un argumento de este carácter, de ser válido, hubiera sido previamente pasado por alto por los catorce abogados (incluyendo tres distinguidos Profesores de Derecho Internacional) actuando por los apelantes, y por Amnesty Internacional y Human Rights Watch que apoyan a los apelantes en este litigio. Las preocupaciones inducidas a partir de allí con respecto a la validez del argumento es reforzado por el hecho de que no recibe apoyo de la literatura sobre el tema, y, en el material ante Sus Señorías, parece nunca haber sido presentado anteriormente. En cualquier caso, habiendo dado al tema la consideración más cuidadosa, estoy satisfecho de que sea rechazado como contrario a los principios y a la legitimación, y verdaderamente contraria al sentido común.

(b) *La renuncia de inmunidad por un tratado debe ser expreso*

La representación del Gobierno de Chile planteó que la renuncia de un estado a su inmunidad por un tratado debe siempre ser expreso. Con ese planteo, estoy de acuerdo.

país, pueda ser considerado una renuncia implícita de inmunidad; pero mi lectura de la Ley me lleva a comprender que tal sometimiento a la jurisdicción se considera aquí como una renuncia expresa más que una renuncia implícita de inmunidad o acuerdo para someter a la jurisdicción. Esto es congruente con la Parte III de la Ley, que por medio de la sección 20 provee que, sujeto a las normas de dicha sección y a cualquier modificación necesaria, la Ley de Privilegios Diplomáticos 1964 se aplicará a un soberano u otro jefe de estado. Entre los artículos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas vueltos aplicables por la sección 2 de la Ley de 1964, está el Artículo 32 que concierne a la renuncia de inmunidad, cuyo parágrafo 2 provee que tal renuncia debe siempre ser expresa, lo que yo interpreto como que incluye un sometimiento a la jurisdicción, así como un acuerdo expreso anticipado para someterse. Una vez más, no hay norma para un acuerdo implícito.

A la luz de lo anterior, para mí parece claro que, de acuerdo tanto con el derecho internacional, como con el derecho de este país, que en este punto refleja el derecho internacional, la renuncia de un estado de su inmunidad por un tratado debe ser siempre expresa...

(c) *Las funciones de los funcionarios públicos y otros que actúan en carácter oficial*

Si bien se sugiere, según yo entiendo, que este principio puede ser circunvenido en el presente caso con el fundamento de que los estados partes a la Convención sobre Tortura no han acordado renunciar a su inmunidad de estado en procedimientos presentados en los estados de otras partes con respecto a alegaciones de tortura dentro de la Convención. Más bien, a los fines de la Convención, tal tortura no forma parte de las funciones de los funcionarios públicos u otros actuando en carácter oficial incluyendo, en particular, un jefe de estado. Más aún, dado que la inmunidad de estado *ratione materiae* sólo puede ser reclamada con respecto a actos realizados por un funcionario en ejercicio de sus funciones, se seguiría que el efecto es que un ex jefe de estado no goza del beneficio de inmunidad *ratione materiae* con respecto a tal tortura después de que ha cesado de mantener su cargo.

En mi opinión, el principio que yo he descrito no puede ser circunvenido de este modo. Observo en primer lugar que el significado de la palabra "funciones" utilizado en este contexto está bien establecido. Las funciones de, por ejemplo, un jefe de estado son funciones gubernamentales, por oposición a los actos privados; y el hecho de que el jefe de estado realice un acto criminal, que no sea un acto privado, no lo priva de su carácter gubernamental. Esto es tan cierto para un crimen serio, tal como el homicidio o la tortura, como de un crimen menor. Como el Lord Presidente de la Corte Suprema dijo en el Divisional Court (Tribunal de Apelaciones): "... un ex jefe de estado claramente tiene derecho a inmunidad con relación a los actos criminales realizados en el curso del ejercicio de funciones públicas. Uno no puede, por lo tanto sostener que cualquier desviación de las buenas prácticas democráticas este fuera de los límites de la inmunidad. Si el ex soberano es inmune de proceso con respecto a algunos crímenes, ¿dónde se fija el límite?"

Fue en respuesta a dicha pregunta que los apelantes presentaron la teoría de que uno fija el límite en los crímenes que pueden ser llamados "crímenes internacionales". Si, sin embargo, se debe poner un límite a las funciones gubernamentales de modo tal de excluir de ellas a los actos de tortura dentro de la Convención sobre Tortura, esto sólo puede ser hecho por medio de una presunción que surge de la Convención en sí misma. Más aún, según yo lo entiendo, el único propósito de la limitación implícita propuesta es la de privarlos, del beneficio de la inmunidad de estado; y en mi opinión tal resultado sólo puede ser logrado en un tratado por acuerdo expreso, no puede ser, logrado por presunción, vuelve igualmente inaceptable que sea lograda indirectamente por medio de una presunción tal como se propone ahora.

(d) *Una presunción debe en todo caso ser rechazada*

En todo caso, sin embargo, incluso si fuera posible que tal resultado sea logrado por medio de una término implícito, hay, en mi opinión, fuertes razones para que tal presunción sea rechazada.

Reconozco que un término puede ser introducido implícitamente en un tratado, si las circunstancias son tales que "las partes deben haber tenido la intención de contratar en base a la inclusión en el tratado de normas cuyo efecto puede ser determinado con precisión razonable"; ver *Oppenheim's International Law*, 9th ed., p. 1271, n.4. Podría, sin embargo, ser erróneo asumir que un término puede ser introducido implícitamente en un tratado con el mismo fundamento con el que un término puede ser introducido implícitamente en un contrato comercial ordinario, por ejemplo para dar al contrato eficacia como negocio (para lo cual ver *Treitel on Contract*, 9th ed., pp. 185 et seq.). Esto es porque los tratados tienen un origen diferente, y sirven un propósito diferente. Los tratados son el fruto de largas negociaciones, siendo su propósito producir un proyecto aceptable a un número, a menudo un sustancioso número, de estados partes. La negociación de un tratado puede bien tomar un largo tiempo, incluso años. Proyecto tras proyecto son producidos de los artículos individuales, que son considerados en profundidad por los representantes nacionales, y son sujetos a detallados comentarios y consideración. Los términos acordados pueden bien ser el fruto de "negociaciones astutas" a fin de alcanzar el acuerdo generalizado, y los artículos propuestos pueden ser reformados, o incluso omitidos enteramente o en parte, a fin de conformar los deseos o ansiedades de algunas de las partes negociantes. En tales circunstancias, el texto en sí provee la única guía segura de su cláusulas, aunque se puede hacer referencia, donde fuera apropiado, a los trabajos preparatorios. Pero no se puede depender de los términos implícitos, excepto en los casos más obvios, como que obliguen a los estados partes que en definitiva firman el tratado, que probablemente incluyan a aquellos que no estaban involucrados en las negociaciones preliminares.

Con relación a ésto, sin embargo, deseo observar en primer lugar que la presunción subyacente al presente argumento, a saber, que la disponibilidad continuada de la inmunidad de estado es inconsistente con las obligaciones de los estados partes a la Convención, en mi opinión no es justificada. Ya he hecho un

resumen de los artículos principales de la Convención; y en esta etapa sólo necesito referirme al Artículo 7 que requiere que un estado parte bajo cuya jurisdicción se encuentra una persona que se alega que cometió tortura, en los casos contemplados en el Artículo 5, si no lo extradita, debe someter el caso a sus autoridades competentes a los fines del enjuiciamiento. Deseo realizar ciertas observaciones a esta normas. En primer lugar, en la mayoría de los casos que pueden surgir bajo la Convención no surgirá ninguna duda acerca de la inmunidad de estado porque el funcionario público afectado es probable que este en su propio país. Incluso, cuando tal cuestión surge no hay razón para asumir que la inmunidad de estado será afirmada por el estado del cual el presunto torturador es un funcionario público; por el contrario, sólo en los casos poco comunes, tales como el presente, es posible que esto se realice. En todo caso, sin embargo, no sólo no se menciona la inmunidad de estado en la Convención, sino que en mi opinión no es incongruente con sus expresas normas que, si se toman pasos para extraditarlo o para someter su caso a las autoridades con el propósito de enjuiciarlo, el estado apropiado debería tener derecho para afirmar la inmunidad de estado. Con relación a esto, comento que no es inconsistente con la Convención que la inmunidad *ratione personae* deba ser afirmada.

El peligro de introducir el término implícito propuesto en el presente caso es resaltada por el hecho de que, no hay nada en la historia de la negociación de la Convención sobre Tortura que arroje luz sobre el término implícito propuesto. Ciertamente los trabajos preparatorios mostrados a Sus Señorías no revelan ningún rastro de que se haya dado ninguna consideración a la renuncia de inmunidad de estado. Si muestran, sin embargo, que el trabajo en el proyecto de la Convención estaba en pie ya en 1979, cinco años antes de la fecha de la Convención en sí misma. Seguramente es altamente improbable que durante los años en los cuales el proyecto estuvo bajo consideración no se consideró la posibilidad de que los estados partes de la Convención renuncien a la inmunidad de estado. Más aún, si se hubiera llegado a un acuerdo de que debiera haber una renuncia semejante, inevitablemente se hubiera realizado una norma expresa en la Convención a tal fin. Claramente, sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo en tal sentido. Puede haber habido reconocimiento en una temprano etapa de que tantos estados no estarían preparados para renunciar a su inmunidad que no valió la pena proseguir el tema; si tal fue el caso, esto explicaría por que el tema no surge en los trabajos preparatorios. Con respecto a esto no se debe pasar por alto que hay muchas razones por las cuales los estados, a pesar de que reconocen que en ciertas circunstancias la jurisdicción debe ser investida en otra corte nacional con respecto a los actos de tortura cometidos por funcionarios públicos dentro de su propia jurisdicción, pueden, de todos modos haber considerado imperativo que debían ser capaces, de ser necesario, de afirmar la inmunidad de estado. La Convención sobre Tortura se aplica no sólo a una serie de actos de tortura sistemática, sino también a la comisión, o incluso la aquiescencia de, un único caso de tortura física o psicológica. La tradición en nuestros días puede ser solicitada, en algunos lugares del mundo, con el fundamento de una simple alegación no sostenida por evidencia prima facie. En ciertas circunstancias la tortura puede, por forzosas razones políticas, ser sujeta a una amnistía, o alguna otra forma de acuerdo, en el estado en el que ha sido o se alega que ha sido cometida.

Más aún, si la inmunidad *ratione materiae* fuera excluida, los ex jefes de estado y los funcionarios públicos superiores pensarían dos veces los viajes al extranjero, por temor a ser objeto de alegaciones infundadas. Con relación a esto, es un error asumir que los estados partes de la Convención sólo desearían preservar la inmunidad de estado en casos de tortura a fin de proteger a funcionarios públicos culpables de tortura de enjuiciamiento en otros lugares del mundo. Tal presunción se basa en un entendimiento erróneo de la naturaleza y función de la inmunidad de estado, que es una regla del derecho internacional que restringen a un estado soberano de fallar acerca del comportamiento soberano de otro. Como Lord Wilberforce dijo en *Congreso del Partido* [1983] 1 A.C. 244, 272, "El propósito de la doctrina de la inmunidad de estado es prevenir que tales temas sean tratados en las cortes de un estado respecto de los actos de otro". La inmunidad de estado *ratione materiae* opera entonces para proteger a los ex jefes de estado, y (donde la inmunidad es afirmada) los funcionarios públicos, incluso los funcionarios públicos inferiores, de los procesos legales en países extranjeros con respecto a actos realizados en ejercicio de sus funciones como tales, incluyendo las acusaciones y el arresto por alegados crímenes. Puede, en consecuencia ser efectivo para impedir cualquier proceso semejante con respecto de alegados crímenes, incluyendo alegaciones que sean erróneas o incluso maliciosas tema que puede ser de gran significación que, por ejemplo, conciernen a un ex jefe de estado y hace surgir las pasiones políticas. La preservación de la inmunidad de estado es entonces un tema de particular importancia para los países poderosos cuyos jefes de estado cumplen un rol ejecutivo, y que por lo tanto pueden ser considerados como posibles blancos por los gobiernos de estados que, por razones políticas profundamente sentidas, deploran sus acciones mientras están en sus cargos. Pero, para traer el tema más cerca de casa, no debemos pasar por alto el hecho de que no es sólo en los Estados Unidos de América que un sustancioso grupo de opinión apoya la campaña del I.R.A. para derrocar el gobierno democrático de Irlanda del Norte. No escapa a los límites de las posibilidades el que un estado cuyo gobierno esté imbuído con esta opinión intente extraditar de un tercer país donde él o ella se encuentre, a un Representante de la Corte responsable, o incluso a un más humilde funcionario público tal como un inspector de la policía, basándose en que él o ella ha consentido a un único 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 provee una indicación de circunstancias en las que esto puede llegar a ocurrir.

Razones tales como estas pueden haber persuadido a posibles estados partes a la Convención sobre Tortura de que sería poco inteligente renunciar a la valiosa protección provista por la inmunidad de estado. Verdaderamente, sería extraño si los estados partes hubieran renunciado a la inmunidad *ratione materiae* de un jefe de estado que es considerada un apoyo esencial para su inmunidad *ratione personae*. Como resultado, el tema de la renuncia a la inmunidad de estado puede bien no haber sido proseguido, en base a que presionar para su adopción sólo haría peligrar los muy sustanciosos beneficios que podría lograrse con la Convención incluso si no se incluyera ninguna renuncia de inmunidad en ella. Según ya he explicado, en los casos que surgen bajo la Convención, la inmunidad de estado sólo puede ser pertinente en

un número limitado de casos. Esto es así porque el delito es normalmente cometido en el estado al cual pertenece el funcionario. Allí está protegido por inmunidad, y bajo la Convención el estado sólo tiene que someter simplemente el caso a las autoridades competentes. En la práctica la inmunidad de estado es relevante sólo en dos casos, cuando el delincuente está presente en un tercer estado, o cuando el delincuente está presente en un estado del cual era nacional la víctima, siendo dicho estado distinto de aquel estado donde el delito fue cometido. Un caso tal como el presente debe ser considerado muy poco común. Habiendo tenido en cuenta consideraciones tales como estas, no presionar para la exclusión de la inmunidad de estado como una norma de la Convención debe haber parecido ser un precio relativamente pequeño para pagar por el importante logro del acuerdo generalizado entre estados (Sus Señorías fueron informados que 116 estados habían firmado al Convención) con respecto a todos los otros beneficio que la Convención confería. Después de todo, incluso cuando era posible que un estado afirme la inmunidad de estado, en muchos casos no desearía exponerse al oprobio que un curso de acción semejante provocaría, y en tales casos se podría emplear considerable presión diplomática o moral sobre él para que desista.

Deseo hacer hincapié en lo que implica el hecho de que no hay rastros en los trabajos preparatorios de ninguna intención en la Convención de excluir la inmunidad de estado... La conclusión que se sigue es que o cada estado parte estaba satisfecho sin dudar que la inmunidad de estado debía ser excluida *sub silentio*, o que los funcionarios públicos responsables de todos estos estados, incluyendo el Reino Unido, fallaron en su deber de llamar este muy importante tema a la atención de sus Gobiernos. Es difícil imaginar que alguna de estas dos proposiciones pueda ser correcta. Sospecho que no puede haber cruzado las mentes de los funcionarios públicos responsables que la inmunidad de estado estaba excluida *sub silentio* de la Convención.

El efecto acumulativo de todas estas consideraciones demuestra, en mi opinión, la grave dificultad de reconocer un término presumido, cualquiera sea su forma, con el fundamento de que debe haber sido acordado por todos los estados parte de la Convención que la inmunidad de estado debe ser excluida. Con relación a esto, es particularmente sorprendente que, en el *Handbook on the Torture Convention* de Burgers y Danelius, se reconoce que la obligación de un estado parte, bajo el Artículo 5(1) de la Convención que establecer jurisdicción sobre delitos de tortura cometidos dentro de su territorio, es objeto de una excepción en el caso de aquellos beneficiados por inmunidades especiales, es objeto de una excepción en el caso de aquellos beneficiados por inmunidades especiales, incluyendo los diplomáticos extranjeros. Es cierto que esta manifestación podría en teoría ser interpretada como limitada a la inmunidad *ratione personae* pero, en ausencia de explicación, debería ser interpretado como aplicable tanto a la inmunidad *ratione personae* como a su concomitante inmunidad *ratione materiae*, y en cualquier caso el silencio total en este pasaje sobre el tema de renuncias hace altamente improbable que haya habido cualquier intención de que la inmunidad *ratione materiae* deba ser considerada como implícitamente excluida por la Convención. Si hubiera habido tal intención, los autores hubieran estado obligados referirse a ello. No lo hacen.

El contexto en el cual la Convención sobre Tortura se encuentra agrega la improbabilidad que los estados partes la intención, directa o indirecta, de excluir la inmunidad de estado *ratione materiae*. Anteriores Convenciones tenían normas sobre la formación de un tribunal internacional. En el caso de tales Convenciones, no surgió ninguna duda de *par in parem non habet imperium*; pero los jefes de estado estaban mencionados expresamente, asegurando de ese modo que están sujetos a la jurisdicción del tribunal internacional. En el caso de la Convención sobre Toma de Rehenes y en la Convención sobre Tortura, la jurisdicción fue investida en las cortes nacionales de estados partes de la Convención. Aquí, por lo tanto, por primera vez surge la cuestión de la renuncia de la inmunidad de estado en una Convención de este tipo. Curiosamente, la sugerencia parece ser que la inmunidad de estado fue renunciada solamente en el caso de la Convención sobre Tortura. Aparte de dicha curiosidad, que los estados partes excluyan la inmunidad de estado en una Convención de este tipo sería una renuncia notable de la protección básica provista por el derecho internacional a todos los estados soberanos, que subraya la necesidad de que la inmunidad sea renunciada en un tratado, si es que lo está, por normas expresas; y, teniendo en consideración, en particular, la referencia expresa a los jefes de estado en anteriores Convenciones, los estados partes hubieran esperado encontrar una norma expresa en la Convención sobre Tortura si hubiera sido acordado que la inmunidad de estado fuera excluida. Que sea realizado por presunción en la Convención sobre Tortura parece, en estas circunstancias, muy improbable.

Agrego que el hecho de que 116 estados se hayan convertido en partes de la Convención sobre Tortura refuerza la fuerte impresión de que ninguno apreció que, al firmar la Convención, cada uno de ellos acordaría silenciosamente la exclusión de la inmunidad de estado *ratione materiae*. Si se hubiera apreciado que esto fuera así, sospecho fuertemente que el número de signatarios hubiera sido mucho menor. No debe olvidarse que los representantes nacionales involucrados en las discusiones preliminares hubieran tenido que informar a sus gobiernos acerca de la negociación de una convención internacional importante de este tipo... Es probable que hubiera tenido en mente las claras y simples palabras del Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Amerada Hess* y hubiera respondido que, dado que no se mencionó la inmunidad de estado en la Convención, no hubiera sido afectada. Esto demuestra cuán extraordinaria sería, y qué trampa creada para los incautos, que la inmunidad de estado pudiera ser renunciada en un tratado *sub silentio*. El sentido común entonces apoya la conclusión alcanzada por principio y legitimación de que esto no puede ser realizado.

(e) Conclusión

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

VII. La conclusión de Lord Hope de Craighead

Mi noble y culto amigo Lord Hope de Craighead, ha concluido que, en cuanto concierne a la tortura, sólo las imputaciones 2 y 4 (en tanto se aplican al período

posterior al 29 de septiembre de 1988) y la imputación 30 sobreviven a la aplicación del tema de la doble criminalidad, y que el beneficio de inmunidad de estado no está disponible para el Senador Pinochet con respecto a estas tres imputaciones. Ha llegado a esta conclusión basándose en que (1) las dos imputaciones de conspiración, teniendo en consideración el párrafo 9(3) del Requerimiento de Extradición, revelan imputaciones de que el Senador Pinochet era parte de una conspiración para llevar a cabo un sistemático, si no generalizado, ataque en un sector de la población civil, o sea torturar a aquellos que se oponían o se podían llegar a oponer a su gobierno, lo que constituiría un crimen contra la humanidad (ver, por ejemplo, el Artículo 7(1) de la Convención de Roma de 1998); y (2) el acto único de tortura alegado en la imputación 30 muestra que una alegada conspiración anterior para llevar a cabo tal tortura, constituyendo un crimen contra la humanidad, estaba todavía viva cuando el acto fue perpetrado después del 29 de septiembre de 1988. Más aún, a pesar de que (según yo entiendo la posición) él está de acuerdo en general con el análisis de Lord Slynn de Hadley, que considera que tal crimen contra la humanidad, o una conspiración para cometer tal crimen, no puede ser el objeto de un reclamo de inmunidad de estado en una corte nacional, incluso cuando se alegó que haya ocurrido antes del 1 de enero de 1990.

Debo señalar en primer lugar que, aparte del único acto de tortura alegado en la imputación 30, los otros casos de tortura, a partir del 29 de septiembre de 1988 son dos casos, a los que se refiere el Requerimiento de Extradición, y que se alega ocurrieron en octubre de 1988. Antes de ello, hay un caso alegado en 1984, antes del cual es necesario volver atrás hasta 1977. En estas circunstancias encuentro difícil ver como, después del 29 de septiembre de 1988, puede decirse que hubo alguna campaña de tortura sistemática o generalizada, constituyendo un ataque a la población civil, que importe un crimen contra la humanidad. Más aún, en tanto se sugiere que un acto único de tortura alegado en la imputación 30 representa el último remanente de una campaña que existió en los años setenta, aparte de la dificultad de hecho de relacionar el acto único a una campaña que es alegada de haber estado en existencia hace tanto tiempo, existe la pregunta de si sería permisible, en el contexto de la extradición, tener en consideración a las imputaciones anteriores de tortura, excluidos bajo la regla de la doble criminalidad, a fin de establecer que el acto único de tortura fue parte de una campaña de tortura sistemática que todavía estaba continuando en junio de 1989. Esto plantea una pregunta bajo la sección 6(4)(b) y (5) de la Ley sobre Extradición 1989, normas que de ningún modo son claras en sí mismas ni son fáciles de aplicar en las circunstancias poco comunes del presente caso.

En verdad, sin embargo, el problema real es que, dado que los apelantes no consideraron la posición que surgiría si perdieran el argumento sobre el tema de la doble criminalidad, no plantearon preguntas de esta clase... Este es, después de todo, un tema criminal, y no es parte de la función de la corte ayudar al demandante a mejorar su caso. En estas circunstancias no sería correcto, en mi opinión, asistir al demandante tomando ahora un punto como este, cuando han fracasado en hacerlo en la audiencia, a fin de decidir si este es o no un caso en el cual sería lícito que suceda la extradición.

Deseo agregar que, en cualquier caso, por las razones dadas por Lord Slynn de Hadley a las que ya me he referido, soy de la opinión que en 1989 no existía costumbre establecida de que la inmunidad de estado *ratione materiae* no estuviera disponible en los procedimientos criminales ante una corte nacional ocupada con un alegado crimen contra la humanidad, o verdaderamente a lo que constituiría un crimen contra la humanidad (ver [1998] 3 W.L.R. 1456, pp. 1473C-D y 1474C-1475B). Este es un tema que ya he considerado en la Parte IV de esta opinión.

Por todas estas razones soy incapaz, con gran respeto, de acompañar el razonamiento de mi noble y culto amigo en estos puntos en particular.

VIII. Conclusión

Por las razones arriba enunciadas, soy de la opinión de que la mayor parte de las imputaciones contra el Senador Pinochet deben ser excluidas por ofender la regla de la doble criminalidad; y que, con respecto a las imputaciones que sobreviven — imputación 9, imputación 30 e imputaciones 2 y 4 (en tanto puede decirse que sobreviva la regla de la doble criminalidad)— el Senador Pinochet tendría derecho al beneficio de la inmunidad de estado *ratione materiae* como ex jefe de estado. En consecuencia yo rechazaría la apelación del Gobierno de España.

LORD HOPE DE CRAIGHEAD

Mis Lores,

... Cuando esta apelación fue oída por primera vez en la Cámara de Sus Señorías el argumento estaba dirigido casi enteramente a la cuestión de si el Senador Pinochet tenía derecho como ex jefe de estado a reclamar inmunidad soberana con respecto a las imputaciones alegadas contra él en la segunda orden judicial provisoria. También se argumentó que los delitos de tortura y toma de rehenes no eran delitos por los cuales él pudiera ser extraditado hasta que estos se convirtieran en delitos por los cuales una persona pudiera ser enjuiciada extraterritorialmente en el Reino Unido. Pero el segundo argumento parece haber sido considerado como nada más que un tema lateral en esa etapa. Esto no es sorprendente en vista de los términos de la segunda orden judicial provisoria. Los delitos que especificó se extendían sobre períodos que duraron más allá de la fecha en que la conducta se convirtió en delito extraterritorial en este país. Sólo Lord Lloyd de Berwick trató este argumento en su discurso, y se limitó a un breve comentario. Dijo que involucraba un entendimiento erróneo de la sección 2 de la Ley sobre Extradición 1989, pues según su punto de vista, la sección 2(1)(a) se refería a la conducta que constituiría un delito en el Reino Unido en la actualidad, no a la conducta que hubiera constituido un delito en aquel momento: [1998] 3 W.L.R. 1456, 1481F-G.

Los delitos alegados contra el Senador Pinochet

Cuatro delitos fueron establecidos en la segunda orden judicial provisoria del 22 de octubre de 1998. Estos fueron:

- (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 tomar rehenes entre el 1 de enero de 1982 y el 31 de enero de 1992; y
- (4) conspiración para cometer homicidio entre enero de 1976 y diciembre de 1992.

Estas fechas deben ser comparadas con la fecha del golpe de estado que llevó al poder al Senador Pinochet en Chile, que fue el 11 de septiembre de 1973, y la fecha en que dejó de ser jefe de estado, que fue el 11 de marzo de 1990. Tomando las fechas de la segunda orden judicial provisoria, parece (a) que no ha sido imputado con ningún acto de tortura previo al 1 de enero de 1988, (b) que no ha sido imputado con ningún acto de toma de rehenes, o conspiración para tomar rehenes, anterior al 1 de enero de 1982 y (c) que no ha sido imputado de conspiración para cometer homicidio previa a enero de 1976. Por otro lado, ha sido imputado de haber cometido estos delitos hasta diciembre de 1992, después de la fecha en que dejó de ser jefe de estado en Chile.

El segundo apelante ha tomado el intervalo entre la primer audiencia de esta apelación y la segunda audiencia para obtener más detalles de las autoridades judiciales españolas. Ha explicado que la orden judicial provisoria fue emitida bajo circunstancias de urgencia y que los hechos están más desarrollados y son más complejos de lo que primero aparentaban. Y una cantidad de cosas han ocurrido desde la fecha de la primer audiencia que, se plantea, significan que la orden judicial provisoria ya no tiene ningún tipo de vida o efecto. El 9 de diciembre de 1998 el Secretario de Estado emitió una autorización para proceder bajo la sección 7(4) de la Ley de 1989. El 10 de diciembre de 1998 la acusación española fue privilegiada en Madrid, y el 24 de diciembre de 1998 detalles ulteriores fueron redactados de acuerdo con el Artículo 13 de la Convención Europea sobre Extradición para proveerlos con el requerimiento de extradición.

Los apelantes dijeron que sería inapropiado que Sus Señorías en estas circunstancias limitaran su examen de los hechos a aquellos descritos en la orden judicial provisoria y que sería injusto privarlo de material que ha sido diligenciado dentro de los límites usuales de tiempo impuestos en el proceso de extradición. Invitó a Sus Señorías a examinar todo el material que estaba ante el Secretario de Estado en diciembre, incluyendo el requerimiento formal que fue firmado en Madrid el 3 de noviembre de 1998 y el ulterior material que ahora ha sido presentado por el Gobierno Español. Se han preparado proyectos de imputaciones, del tipo que son presentados en los procedimientos de extradición cuando un caso es presentado al magistrado al principio de la principal audiencia bajo la sección 9(8) de la Ley. Esto ha sido hecho para demostrar cómo las imputaciones que están siendo presentadas por las

autoridades judiciales españolas pueden ser expresadas en términos del derecho criminal inglés, para mostrar los delitos que contra el derecho de este país hubiera cometido con su conducta.

Los crímenes que son alegados en el requerimiento español son homicidio en escala tal que implican genocidio y terrorismo, incluyendo tortura y toma de rehenes. El Secretario de Estado ya ha manifestado, en su autorización para proceder, que el Senador Pinochet no será extraditado a España por genocidio. Así que dicha parte del requerimiento debe ahora ser dejado fuera de consideración. Pero mi impresión es que la omisión de la alegación de genocidio es de poca importancia en vista del campo de aplicación que se da en el derecho español a las alegaciones de homicidio y terrorismo.

No es nuestra función investigar las alegaciones que han sido hechas contra el Senador Pinochet, y es correcto dejar registrado el hecho de que su abogada dijo a Sus Señorías que son todas enérgicamente negadas por él. Es necesario describir la naturaleza y algo del contenido de estas alegaciones, bajo la presunción de que están sostenidas por la información que las autoridades judiciales españolas han hecho disponible. Esto es porque forman una parte esencial del fondo de los temas de derecho que han sido planteados en esta apelación. Pero ello no debe ser tomado como una manifestación de que las alegaciones son verdaderas, porque Sus Señorías no han considerado la evidencia.

El material que ha sido reunido en el requerimiento de extradición por las autoridades judiciales españolas alega que el Senador Pinochet era parte de una conspiración para cometer los crímenes de homicidio, tortura y toma de rehenes, y que esta conspiración fue antes del golpe de estado. Se dice que había acordado con otras figuras militares que tomarían las funciones del gobierno y sojuzgarían toda oposición a su control, capturando y torturando a aquellos que se opusieran a ellos, que se pudieran oponer a ellos o que otros pudieran pensar que sería probable que se opusieran a ellos. El propósito de esta campaña de tortura no era sólo infligir dolor. Algunos de los que iban a ser torturados eran liberados, para que diseminaran los pasos que serían tomados contra aquellos que se opusiesen a los conspiradores. Muchos de aquellos que iban a ser torturados, serían sometidos a varias otras formas de atrocidades, y algunos de ellos serían asesinados. El plan iba a ser ejecutado en Chile y en varios otros países fuera de Chile.

Cuando el plan fue efectivizado, se dice que se secuestró, torturó y asesinó a víctimas continuando con la conspiración. Esto fue hecho primero en Chile, y luego en otros países de Sudamérica, en los Estados Unidos y en Europa. Muchos de los actos que evidencian la conspiración se dice que fueron cometidos en Chile antes del 11 de septiembre de 1973. Algunas personas fueron torturadas en una base naval en agosto de 1973. Grandes cantidades de personas fueron secuestradas, torturadas y asesinadas el 11 de septiembre de 1973 en el transcurso del golpe de estado antes de que la junta tomara control y que el Senador Pinochet fuera nombrado su Presidente. Estos actos continuaron durante los días y semanas posteriores al golpe

de estado. Un período de represión siguió como consecuencia, cuyo momento de mayor intensidad, se dice, fue en 1973 y 1974. Se dice que la conspiración continuó por varios años de allí en más, pero declinó en intensidad durante la década antes de que el Senador Pinochet se retirara como jefe de estado el 11 de marzo de 1990. Se dice que los actos cometidos en otros países fuera de Chile son evidencia de las conspiraciones primarias y de una variedad de sub-conspiraciones dentro de esos estados.

Los proyectos de imputaciones que han sido preparados a fin de traducir estas amplias acusaciones a términos del derecho inglés pueden ser resumidas del siguiente modo:

- (1) conspiración para torturar entre el 1 de enero de 1972 y el 10 de septiembre de 1973 y entre el 12 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990 – imputaciones 1, 2 y 5;
- (2) conspiración para tomar rehenes entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990 – imputación 3;
- (3) conspiración para torturar para cuya consecución se cometieron homicidios en varios países incluyendo Italia, Francia, España y Portugal entre el 1 de enero de 1972 y el 1 de enero de 1990 – imputación 4;
- (4) tortura entre el 1 de agosto de 1973 y el 8 de agosto de 1973 y en el 11 de septiembre de 1973 imputaciones 6 y 8 (no hay imputación 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 – imputaciones 9 y 12;
- (6) tentativa de homicidio en Italia el 6 de octubre de 1975 – imputaciones 10 y 11;
- (7) tortura en varias ocasiones entre el 11 de septiembre de 1973 y mayo de 1977 – imputaciones 13 al 29 y 31 al 32; y
- (8) tortura el 24 de junio de 1989 – imputación 30.

Este resumen muestra que algunas de las conductas alegadas se relacionan con el período anterior al golpe de estado, cuando el Senador Pinochet no era todavía jefe de estado. Las imputaciones 1 y 5 (conspiración para torturar) y la imputación 6 (tortura) se relacionan exclusivamente a dicho período. Las imputaciones 2 y 4 (conspiración para torturar) y la imputación 3 (conspiración para tomar rehenes), se relacionan a la conducta a través de varios años, incluyendo el período anterior al golpe de estado. Ninguna de las conductas ahora alegadas se extiende más allá del período en el que el Senador Pinochet fue jefe de estado.

Sólo una imputación (imputación 30 – tortura el 24 de junio de 1989) se relaciona exclusivamente al período posterior al 29 de septiembre de 1988 cuando la sección

134 de la Ley de Justicia Criminal 1988, a la cual me refiero más adelante, entró en vigencia. Pero las imputaciones 2 y 4 (conspiración para torturar) y la imputación 3 (conspiración para tomar rehenes) que se relacionan con la conducta a través de muchos años se extienden sobre este período también. Dos actos de tortura que se dicen ocurridos entre el 21 y el 28 de octubre de 1988 son mencionados en el requerimiento de extradición. No han sido incluidos en imputaciones separadas en la lista de proyectos de imputaciones, pero es importante no perder de vista el hecho de que el caso que está siendo presentado contra el Senador Pinochet, por las autoridades judiciales españolas, es que cada acto de tortura debe ser visto en el contexto de una conspiración continua para cometer tortura. En su totalidad, la imagen que se presenta es la de una conspiración para cometer tortura y homicidio generalizado y sistemático, a fin de obtener el control de gobierno y, habiéndolo logrado, mantener el control del gobierno por esos medios por tanto tiempo como sea necesario.

Es necesario en primer lugar considerar si los delitos relevantes a los fines de esta apelación son aquellos que fueron descriptos en la segunda orden judicial provisoria o aquellos que están descriptos en los proyectos de imputaciones que han sido preparados a la luz de la ulterior información que ha sido obtenida de las autoridades judiciales españolas.

Desde un punto de vista se puede decir que, como la apelación es contra la decisión de la Divisional Court (Tribunal de Apelaciones) para revocar la segunda orden judicial provisoria, Sus Señorías deberían estar ocupados sólo con las imputaciones que están descriptas en dicho documento. Si esa orden fuera infundada, con el razonamiento de que las imputaciones que describe son imputaciones con respecto a las cuales el Senador Pinochet tiene inmunidad, todo lo demás que ha ocurrido relacionado a aquella orden judicial debe ser infundado también. Si él tenía derecho a inmunidad, ninguna decisión tendría que haberse tomado contra él en los procedimientos instructivos y el Secretario de Estado no debiera haber emitido una autorización para proceder. Pero el Artículo 13 de la Convención Europea sobre Extradición que, siguiendo la sanción de la Ley sobre Extradición 1989, el Reino Unido ahora ha ratificado (ver la Convención Europea sobre Orden de Extradición 1990, S.I.1990 No. 1507), provee que si la información comunicada por la parte requirente se encuentra que es insuficiente para permitir que la parte requerida tome una decisión en cumplimiento de la Convención, la parte requerida puede solicitar que la información suplementaria le sea provista por la parte requirente. Es claro que la primer orden judicial provisoria fue preparada en circunstancias de cierta urgencia, ya que se creía que el Senador Pinochet estaba a punto de dejar el Reino Unido a fin de regresar a Chile. Una vez comenzado, el procedimiento estaba sujeto a varios límites de tiempo. Existía también el problema de traducir las acusaciones españolas, que cubren tantos actos a través de un período tan largo, a los términos del derecho criminal inglés. No creo que sea sorprendente que la dimensión completa de las alegaciones que se estaban realizando no fuera apreciada en un principio. En mi opinión las autoridades judiciales españolas tenían derecho a completar la información que originariamente fue provista a fin de definir más claramente las imputaciones

que eran el objeto del requerimiento. De acuerdo a este punto de vista sería correcto considerar el material que ahora está disponible como explicativo de las imputaciones que la segunda orden judicial provisoria comprendía. La representación del Senador Pinochet dijo que estaba satisfecho con este enfoque para beneficio de la finalidad.

¿Son los delitos alegados "crímenes extraditables"?

Si Sus Señorías lo desean, y yo sugiero que lo hagamos, para examinar este material es necesario someterlo a un ulterior análisis. El punto de partida es la sección 1(1) de la Ley sobre Extradición de 1989, que provee que una persona que es acusada en un estado extranjero de la comisión de un crimen extraditable puede ser arrestada y regresada a dicho estado de acuerdo con los procedimientos de extradición en la Parte III de la Ley. La expresión "crimen extraditable" está definida en la sección 2 de la Ley bajo dos encabezamientos. El primero, que está descrito en la sección 2(1)(a), se refiere a "conducta en el territorio de un estado soberano ... que, si ocurriera en el Reino Unido, constituiría un delito punible con prisión por un término de doce meses, o cualquier castigo mayor, y que, cualquiera sea el modo en que esté descrita en el estado extranjero, es punible de ese modo bajo ese derecho".

El segundo, que está descrito en la sección 2(1)(b) se relaciona con la sección 2(2), se refiere a un delito extra-territorial, contrario al derecho de un estado extranjero, que es punible bajo dicho derecho con prisión por un término de doce meses o cualquier castigo mayor, y que en circunstancias correspondientes constituiría un delito extraterritorial contrario del derecho del Reino Unido, punible con prisión por un término de doce meses o cualquier castigo mayor.

Por razones que han sido explicadas por mi noble y culto amigo Lord Browne-Wilkinson, el tema crítico en la cuestión de la inmunidad soberana se relaciona con el efecto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratamientos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984 ("la Convención sobre Tortura") y los delitos que alegan torturas. Respecto de delitos alegados que no caen dentro del ámbito de la Convención sobre Tortura, y que no podían ser enjuiciados aquí bajo la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal 1988, cualquier pérdida de inmunidad tendría que ser decidida con otros fundamentos. Pero no hay necesidad de examinar esta cuestión en el caso de delitos por los cuales el Senador Pinochet no podría ser extraditado en ningún caso. El propósito del siguiente análisis es eliminar de la lista de proyectos de imputaciones a aquellas imputaciones que caen en esa categoría o porque no son crímenes extraditables según la definición de la sección de la Ley sobre Extradición 1989 o porque por cualquier otra razón, que no sea la inmunidad, son imputaciones por las cuales el Senador Pinochet no podía ser extraditado.

Este análisis procede con la base de que la definición de la expresión "crimen extraditable" en la sección 2 de la Ley de 1989 requiere que la conducta a la que se hace referencia en la sección 2(1)(a) haya sido un delito que era punible en el Reino Unido cuando la conducta se produjo. También procede con la base de que requiere

que el delito extraterritorial al que se hace referencia en la sección 2(1)(b) haya sido un delito extraterritorial en el Reino Unido a la fecha en que el delito se produjo. El principio de doble criminalidad sugeriría que este era el enfoque correcto, ante la ausencia de una norma expresa en contrario. Los tiempos verbales utilizados en la sección 2 me parece que son equívocos en este tema. Dejan librado un examen a la luz de las normas de la Ley en su conjunto. El argumento a favor de la fecha en que la conducta ocurrió tiene particular fuerza en el caso de aquellos delitos enumerados en la sección 22(4) de la Ley. Estos han sido convertidos en delitos extraterritoriales a fin de efectivizar las convenciones internacionales, pero ni las convenciones ni las normas que les dan efectividad se suponía que actuaran retroactivamente.

Estoy respetuosamente en desacuerdo con las razones que mi noble y culto amigo Lord Browne-Wilkinson ha dado para interpretar que la definición requiere que la conducta debe haber sido punible en el Reino Unido cuando ocurrió, y que no es suficiente que los apelantes demuestren que sería punible aquí si ocurriera ahora.

Toma de rehenes

Un delito bajo la Ley sobre Toma de Rehenes 1982 es uno de aquellos delitos, sea donde sea que el acto ocurra, que es considerado por la sección 22(6) de la Ley sobre Extradición 1989 como un delito cometido dentro del territorio de cualquier otro estado para cuyo derecho es un delito. Esta norma efectiviza a la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes del 18 de diciembre de 1979 ("la Convención sobre Rehenes"). Bajo la sección 1 de la Ley de 1982 la toma de rehenes es un delito extraterritorial contra el derecho del Reino Unido. La sección 1(1) de la Ley define el delito en estos términos:

"Una persona, cualquiera que fuese su nacionalidad, que, en el Reino Unido o en cualquier otro lugar, (a) detiene a cualquier otra persona ('el rehén'), y (b) a fin de forzar a un estado, organización gubernamental internacional o persona a realizar o abstenerse de realizar algún acto, amenaza con matar, lesionar o continuar deteniendo el rehén, comete un delito".

El Senador Pinochet estaba involucrado en una conspiración para tomar rehenes para los propósitos que fueron hechos ilegales por la sección 1 de la Ley. La imputación 3 de los proyectos de imputaciones, que es la única imputación que alega conspiración para tomar rehenes, manifiesta que la conducta que iba a ser seguida iba a incluir el secuestro y tortura de personas como parte de una campaña para aterrorizar y sojuzgar a aquellos que estaban dispuestos a criticar u oponer al Senador Pinochet o a sus compañeros conspiradores. Aquellos que no fueran detenidos serían intimidados, a través de los dichos de los sobrevivientes y por los rumores, por el temor de que podrían sufrir la misma suerte. Aquellos que habían sido detenidos iban a ser forzados a divulgar información a los conspiradores por intermedio de las amenazas de lesiones y detención de otros conocidos por las personas secuestradas por los conspiradores.