

Pero no hay alegación de que la conspiración era para amenazar con matar, lesionar o detener a aquellos que estaban siendo detenidos a fin de forzar a otros a realizar o a abstenerse de realizar algún acto. La narración demuestra que la conspiración alegada era para someter personas ya detenidas a amenazas de que otras serían tomadas y que también serían torturadas. Esto no me parece que implique conspiración para tomar rehenes dentro del significado de la sección 1 de la Ley de 1982. El propósito de la conducta propuesta, en lo relativo a las personas detenidas, era someterlas a algo que en la forma en que mejor puede ser descrito es como una forma de tortura mental.

Uno de los logros de la Convención sobre Tortura fue que proveyó una definición acordada internacionalmente de la tortura que incluye la tortura tanto física como mental en los Términos establecidos en el Artículo 1: "A los fines de esta convención, tortura significa cualquier acto por el cual severo dolor o sufrimiento, sea físico o mental, es intencionalmente infligido a una persona por fines tales como obtener de ella o de una tercera persona información o una confesión, castigarlo por un acto que él o una tercera persona ha cometido o se sospecha que ha cometido, o intimidarlo o coaccionar a él o a una tercera persona, o por cualquier razón basada en discriminación de cualquier clase..."

El delito de tortura bajo el derecho inglés está constituido por la sección 134(1) de la Ley sobre Justicia Criminal 1988, que provee: "Un funcionario público o persona actuando en un carácter oficial, cualquiera que fuera su nacionalidad, comete el delito de tortura si en el Reino Unido o en algún otro lugar intencionalmente inflige severo dolor o sufrimiento a otro en la realización o en la supuesta realización de sus obligaciones oficiales".

La sección 134(3) provee que no es relevante si el dolor o sufrimiento es físico o mental y si es causado por un acto o una omisión. Así, de conformidad con la Convención, el delito incluye la tortura mental tanto como la física. Me parece que la conspiración que la imputación 3 alega contra el Senador Pinochet era una conspiración para infligir tortura mental, y no una conspiración para tomar rehenes.

Por lo tanto, yo sostendría que no es necesario que Sus Señorías examinen la Convención sobre Rehenes a fin de ver si sus términos eran tales que privaban a un jefe de estado de alguna inmunidad ante una imputación de culpabilidad de la toma de rehenes. En mi opinión el Senador Pinochet no está imputado con el delito de toma de rehenes dentro del significado de la sección 1(1) de la Ley de Toma de Rehenes 1982.

#### *Conspiración para asesinar y tentativa de asesinato*

Las imputaciones de conspiración para torturar incluyen alegaciones de que era parte de la conspiración, que algunos de aquellos que eran secuestrados y torturados después serían asesinados. La imputación 4 alega que para llevar a cabo aquel acuerdo alrededor de cuatro mil personas de varias nacionalidades fueron asesinados

en Chile y en otros varios países fuera de Chile. Otras dos imputaciones, imputaciones 9 y 12, alegan conspiración para asesinar, en un caso a un hombre en España, y en otro a dos personas en Italia. La imputación 9 manifiesta que el Senador Pinochet acordó en España con otros que estaban en España, Chile y Francia que la víctima propuesta sería asesinada en España. La imputación 12 no dice que algo haya sido hecho en España para llevar a cabo la conspiración y asesinar en Italia. No se sugiere en ninguna de estas imputaciones que las víctimas propuestas serían torturadas. Otras dos imputaciones, imputaciones 10 y 11, alegan la tentativa de asesinato de las dos personas en Italia que eran el objeto de la conspiración para cometer asesinato allí. Aquí tampoco se sugiere que iban a ser torturadas antes de que fuera asesinadas.

El homicidio es un crimen en el common law que, antes de convertirse en un delito extraterritorial, si fue cometido en un país de la convención, bajo la sección 4 de la Ley de Supresión del Terrorismo 1978, no podía ser enjuiciado en el Reino Unido si fuera cometido en el extranjero excepto en el caso del homicidio cometido en el extranjero por un ciudadano británico: Ley sobre Delitos contra la Persona de 1861, sección 9. El homicidio o tentativa de homicidio cometido por una persona en España, cualquiera que fuese su nacionalidad, es un crimen extraditable bajo la sección 2(1)(a) de la Ley sobre Extradición 1989, dado que es conducta que sería punible aquí si ocurriera en el Reino Unido. Pero la alegación relacionada con homicidios en España y en cualquier otro lugar que se hace contra el Senador Pinochet no es que el mismo asesinó o intentó asesinar a nadie. Es que los homicidios fueron realizados, o iban a ser realizados, en España y en otros lugares como parte de una conspiración y que él era uno de los conspiradores.

La sección 1 de la Ley sobre Derecho Criminal 1977 creó un nuevo delito de conspiración juzgable en Inglaterra y Gales. El delito de conspiración que estaba receptado en el common law fue abolido por la sección 5. A pesar de que el delito principal fue definido en la ley más limitadamente, en otros aspectos codificó el derecho preexistente. Entró en vigencia el 1 de diciembre de 1977: S.I. 1977 No. 1682. La subsección (4) de aquella sección provee: "En esta Parte de Ley 'delito' significa un delito enjuiciable en Inglaterra y Gales, pero que incluye el homicidio sin perjuicio de que el mismo no sería enjuiciable si fuera cometido según la intención de las partes al acuerdo".

El efecto, de esta subsección surge que una persona, cualquiera sea su nacionalidad, que incurre en Inglaterra en una conducta que es delito de homicidio en el extranjero puede ser enjuiciado aquí por el delito de conspiración para asesinar, aunque el homicidio en sí mismo no hubiera sido enjuiciable en este país se volvió a aprobar una norma a los mismos fines en la sección 4 de la Ley sobre Delitos contra la Persona de 1861, que revocó en parte: ver Anexo 13 a la Ley de 1977. La sección 4 de la Ley de 1861 era en estos términos:

"Todas las personas que conspiren, se confederen o acuerden asesinar a cualquier persona, que sea un súbdito de Su Majestad o no, y esté dentro de los Dominios de la Reina o no, y quien quiera que instigue, aliente, persuada, o se esfuerce por

persuadir, o proponga a una persona, que asesine a cualquier otra persona, sea un súbdito de Su Majestad o no, y esté en los Dominios de la Reina o no, será culpable de una contravención, y siendo condenado por ello será pasible, según la discrecionalidad de la corte, de ser mantenido en prisión con trabajos forzados por cualquier término de no más de diez y no menos de tres años, o ser puesto en prisión por cualquier término que no exceda de dos años, con o sin trabajos forzados".

Así que la conducta que se alegaba contra el Senador Pinochet en la imputación 9 —que entre el 1 de enero de 1975 y el 31 de diciembre de 1976 fue parte de una conspiración en España para asesinar a alguien en España— es un delito por el cual, a menos que estuviera protegido por inmunidad, podría ser extraditado a España bajo referencia a la sección 4 de la Ley de 1861, ya que se mantuvo vigente hasta que la parte relevante de ella fue derogada por la Ley de 1977. Esto es porque su participación en la conspiración en España fue conducida por él en España a los fines de la sección 2(1)(a) de la Ley sobre Extradición 1989.

La conducta que se alega contra él en la imputación 4 es que fue parte de una conspiración para asesinar, en cuyo cumplimiento alrededor de cuatro mil personas fueron asesinadas en Chile y en varios otros países fuera de Chile, incluyendo España. Se presume que esta conspiración fue en Chile, así que yo sostendría que esta *no* es conducta de él en España a los fines de la sección 2(1)(a) de la Ley de 1989. La pregunta es entonces si es un delito extraterritorial dentro del significado de la sección 2(1)(b) de dicha Ley.

Una conspiración para cometer un delito criminal en Inglaterra es punible aquí bajo las reglas del common law con respecto a conspiraciones extraterritoriales incluso si la conspiración fuera formada fuera de Inglaterra y no se hiciera en realidad nada en este país para llevarla a cabo: *Somchai Liangsirprasert v. Government of the United States of America* [1991] 1 A.C. 225. En ese caso el Judicial Committee (Comité Judicial), aplicando el common law inglés, sostuvo que una conspiración para traficar una droga peligrosa en Hong Kong ingresada a Tailandia podía ser juzgada en Hong Kong aunque ningún acto para llevar a cabo dicha conspiración fue realizado en Hong Kong. Lord Griffiths, emitiendo el fallo del Comité, dijo en p. 251C-D: "Sus Señorías no pueden encontrar nada en los precedentes, respeto mutuo o sensatez que inhabilita al common law de considerar justiciable en Inglaterra crímenes incompletos cometidos en el extranjero que se supone que resulten en la comisión de delitos criminales en Inglaterra".

(...)

Así como Lord Griffiths observó en *Somchai*, p. 244C, todavía es cierto, como manifestación general amplia, que el derecho criminal inglés es local en su efecto y que el derecho criminal no se ocupa de crímenes cometidos en el extranjero. Pero yo considero que el common law de Inglaterra, aplicando la regla establecida en *Somchai*, también consideraría justiciable en Inglaterra una conspiración para cometer un delito en cualquier lugar que fuera, juzgable aquí como un delito extraterritorial por convención internacional, aunque no se realice ningún acto aquí

para llevar a cabo la conspiración. No creo que esta sería una extensión irrazonable de la regla. Me parece que con el fundamento del respeto mutuo sería sensato que la regla fuese extendida de este modo a fin de promover los objetivos de la convención.

Previamente a la entrada en vigencia de la Ley sobre Supresión del Terrorismo 1978, una conspiración que fuera formada fuera de este país para cometer homicidio en algún otro país que no fuera Inglaterra, en cuyo cumplimiento nada fuera realizado en Inglaterra, no sería punible en ésta, dado que la intención no fue que los actos realizados en cumplimiento de la conspiración resultaran en la comisión de un delito criminal en este país. La presunción contra la aplicación extra territorial del derecho criminal hubiera impedido que tal conducta fuera enjuiciada aquí. La sección 4(1) de la Ley de 1978 da a las cortes del Reino Unido jurisdicción sobre una persona que no realiza ningún acto en un país parte de la convención pero que, si hubiera realizado dicho acto en el Reino Unido, lo hubiera hecho culpable en dicha parte del Reino Unido de un delito mencionado en algunos, pero no todos, los párrafos del Anexo 1 a la Ley. El homicidio es una de los delitos a los cuales dicha norma se aplica. Pero la Ley, que fue aprobada para efectivizar la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo del 27 de enero de 1977, no entró en vigencia hasta el 21 de agosto de 1978: S.I. 1978 No. 1063. Y Chile no es un país parte de la convención a los fines de esa Ley, ni es uno de los países que no son partes de la convención a los cuales sus normas han sido aplicadas por la sección 5 de la Ley de 1978. Sólo dos países no partes de la Convención han sido designados así. Estos son los Estados Unidos (S.I./1986 No. 2146) e India (S.I. 1993 No. 2533).

Aplicando estos principios, la única conducta alegada contra el Senador Pinochet como conspiración para asesinar, y por la cual podría ser extraditado a España, es la que alega que era parte de una conspiración en España para cometer asesinato allí con anterioridad al 21 de agosto de 1978. En cuanto a las alegaciones de que era parte de una conspiración en España o en algún otro lugar para cometer asesinatos en un país que había sido designado como país parte de la convención después de dicha fecha, el requerimiento de extradición manifiesta que actos de la conspiración ocurrieron en Francia en 1975, en España en 1975 y 1976 y en los Estados Unidos y Portugal en 1976 que si bien son ahora países a los cuales se aplica la Ley sobre Supresión del Terrorismo de 1978, los actos que se alega son previos a la entrada en vigencia de dicha Ley. Así que la jurisdicción extraterritorial no puede ser aplicada a ellos.

Los delitos alegados de tentativa de homicidio en Italia no son, como tales, delitos por los cuales el Senador Pinochet pueda ser extraditado a España bajo referencia a la sección 2(1)(a) de la Ley de 1989 porque la conducta alegada no ocurrió en España y porque no es de nacionalidad española. Pero por sus fechas hubieran sido delitos por los cuales podría haber sido extraditado del Reino Unido a España bajo referencia a la sección 2(1)(b), con el fundamento, en primer lugar, de que el homicidio es ahora un delito extraterritorial bajo la sección 4(1)(a) de la Ley sobre Supresión del Terrorismo de 1978, pues es un delito mencionado en el párrafo 1 del Anexo 1 a

dicha ley, Italia ha sido designada como un país parte de la convención (S.I. 12986 No. 1137) y, en segundo lugar, que un delito de tentativa es un delito extraterritorial bajo la sección 4(1)(b) de la Ley de 1978. Pero las tentativas de homicidio en Italia que se alegan contra el Senador Pinochet se dice que han sido cometidas el 6 de octubre de 1975. Como la Ley de 1978 no estaba en vigencia en esa fecha, estos delitos no son capaces de ser traídos dentro de los procedimientos establecidos por dicha Ley.

Finalmente, para completar las normas que necesitan ser revisadas bajo este encabezamiento, se debe mencionar una enmienda que se hizo al Anexo 1 de la Ley sobre Supresión del Terrorismo de 1978, por la sección 22 de la Ley sobre Justicia Criminal de 1988, que incluye dentro de la lista de delitos establecidos en ese anexo el delito de conspiración. La sección aparece en la Parte 1 de la Ley de 1988, la mayoría de la cual fue derogada antes de haber entrado en vigencia siguiendo la aprobación de la Ley sobre Extradición de 1989. Pero la sección 22 no fue derogada. Fue sancionada el 5 de junio de 1990; S.I. 1990 No. 1145. Establece que al final del anexo se agregará un párrafo nuevo en estos términos: "21. Un delito de conspiración para cometer cualquier delito mencionado en un párrafo precedente de este Anexo".

A primera vista puede parecer que el efecto de esta enmienda fue introducir una jurisdicción extraterritorial establecida por ley con respecto al delito de conspiración, donde fuera que el acuerdo fuera hecho para participar en la conspiración. Pero este delito no aparece en la lista del Anexo con respecto a la cual la sección 4(1) de la Ley sobre Supresión del Terrorismo de 1978 da jurisdicción, si fuera cometida en un país parte de la convención, como delitos extraterritoriales. En cualquier caso, la sección 22 no entró en vigencia hasta el 5 de junio de 1990; S.I. 1990 No. 1145. Esto fue después de la última fecha en la que se alega que el Senador Pinochet cometió el delito de conspiración.

#### *Tortura y conspiración para torturar*

La tortura es otro de esos delitos, que, donde sea que el acto ocurra, la sección 22(6) de la Ley sobre Extradición de 1989 determina que es un delito cometido dentro del territorio de cualquier otro estado para cuyo derecho es un delito. Esta norma efectiviza la Convención sobre Tortura del 10 de diciembre de 1984. Convirtió en un crimen bajo el derecho inglés que un funcionario público o persona actuando en un carácter oficial cometa actos tanto de tortura física como mental: ver subsección (3). E hizo de tales actos de tortura un delito extraterritorial donde sea que fueran cometidos y cualquiera sea la nacionalidad de quien los perpetre: ver subsección (1). La definición amplia dada a la expresión "tortura" por el Artículo 1 de la Convención, y de acuerdo con principios ordinarios, el delito que la sección 134 establece debe considerarse que incluye los delitos accesorios de aconsejar, procurar, comandar y ayudar o instigar actos de tortura y de ser un accesorio antes o después del hecho a tales actos. Todos estos delitos se convirtieron en delitos extraterritoriales contra el derecho del Reino Unido dentro del significado de la sección 2(2) de la ley sobre Extradición de 1989 tan pronto como la sección 134 entró en vigencia el 29 de septiembre de 1988.

La sección 134 no menciona el delito de conspiración para cometer tortura, ni el Artículo 1 de la Convención, ni la sección 22(6) de la Ley sobre Extradición de 1989. Así que, mientras que las cortes del Reino Unido tienen jurisdicción extra territorial bajo la sección 134 sobre delitos de tortura oficial donde sea que fueran cometidas en el mundo, esa sección no les da jurisdicción extraterritorial sobre una conspiración para cometer tortura en ningún otro país donde el acuerdo fue hecho fuera del Reino Unido y ningún acto para llevar a cabo la conspiración ocurrió aquí. Ni es conducta que pueda ser considerada haber ocurrido en el territorio del país requirente bajo la sección 22(6) de la ley de 1989.

Sin embargo, el delito general de conspiración establecido por ley, bajo la sección 1 de la Ley sobre Derecho Criminal de 1977, se extiende a la conspiración para cometer cualquier delito que sea juzgable en Inglaterra y Gales. Entre estos delitos están todas las cosas sobre los cuales las cortes de Inglaterra y Gales tienen jurisdicción extraterritorial, incluyendo el delito bajo la sección 134 de la Ley de 1988. Y, por las razones ya mencionadas, yo considero que la regla del common law sobre las conspiraciones extraterritoriales establecida en *Somchai Liangsirprasert v. Government of the United States of America* [1991] 1 A.C. 225 se aplica si una conspiración en el extranjero, con la intención de comisión de un delito, donde fuera, que es un delito extraterritorial en este país. De acuerdo con ello las cortes de este país podrían juzgar al Senador Pinochet por actos de tortura en Chile y en cualquier otro lugar después del 29 de septiembre de 1988, porque son delitos extraterritoriales bajo la sección 134 de la Ley de 1988. También lo podrían juzgar aquí por conspirar en Chile o en cualquier otro lugar por cometer tortura, donde fuera que la tortura fuera a ser cometida, porque la tortura después de dicha fecha es un delito extraterritorial y las cortes de Inglaterra tienen jurisdicción sobre conspiraciones tales en el common law.

#### *Torturas previas al 29 de septiembre de 1989*

La sección 134 de la Ley sobre Derecho Criminal de 1988 no entró en vigencia hasta el 29 de septiembre de 1988. Pero los actos de tortura física ya eran criminales bajo el derecho inglés. Entre los varios delitos hubiera estado el delito del common law de agresión física, ocasionando daños corporales o causando lesiones y el delito, establecido por ley bajo la sección 18 de la Ley sobre Delitos contra la Persona de 1861, de herir con la intención de causar grave daño corporal. Una conspiración en Inglaterra para cometer estos delitos era un delito en el common law hasta que fue reemplazado el 1 de diciembre de 1977 por el delito establecido por la ley de conspiración en la sección 1 de la Ley sobre Derecho Criminal de 1977, que se mantiene vigente. Según he dicho, yo considero que una conspiración en el extranjero para cometer estos delitos en Inglaterra sería juzgable en este país bajo la regla del common law, referente a las conspiraciones extraterritoriales que fue establecida en *Somchai v. Government of the United States of America* [1991] 1 A.C. 225, si eran delitos extraterritoriales al momento de la alegada conspiración.

Sin embargo, ninguno de estos delitos, cometidos previamente a la entrada en vigencia de la sección 134 de la ley sobre Justicia Criminal de 1988, podría decirse

que fue un delito extraterritorial en el derecho del Reino Unido y dentro del significado de la sección 2(2) de la Ley sobre Extradición de 1989, dado que no hay base sobre la cual hubieran podido ser juzgados extraterritorialmente en este país. Los delitos listados en el Anexo 1 a la Ley sobre Supresión del Terrorismo de 1978 incluyen el delito del common law de agresión física y los delitos establecidos por ley bajo la Ley sobre Delitos contra la Persona de 1861. Pero ninguna de estos está incluido en la lista de delitos extraterritoriales, de la sección 4(1) de la Ley sobre Extradición de 1989. Así que la regla establecida en *Somchai* no puede ser aplicada a ninguna conspiración para cometer estos delitos en ningún país fuera de Inglaterra, pues no sería un conspiración extraterritorial de acuerdo al derecho inglés. El Senador Pinochet sólo podría ser extraditado a España por tales delitos bajo la sección 2(1)(a) de la Ley de 1989 si fuera acusado de conducta en España que, si ocurrieran en el Reino Unido, constituiría un delito que sería punible en este país. La sección 22(6) de la ley de 1989 no es de ayuda, porque la tortura contraría a la Convención sobre Tortura todavía no era delito en este país.

Ninguna de las imputaciones de conspiración para torturar, y ninguna de las varias imputaciones de tortura, alegan que el Senador Pinochet hizo nada en España que pueda calificar bajo la sección 2(1)(a) de la Ley de 1989 como conducta en ese país. Todo lo que uno puede decir en esta etapa es que, si la información presentada al magistrado bajo la sección 9(8) de la Ley de 1989 con referencia a la imputación 4 demostrara (i) que hizo algo en España previamente al 29 de septiembre de 1988 para cometer actos de tortura allí, o (ii) que era parte de una conspiración en España para cometer actos de tortura en España, hubiera cumplido los requerimientos de la sección 2(1)(a) de esa Ley.

#### *Tortura después del 29 de septiembre de 1989*

El efecto, de la sección 134 de la ley sobre Justicia Criminal de 1988 era el de hacer que los actos de tortura oficial fueran un delito extraterritorial en el Reino Unido, donde fuera que fueran cometidos y cualquiera fuera la nacionalidad del delincuente. La sección entró en vigencia dos meses después de la sanción de la Ley el 29 de septiembre de 1988, y no era retroactiva. A partir de esa fecha la tortura oficial fue un crimen extraditable dentro del significado de la sección 2(1) de la ley sobre Extradición de 1989 porque era un delito extraterritorial contra el derecho del Reino Unido.

El delito general de conspiración que fue introducido por la sección 1 de la Ley sobre Derecho Criminal de 1977 se aplica a cualquier delito juzgable en Inglaterra y Gales: sección 1(4). Así que una conspiración para cometer delitos de tortura oficial que ocurrió aquí después del 29 de septiembre de 1988, donde fuera que la tortura fuera a ser llevado a cabo y cualquiera fuera la nacionalidad del alegado torturador, es un delito por el cual el Senador Pinochet podría ser juzgado en este país si no tiene inmunidad. Esto significa que una conspiración para torturar en España después de esa fecha es un delito por la cual podría ser extraditado, bajo la sección 2(1)(a) de la ley de 1989. Pero, como he dicho, yo considero que el common law de Inglaterra,

aplicando la regla establecida en *Somchai Langsirprasert v. Governmente of the United States of America* [1991] 1 A.C. 225, también considera como justificable en Inglaterra a una conspiración para cometer un delito que fuera juzgable aquí como un delito extraterritorial en cumplimiento de una convención internacional, aunque no se haya realizado ningún acto aquí para llevar a cabo la conspiración. Esto significa que el podría ser extraditado a España bajo referencia a la sección 2(1)(b) de la Ley de 1989 por la imputación de conspiración para torturar a la que ingresó en cualquier lugar relacionado con períodos posteriores a dicha fecha. Pero, como la sección 134 de la Ley de 1988 no tiene un efecto retroactivo, no podría ser extraditado a España por ninguna conducta en España ni en ningún otro lugar que importe conspiración para cometer tortura, donde fuera que la tortura fuera a ser llevada a cabo, ocurridos antes del 29 de septiembre de 1988.

La conducta que es alegada contra el Senador Pinochet, bajo el encabezamiento de conspiración en la imputación 4, no está limitada a la alegación de que él era parte de un acuerdo sobre qué personas iban a ser torturadas. Incluido en la imputación está la alegación de que muchas personas en varios países fueron asesinadas después de ser torturadas en cumplimiento de la conspiración. Así que esta imputación incluye imputaciones de tortura tanto como de conspiración para torturar. Y es lo suficientemente amplio para incluir los delitos accesorios de aconsejar, procurar, comandar, asistir o instigar, o de ser accesorios antes o después del hecho, a estos actos de tortura. Si bien está mal definido, yo consideraría a esta imputación como que incluye alegaciones de tortura y de conspiración para torturar después del 29 de septiembre de 1988 para los cuales, si no tiene inmunidad, el Senador Pinochet podría ser extraditado a España con el fundamento de que, como eran delitos extraterritoriales contra el derecho del Reino Unido, eran crímenes extraditables dentro del significado de la sección 2(1) de la ley de 1989.

¿Cuál es el efecto de la condición que he mencionado recién, con respecto a la fecha en la cual estas alegaciones de tortura y conspiración para torturar por primera vez se convirtieron en delitos por los cuales, a requerimiento de España, el Senador Pinochet podría ser extraditado? En las circunstancias de este caso su efecto es profundo. Es eliminar de los procedimientos el curso entero de tal conducta en la cual el Senador Pinochet se dice que había tomado parte desde el momento en que se embarcó en la alegada conspiración para torturar en enero de 1972 hasta el 29 de septiembre de 1988. Los únicos delitos de tortura y conspiración para torturar que son punibles en este país como delitos extraterritoriales contra el derecho del Reino Unido dentro del significado de la sección 2(2) del Act de 1989 son aquellos delitos de tortura y conspiración para torturar que se alega que él habría cometido el 29 de septiembre de 1988 o después. Pero casi todas los delitos de tortura y homicidio, se alega alrededor de cuatro mil víctimas, fueron cometidas durante el período de represión que estuvo en su punto más intenso en 1973 y 1974. El requerimiento de extradición alega que durante el período de 1977 a 1990 sólo unas 130 delitos fueron cometidas. De ese número, sólo tres han sido identificadas en el requerimiento de extradición como ocurridas después del 29 de septiembre de 1988.

De los varios delitos que están listados en los proyectos de imputación sólo la imputación 30, que se refiere a un acto de tortura oficial en Chile el 24 de junio de 1989, se relaciona exclusivamente al período posterior al 29 de septiembre de 1988. Dos de las imputaciones de conspiración para cometer tortura se extienden en parte al período posterior a dicha fecha. La imputación 2 alega que el Senador Pinochet cometió este delito durante el período del 1 de agosto de 1973 al 1 de enero de 1990, pero no alega que algún acto de tortura ocurrió en cumplimiento de esa conspiración. La imputación 4 alega que él era parte de una conspiración para cometer tortura en cumplimiento de la cual fueron cometidos actos de homicidio que seguían a la tortura en varios países, incluyendo España, durante el período entre el 1 de enero de 1972 y el 1 de enero de 1990. La conducta alegada en las imputaciones 2 y 4, por las cuales el Senador Pinochet podría ser extraditado a España, es la que se relaciona con el período posterior al 29 de septiembre de 1988. A pesar de que las alegaciones de conspiración para torturar, de la imputación 2, y de tortura y conspiración para torturar, en la imputación 4, deben ser restringidas al período desde el 29 de septiembre de 1988 hasta el 1 de enero de 1990, es importante por la luz que echan sobre el acto único de tortura alegada en la imputación 30. Por razones que explicaré más adelante, sería muy difícil decir que un ex jefe de estado de un país que es parte de la Convención sobre Tortura no tiene inmunidad contra una alegación de tortura cometida en el transcurso de actos de gobierno que se relacionaban sólo con una instancia aislada de alegada tortura. Pero ese no es el caso que las autoridades judiciales españolas están alegando contra el Senador Pinochet. Incluso, reducido al período desde el 29 de septiembre de 1988 hasta el 1 de enero de 1990, la Ley sobre estado, las normas para protección especial de la sección 6(4) de la Ley sobre Extradición de 1989 asegurarían que era el único período respecto del cual las autoridades judiciales españolas tendrían derecho a presentar imputaciones contra él si fuera extraditado, la alegación es que él uso de la tortura como un ataque sistemático contra todos quienes se oponían o podían llegar a oponerse a su gobierno.

El requerimiento de extradición manifiesta que entre agosto de 1977, cuando el National Intelligence Directorate (Directorio de Inteligencia Nacional) (DINA) fue disuelto y reemplazado por la National Intelligence Bureau (Comisión Nacional de Inteligencia) (CNI), el Directorate of Communications of the Militarized Police (Directorio de Comunicaciones de la Policía Militarizada) (DICOMCAR) y el Avenging Martyrs Commando (Comando de Mártires Vengadores) (COVERMA), tomaban parte en una política de represión, actuando bajo órdenes emanadas de Augusto Pinochet, sistemáticamente realizaron torturas a detenidos (Bound Record, vol. 2, pp. 314-315). Entre los métodos que se dice fueron utilizados estaba la aplicación de electricidad en partes sensibles del cuerpo, y se alega que la tortura a veces llevaba a la muerte de la víctima. La imputación 30 alega que la víctima murió después de haber sido torturada mediante la inflicción de shock eléctrico. Las dos víctimas de un incidente en octubre de 1988, que se menciona en el requerimiento de extradición pero que no es de una imputación separada, en la lista de imputaciones, se dice mostraban signos de aplicación de electricidad, según de la autopsia. Parece que la evidencia ha revelado que sólo en tres oportunidades, después del 29 de septiembre de 1988, fueron perpetrados actos de tortura oficial en cumplimiento de esta política. Aún así,

esto no afecta la verdadera naturaleza y calidad de esos actos. La significación de las imputaciones 2 y 4 puede decirse que reside en el hecho de que muestran que una política de tortura sistemática estaba siendo llevada a cabo cuando esos actos fueron perpetrados.

Debo enfatizar que no es nuestra función considerar si la evidencia justifica esta inferencia o no, y no debe ser tomado como que digo que lo hace. Pero es claro que la información que está ante nosotros es capaz de sostener la inferencia de que eran de ese carácter los actos de tortura que son alegados durante el período relevante. No creo correcto enfocar la cuestión de la inmunidad con un fundamento que ignora el hecho de que este punto está por lo menos abierto a discusión. Así que considero que el argumento de que el Senador Pinochet no tiene inmunidad por este período reducido puede ser examinado apropiadamente a la luz de los desarrollos en el derecho internacional consuetudinario con referencia al uso de torturas generalizado o sistemático como un instrumento de política de estado.

#### *Imputaciones que son relevantes a la cuestión de inmunidad*

El resultado de este análisis es que las únicas imputaciones que alegan crímenes extraditables, por los cuales el Senador Pinochet podría ser extraditado a España si no tuviera inmunidad, son: (1) aquellas imputaciones de conspiración para torturar en la imputación 2, de tortura y conspiración para torturar en la imputación 4 y de tortura en la imputación 30 que, independientemente de donde ocurrió el delito, se convirtieron en delitos extraterritoriales desde el 29 de septiembre de 1988 bajo la sección 134 de la Ley sobre Justicia Criminal de 1988 y bajo el common law; (2) la conspiración en España para asesinar en ese país que se alega en la imputación 9; (3) tales conspiraciones para cometer homicidios y cometer actos de tortura en España, previas al 29 de septiembre de 1988, que se pueda demostrar que forman parte de las alegaciones en la imputación 4.

En tanto concierne al derecho del Reino Unido, el único país donde el Senador Pinochet puede ser enjuiciado por la totalidad de los delitos que han sido alegados contra él, por las autoridades judiciales españolas, es Chile.

#### *Inmunidad de estado*

La sección 20(1)(a) de la Ley sobre Inmunidad de Estado de 1978 provee que la Ley sobre Privilegios Diplomáticos de 1964 se aplica, sujeto a "cualquier modificación necesaria", al jefe de una misión diplomática. La generalidad de esta norma está condicionada por la sección 20(5), que restringe la inmunidad del jefe de estado con relación a los procedimientos civiles del mismo modo que la Parte I de la Ley lo hace para los diplomáticos. Esto refleja el hecho de que la sección 14 ya provee que los jefes de estado están sujetos a las restricciones de la Parte I. Pero no hay nada en la sección 20 que indique que la inmunidad de procedimientos criminales que el Artículo 31.1 de la Convención de Viena, según su aplicación por la Ley de 1964, da a los diplomáticos está restringido de cualquier modo para los jefes de estado. La

sección 23(3), que provee que las normas de las Partes I y II de la Ley no operan restrictivamente, no hace mención de la Parte III. Yo infero de esto que no se pensó que la Parte III iba a provocar la sugerencia de que pudiera operar de este modo.

Me parece que es claro entonces que lo que la sección 20(1) hizo fue dar fuerza de ley en el Reino Unido al derecho internacional consuetudinario en cuanto a la inmunidad de la que gozan los jefes de estado, y los ex jefes de estado en particular respecto de los procedimientos en cortes nacionales extranjeras. *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police* [1990] 102 I.L.R. 198, 203 sostiene este punto de vista, pues se sostuvo en ese caso que la inmunidad del Artículo 39.2 era accesible bajo el derecho internacional consuetudinario al ex jefe de estado de la República de las Filipinas.

La pregunta es entonces, hasta que límite debe ser modificada la inmunidad que el Artículo 39.2 otorga a los ex diplomáticos en su aplicación a los ex jefes de estado? La última oración del Artículo 39.2 trata la posición después de que las funciones del diplomático han cesado. Provee que "con respecto a actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión, la inmunidad continuará subsistiendo". Es claro que esta norma está tratando la inmunidad residual del ex diplomático *ratione materiae*, y no con la inmunidad *ratione personae* de que goza cuando todavía está en función como diplomático. En su aplicación a un ex jefe de estado esta norma plantea dos preguntas ulteriores: (1) incluye funciones que el jefe de estado realizó fuera del estado de cuya jurisdicción reclama inmunidad, y (2) incluye actos del tipo alegado en este caso, que se acepta que no fueron actos privados sino actos realizados en el ejercicio de la autoridad del estado.

En cuanto a la primera de estas dos preguntas, es claro que las funciones del jefe de estado variarán de estado a estado de acuerdo con los actos que se espera o se requiere que realice bajo la constitución de ese estado. En algunos países que adhieren a las tradiciones de la monarquía constitucional estas estarán limitadas mayormente a actos ceremoniales o simbólicos que no involucran ninguna responsabilidad ejecutiva. En otros, el jefe de estado es jefe del ejecutivo, con todos los recursos del estado bajo su comando para hacer lo que considere adecuado dentro de la esfera de acción que la constitución le ha dado. No he encontrado nada en el derecho internacional consuetudinario que requiera que confinemos la expresión "sus funciones" al menor denominador común. En mi opinión las funciones del jefe de estado son aquellas que su propio estado habilita o requiere que él realice en el ejercicio del gobierno. El realiza estas funciones donde sea que se encuentre por el momento tanto como dentro de su propio estado. Estas pueden incluir instruir o autorizar qué actos sean realizados por aquéllos bajo su comando en su país o en el extranjero, para el beneficio de la seguridad de estado. No sería correcto, por lo tanto, limitar la inmunidad del Artículo 39.2 a actos realizados en el estado receptor. Yo no consideraría a esta como una "modificación necesaria" que deba ser realizada bajo la sección 20(1) de la ley de 1978.

En cuanto a la segunda de estas preguntas, considero que la respuesta es que está bien establecido en el derecho internacional consuetudinario. El examen es si eran

actos privados o actos de gobierno realizados en el ejercicio de su autoridad como jefe de estado. Es si el acto fue realizado para promover los intereses del estado o si fue hecho para su propio beneficio o gratificación: *United States v. Noriega* (1990) 746 F.supp. 1506, 1519-1521. Sir Arthur Watts Q.C. en sus Hague Lectures, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers* (1994-III) 247 *Recueil des cours*, p. 56, dijo: "El examen crítico parecería ser si la conducta fuera realizada bajo la apariencia o en ejercicio ostensible de la autoridad pública del jefe de estado". Los actos soberanos o de gobierno de un estado no son temas sobre los cuales las cortes de otros estados decidirán: *I Congreso del Partido* [1983] A.C. 244, 262C *per Lord Wilberforce*. El hecho de que actos realizados para el estado involucren una conducta que es criminal no elimina la inmunidad. Verdaderamente todo el propósito de la inmunidad residual *ratione materiae* es proteger al ex jefe de estado contra alegaciones de tales conductas una vez que a dejado su cargo. Un jefe de estado necesita ser libre para promover los intereses de su propio estado durante todo el período en que esté en su cargo, sin estar sujeto a las perspectivas de detención, arresto o de ser avergonzado en el sistema legal extranjero del estado receptor: ver *United States v. Noriega*, p. 1519; *Lafontant v. Aristicide* (1994) 844 F.Supp. 128, 132. La conducta no tiene que ser lícita para atraer la inmunidad.

Puede decirse que no es una de las funciones de un jefe de estado cometer actos que sean criminales de acuerdo con las leyes y la constitución de su propio estado o que el derecho internacional consuetudinario considera criminal. Pero considero que este enfoque es incorrecto en principio. El principio de la inmunidad *ratione materiae* protege todos los actos que el jefe de estado ha realizado en el ejercicio de las funciones del gobierno. El propósito para el cual fueron realizados protege estos actos de cualquier análisis ulterior. Sólo hay dos excepciones a este enfoque que el derecho internacional consuetudinario ha reconocido. El primero, se relaciona a los actos criminales que el jefe de estado realizó bajo la apariencia de su autoridad como jefe de estado pero que eran en realidad para su propio goce o beneficio. Los ejemplos dados por Lord Steyn [1998] 3 W.L.R. 1456, 1506B-C del jefe de estado que mata a su jardinero en un rapto de furia o que ordena que víctimas sean torturadas para que el pueda observarlas en agonía me parece que caen, claramente, en esta categoría y, por esta razón, fuera del ámbito de la inmunidad. La segunda se relaciona con actos cuya prohibición ha adquirido el status bajo el derecho internacional de *jus cogens*. Esto e impone una obligación erga omnes de castigar tal conducta. Según dijo Sir Arthur Watts Q.C. en sus Hague Lectures, página 89, nota 198, con respecto a conductas que constituyen un crimen internacional, tales como los crímenes de guerra, son aplicables consideraciones especiales.

Pero, incluso en el campo de tales altos crímenes que han logrado el status de *jus cogens* bajo el derecho internacional consuetudinario, no existe todavía un acuerdo general de que están fuera de la inmunidad, de jurisdicción de las cortes nacionales extranjeras, a la cual los ex jefes de estado tienen derecho. Existe abundante material fuente para demostrar que los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad



han sido separados de la generalidad de la conducta que el derecho internacional consuetudinario ha venido a considerar como criminal. Estos desarrollos fueron descritos por Lord Slynn de Hadley [1998] 3 W.L.R. 1456, 1474D-H y yo estoy respetuosamente de acuerdo con su análisis. Como él dijo, en la p. 1474H, excepto con relación a crímenes en situaciones particulares en que los tribunales internacionales han sido establecidos para tratar con ellos, y es parte del acuerdo que los jefes de estado no deban tener inmunidad, no hay reconocimiento general de que ha habido una pérdida de inmunidad de jurisdicción de las cortes nacionales extranjeras. Esto lo llevó a resumir el tema de este modo, p. 1475B-E: "Entonces es necesario considerar, en ausencia de una convención internacional general, la inmunidad del ex jefe de estado en casos particulares. En mi opinión es necesario encontrar normas en una convención internacional que defina claramente un crimen contra el derecho internacional y requiera o faculte a un estado para prevenir o enjuiciar el crimen, sea o no cometido en su jurisdicción y sea o no cometido por uno de sus nacionales; debe dejar en claro que una corte nacional tiene jurisdicción para juzgar un crimen alegado contra un ex jefe de estado, o que haber sido un jefe de estado no es una defensa y que expresamente o implícitamente la inmunidad no se aplica como para obstaculizar los procedimientos contra él. La convención debe ser otorgada con fuerza de ley en las cortes nacionales del estado; en un país dualista como el Reino Unido ello significa por legislación, así que con los procedimientos y maquinarias necesarios el crimen puede ser enjuiciado allí de acuerdo con los procedimientos de la convención".

Esa, es la cuestión por la cual ahora nos dirigimos a la Convención sobre Tortura. Como todos los requerimientos que el Lord Slynn ha establecido en el párrafo en la p. 1475B-E, menos uno, son cumplidos por el, conforme con las normas de las secciones 134 y 135 de la Ley de Justicia Criminal de 1988, que dio fuerza de ley a la Convención en este país, necesito tratar solamente el único tema que resta.

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

La Convención sobre tortura es un instrumento internacional. Como tal, debe ser interpretado de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y respecto de la inmunidad residual subsistente de un ex jefe de estado. El Artículo 32.2 de la Convención de Viena, que forma parte de las normas en la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 que son extendidos a jefes de estado por la sección 20(1) de la Ley de Inmunidad Soberana de 1978, sujeto a "cualquier modificación necesaria", manifiesta que la renuncia de inmunidad acordada a los diplomáticos "debe siempre ser expreso". No se necesita ninguna modificación de esa norma para habilitarla a ser aplicada a jefes de estado en el caso de que se decida que debiera haber una renuncia de su inmunidad. La Convención sobre Tortura no contiene ninguna norma que trate expresamente la cuestión de si los jefes de estado o ex jefes de estado tendrán o no tendrán inmunidad de las alegaciones de que cometieron tortura.

Pero resta la pregunta de si el efecto de la Convención sobre Tortura era eliminar la inmunidad por presunción necesaria. A pesar de que el Artículo 32.2 dice que cualquier renuncia debe ser expresa, se nos requiere de cualquier modo que

consideremos si el efecto de la Convención era necesariamente el de eliminar la inmunidad. Este es un difícil examen. La sección 1605(a)(1) de la Ley Federal de los Estados Unidos sobre Inmunidad Soberana provee una renuncia implícita, pero esta sección ha sido interpretada restringidamente: *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699, p. 720; *Princz v. Federal Republic of Germany* (1994) 26 F.3d 1166, p. 1174; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation* (1989) 109 S.Ct. 683, p. 693. En el general es que los tratados internacionales de claridad este tema es obvia. La regla general es que los tratados internacionales deben, en la medida de lo posible, ser interpretados uniformemente por las cortes nacionales de todos los estados. El Preámbulo de la Convención sobre Tortura explica este fin. Después de referirse al Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que provee que nadie podrá ser objeto de torturas u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, y a la Declaración de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1975, referida a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, manifiesta que se deseaba "hacer más efectiva la lucha contra la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo". Continúa después en el Artículo 1 una definición del término "tortura" a los fines de la Convención. Está expresada en los más amplios términos posibles. Significa "cualquier acto por el cual dolor o sufrimientos severos, físicos o mentales, sean infligidos intencionalmente" para fines tales como obtener información o una confesión, castigo, intimidación o coerción o basada en discriminación de cualquier tipo. Esta, sin embargo, limitada a la tortura oficial por sus palabras finales, que requieren que tal dolor o sufrimiento haya sido infligido por o a la instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público y otra persona actuando en un carácter oficial.

Esta definición está tan ampliamente enmarcada que sugiere, por un lado, que los jefes de estado deben haber sido contemplados por sus palabras finales pero, por otro lado, plantea la pregunta de si también se contempló que por presunción necesaria serían desprovistos de su inmunidad. Las palabras "funcionario público" puede pensarse que se refieren a alguien de un rango más bajo que un jefe de estado. Otros instrumentos internacionales sugieren que donde la intención es incluir personas tales como el jefe de estado o diplomáticos, éstos están expresamente mencionados en el instrumento: ver el Artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Internacional Criminal que fue adoptado el 17 de julio de 1998. Pero un jefe de estado que recurra a conducta del tipo descrito en el ejercicio de su función estaría claramente "actuando en un carácter oficial". También sería un resultado extraño si las normas de la Convención no pudieran ser aplicadas a jefes de estado que, porque ellas infligieron tortura o instigaron a la realización de actos de tortura por sus funcionarios, eran las personas primariamente responsables de la perpetración de estos actos.

Sin embargo la idea de que el marco de la definición en estos términos en sí misma fue suficiente para eliminar la inmunidad de enjuiciamiento por todos los actos de tortura también tiene dificultades. El carácter *jus cogens* de la inmunidad gozada por los jefes de estado en ejercicio *ratione personae* sugiere que, desde cualquier punto de vista, esa inmunidad no se tenía la intención de que fuese afectada por la

Convención. Pero una vez que una inmunidad es concedida es más difícil, en ausencia de una norma expresa, justificar la eliminación de las otras inmunidades. También debe notarse que Burgers y Danelius, en su *Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, p. 131, hacen el siguiente comentario sobre el Artículo 5.1 de la Convención, que establece las medidas que se requiere que cada estado parte tome para establecer su jurisdicción sobre los delitos de tortura que el Artículo 4 requiere que sean punibles bajo su propio derecho criminal: "Esto significa, primero de todo, que el estado tendrá jurisdicción sobre el delito cuando ha sido cometida en su territorio. Bajo el derecho internacional o nacional, pueden haber ciertas excepciones limitadas a esta regla, por ejemplo con respecto a los diplomáticos extranjeros, tropas extranjeras, miembros del parlamento u otras categorías que se beneficien de inmunidades especiales, y tales inmunidades serán aceptadas en tanto se apliquen a actos criminales en general y no sean indebidamente extensivas".

Estas observaciones, aunque de indudable peso pues Jan Herman Burgers, de Holanda, era el Presidente/Relator de la Convención, puede considerarse que son tan críticas que desafían el análisis detallado. Pero vale la pena hacer dos consideraciones sobre ellas. La primera es que reconocen que las normas de la Convención son inconsistentes con, por lo menos, algunas de las inmunidades del derecho internacional consuetudinario. La segunda es que no hacen mención de ninguna excepción que privaría a los jefes de estado o ex jefes de estado de sus inmunidades del derecho internacional consuetudinario. La ausencia de referencias a este tema sugiere que los redactores de la Convención no lo consideraron. Los Informes del Grupo de Trabajo, sobre el Proyecto de Convención al Consejo Económico y Social de la Comisión sobre Derechos Humanos muestran que se tuvieron muchas reuniones para completar este trabajo. Estas se extendieron por varios años, y muchos temas fueron planteados y discutidos antes de que las variadas delegaciones estuvieran satisfechas con sus términos. Si el tema de la inmunidad de los jefes de estado o de los ex jefes de estado fue discutido en alguna de estas reuniones, indudablemente hubiera sido mencionado en los informes. El tema hubiera sido reconocido como uno importante en el cual las delegaciones tendrían que tomar instrucciones de sus respectivos gobiernos. Pero no hay ninguna señal de esto en ninguno de los informes que nos han sido mostrados.

La ausencia de cualquier discusión del tema no es sorprendente, una vez que se aprecia que el propósito de la Convención era colocar del modo más amplio posible una maquinaria que era necesaria para hacer más efectivo la lucha contra la tortura en todo el mundo. Había, claramente, mucho para hacer, según demuestran los numerosos años de discusión. De acuerdo a Burgers y Danelius, p. 1, el objetivo principal era reforzar la posición existente por medio de una cantidad de medidas de apoyo. Se debía establecer una base para la aprobación de legislación en los estados contratantes. Se debía llegar a una definición de tortura acordada, incluyendo la tortura mental, para su adopción por los estados a su derecho criminal propio. Se debían acordar normas para la toma de jurisdicción extraterritorial para tratar estos delitos y para la extradición de delincuentes a estados que estaban buscando

enjuiciarlos. Como muchos estados no extraditan a sus propios ciudadanos y la Convención no obliga a los estados a extraditar, tuvieron que tomar las medidas que fueran necesarias para establecer jurisdicción sobre estos delitos en casos en que el alegado delincuente estaba presente dentro de su territorio pero no iba a ser extraditado. Para muchos de los estados estos arreglos eran innovaciones a su derecho local. No se mencionan renuncias a la inmunidad. Pero, según ya había señalado Yoram Dinstein, *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione materiae* (1966) International and Comparative Law Quarterly, 76, 80, sería enteramente carente de sentido renunciar a la inmunidad a menos que las cortes locales pudieran, en consecuencia, enjuiciar al delincuente.

Estas consideraciones sugieren fuertemente que sería erróneo considerar que a la Convención sobre Tortura eliminó por presunción necesaria la inmunidad *ratione materiae* de los ex jefes de estado con referencia a cada acto de tortura de cualquier tipo que pueda ser alegado contra él cayendo dentro del ámbito del Artículo 1. En *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699, 714-717 se sostuvo que los alegados actos de tortura oficial, que fueron cometidos en 1976 antes de la sanción de la Convención sobre Tortura, violaban el derecho internacional bajo el cual la prohibición de tortura oficial había adquirido el status de *jus cogens*. Se habían perpetrado actos crueles por un período de siete días por hombres actuando bajo la dirección del gobernante militar. Argentina había sido gobernada por una junta militar anti semita, y quienes lo habían torturado habían usado epítetos que indicaban a José Siderman que estaba siendo torturado por su fe judía. Pero la definición del Artículo 1 es tan amplia que cualquier acto oficial de tortura, siempre que involucre dolor o sufrimiento "severo", sería cubierto por él.

Según Burgers y Danelius señalan en p. 122, a pesar de que la definición de tortura en el Artículo 1 puede dar la impresión de ser muy precisa y detallada, el concepto de "dolor y sufrimiento severo" es de hecho un concepto bastante vago, en cuya aplicación a un caso específico puede haber muchos puntos de vistas diferentes. No se requiere que haya sido perpetrado en una escala tal que constituya un crimen internacional en el sentido descrito por Sir Arthur Watts en sus Hague Lectures, p. 82, esto es un crimen que ofende el orden público de la comunidad internacional. Un acto único de tortura por un funcionario contra un nacional de su estado dentro de las fronteras de dicho estado será suficiente. El riesgo de ser detenidos, al cual se expondrían los ex jefes de estado al dejar su cargo, en estados extranjeros por las alegaciones de haber consentido un acto de tortura oficial, hubiera sido tan obvio a los gobiernos que es difícil creer que hubieran acordado esto. Más aún, incluso si Sus Señorías sostuvieran que este era su efecto, existen buenas razones para dudar si las cortes de otros estados tomarían el mismo punto de vista. Una norma expresa hubiera eliminado esta falta de certeza.

De todos modos, resta la pregunta de si la inmunidad puede sobrevivir al acuerdo de Chile a la Convención sobre Tortura y si la tortura alegada fue de tal tipo o en semejante escala que implique un crimen internacional. Sir Arthur Watts en sus Hague Lectures, p. 82 manifiesta que la idea de que los individuos que cometen crímenes



internacionales son internacionalmente responsables por ellos se ha convertido ahora en una parte aceptada del derecho internacional. Los acuerdos internacionales a los cuales los estados han estado esforzándose a fin de tratar este problema en cortes criminales internacionales han sido cuidadosos de establecer un umbral para tales crímenes, debajo del cual la jurisdicción de dichas cortes no sería accesible. El Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993) incluye a la tortura en el artículo 5 como uno de los crímenes contra la humanidad. En el párrafo 48 de su Informe a las Naciones Unidas, el Secretario General explicó que los crímenes contra la humanidad se refieren a actos inhumanos, de una naturaleza muy seria, tales como el deliberado asesinato, tortura o violación, cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Observaciones similares aparecen en los párrafos 131 al 135 del Informe del Secretario General del 9 de diciembre de 1994 sobre el conflicto de Ruanda. El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (1994) incluyó a la tortura como uno de los crímenes contra la humanidad "cuando fuera cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil" con fundamentos nacionales, políticas raciales u otras. El artículo 7 del Estatuto de Roma contiene una limitación similar a los actos de tortura generalizada o sistemática.

Las alegaciones que las autoridades judiciales españolas han hecho contra el Senador Pinochet caen dentro de esta categoría. Según yo busqué dejar en claro en mi análisis de los proyectos de imputaciones, no estamos tratando en este caso—incluso dentro de la base restringida de esas imputaciones en los cuales el Senador Pinochet podría legítimamente ser extraditado si no tiene inmunidad—actos aislados de tortura oficial. Estamos tratando con los remanentes de una alegación de que es culpable de algo que ahora, sin lugar a dudas, sería considerado por el derecho internacional consuetudinario como un crimen *internacional*. Eso es así porque se dice que estuvo involucrado en actos de tortura que fueron cometidos en cumplimiento de una política de cometer tortura sistemática dentro de Chile, y en otros lugares, como un instrumento del gobierno. Por otro lado, se dice que, para que él pierda su inmunidad, debería establecerse que hubo una práctica establecida para crímenes de esta naturaleza así considerados por el derecho internacional consuetudinario al tiempo en el que fueron cometidos. Yo encontraría difícil decir que se ha demostrado que cualquier práctica semejante había sido establecida antes del 29 de septiembre de 1988. Pero debemos ser cuidadosos de no otorgar demasiada importancia a este punto, pues la oportunidad de enjuiciar tales crímenes no se presenta a menudo.

A pesar de las dificultades que he mencionado, creo que hay suficientes señas de que los desarrollos necesarios en el derecho internacional estaban en su lugar para tal fecha. La cuidadosa discusión del *ius cogens* y las reglas erga omnes con referencia a las alegaciones de tortura oficial en *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 26 F.2d 1166, pp. 714-718, que considero convincente en este punto, demuestran que ya había un acuerdo generalizado de que la prohibición contra la tortura oficial había logrado el status de una norma *ius cogens*. Se hace referencia a artículos publicados en 1988 y 1989 en la p. 717 en apoyo de este punto de vista. Así que pienso que podemos considerar que esa era la posición al 29 de septiembre

de 1988. Después está la Convención sobre Tortura del 10 de diciembre de 1984. Habiendo asegurado un número suficiente de firmantes, entró en vigencia el 26 de junio de 1987. En mi opinión, una vez que la maquinaria que provee había sido puesta en marcha para permitir que la jurisdicción sobre tales crímenes sea ejercida en las cortes del estado extranjero, ya no podían los estados que eran signatarios de la Convención invocar la inmunidad *ratione materiae* en el caso de alegaciones de tortura generalizada o sistemática cometida después de aquella fecha, hechas en las cortes de aquel estado contra sus funcionarios o cualquier otra persona actuando en un carácter oficial.

Según Sir Arthur Watts, Q.C. ha explicado en sus Hague Lectures (1994), p. 82, el principio general en tales casos es el de la responsabilidad individual por conducta criminal internacional. Después de revisar numerosos instrumentos internacionales generales relacionados principalmente, pero no exclusivamente, con los crímenes de guerra, de los cuales el más reciente fue el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1988, llega a la conclusión en la p. 84 de que ya no puede dudarse que como un asunto de derecho internacional consuetudinario, un jefe de estado será personalmente responsable para ser convocado a responder si hay suficiente evidencia de que autorizó o perpetró tales serios crímenes internacionales. Un jefe de estado está todavía protegido cuando está en su cargo por la inmunidad *ratione personae*, pero la inmunidad *ratione materiae* en la cual tendría que depender al dejar su cargo le debe ser denegada.

Yo no consideraría a este como un caso de renuncia. Ni aceptaría que fue un término implícito de la Convención sobre Tortura que los ex jefes de estado iban a ser privados de su inmunidad *ratione materiae* con respecto a todos los actos de tortura oficial según la definición del artículo 1. Es sólo que las obligaciones que son reconocidas por el derecho internacional consuetudinario en el caso de tan serios crímenes internacionales a la fecha en que Chile ratificó la Convención son tan fuertes que prevalecen sobre cualquier objeción a ella, basada en que el Reino Unido ha hecho disponible el ejercicio de la jurisdicción sobre crímenes cometidos después de dicha fecha...

Considero que la inmunidad *ratione materiae* fue perdida a partir del 30 de octubre de 1988, fecha en que entró en vigencia en Chile. La Convención fue ratificada por el Reino Unido el 8 de diciembre de 1988 siguiendo la entrada en vigencia de la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988. Según el enfoque que yo tomaría de este tema la inmunidad *ratione materiae* fue perdida cuando Chile, habiendo ratificado la Convención a la cual la sección 134 dio efecto y la cual España ya había ratificado, fue privado del derecho a objetar a la jurisdicción extraterritorial que el Reino Unido fue capaz de afirmar sobre estos delitos cuando la sección entró en vigencia. Pero estoy satisfecho de aceptar el punto de vista de mi noble y culto amigo Lord Saville de Newdigate de que el Senador Pinochet continuó teniendo inmunidad hasta el 8 de diciembre de 1988 cuando el Reino Unido ratificó la Convención.

### Conclusión

Se sigue de ello que yo sostendría que, mientras que el Senador Pinochet tiene inmunidad *ratione materiae* de enjuiciamiento por la conspiración en España para asesinar, que se alega en la imputación 9, y para tales conspiraciones para asesinar y para cometer actos de tortura en España que se pueda demostrar que son parte de las alegaciones de la imputación 4, previas al 8 de diciembre de 1988, no tiene inmunidad de enjuiciamiento de las imputaciones de tortura y de conspiración para torturar que se relacionan con el período después de esa fecha. Ninguno de las otras imputaciones que se hacen contra él son crímenes extraditables por los cuales, incluso si no tuviera inmunidad, pudiera ser extraditado. Sólo con esta base yo también permitiría la apelación, en la extensión necesaria para permitir que proceda en las imputaciones de tortura y conspiración para torturar relacionados al período posterior al 8 de diciembre de 1988.

El profundo cambio en el ámbito del caso que ahora se puede hacer para la extradición a España del Senador Pinochet requerirá que el Secretario de Estado reconsidere su decisión de dar autorización para continuar con el proceso de extradición bajo la sección 7(4) de la ley sobre Extradición de 1989 y, si decide renovar esa autorización, con respecto a cuales de los crímenes alegados la autorización debe ser autorizada. También hará necesario que el magistrado, si se da renovada autorización para proceder, preste muy cuidadosa atención a la cuestión de si la información presentada frente a él bajo la sección 9(8) de la Ley que sostiene la alegación de conspiración para cometer tortura sistemática, incluyendo el acto único de tortura que es alegado en la imputación 30, fue cometido por el Senador Pinochet después del 8 de diciembre de 1988, fecha en que perdió su inmunidad.

LORD HUTTON

Mis Lores,

El nuevo examen de esta apelación ha planteado una cantidad de temas separados que han sido enteramente considerados en el discurso de mi noble y culto amigo Lord Browne-Wilkinson que he tenido el beneficio de leer en borrador. Estoy de acuerdo con su razonamiento y conclusión de que la definición de un "crimen extraditable" en la Ley sobre Extradición de 1989 requiere que la conducta sea criminal bajo el derecho del Reino Unido a la fecha de su comisión. También estoy de acuerdo con el análisis y las conclusiones de mi noble y culto amigo Lord Hope de Craighead en cuanto a los alegados crímenes respecto de los cuales el Senador Pinochet podría ser extraditado aparte de cualquier cuestión de inmunidad. También estoy de acuerdo con el punto de vista de Lord Browne-Wilkinson de que el Senador Pinochet tiene derecho a inmunidad con respecto a las imputaciones de homicidio y de conspiración para asesinar, pero deseo hacer una observación respecto del tema de la inmunidad reclamada por el Senador Pinochet con respecto a las imputaciones de tortura y conspiración para torturar.

El Senador Pinochet dejó de ser jefe de estado de Chile el 11 de marzo de 1990, y reclama inmunidad como ex jefe de estado. La distinción entre la inmunidad de un jefe de estado en ejercicio y la inmunidad de un ex jefe de estado es discutida por Sir Arthur Watts K.C.M.G., Q.C. en su monografía "The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers". Manifiesta, en p. 53, 88 y 9: "Está bien establecido que, dicho ampliamente, un jefe de estado goza de una inmunidad amplia de la jurisdicción criminal, civil y administrativa de otros estados. Esta inmunidad —si es que existe— deviene efectiva desde su asunción del cargo, incluso respecto de eventos ocurridos con anterioridad... La inmunidad de un jefe de estado es gozada en reconocimiento de su muy especial status como poseedor del cargo más alto del estado... "Un ex jefe de estado no tiene derecho bajo el derecho internacional a ninguna de las facilidades, inmunidades y privilegios que el derecho internacional acuerda a los jefes de estado en ejercicio... "Los actos oficiales de un jefe de estado, realizados en su carácter público como jefe de estado, están, sin embargo, sujetos a diferentes consideraciones. Tales actos son actos del estado más que actos personales del jefe de estado, y no puede ser demandado por ellos incluso después de que haya cesado de ser jefe de estado. La posición es similar a la de los actos realizados por un embajador en ejercicio de sus funciones para el cual la inmunidad continúa subsistiendo incluso después de que el nombramiento del embajador ha concluido".

La sección 20 en la Parte III de la Ley sobre Inmunidad de Estado de 1978 provee que, sujeta a cualquier modificación necesaria, la Ley sobre Privilegios Diplomáticos de 1964 será de aplicación a un soberano u otro jefe de estado, y la sección 2 de la Ley de 1964 provee que los Artículos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establecidas en el Anexo 1 a la Ley tendrán fuerza de ley en el Reino Unido. Los Artículos establecidos en el anexo 1 incluyen los Artículos 29, 31 y 39. El Artículo 29 provee: "La persona de un agente diplomático es inviolable. No será pasible de ninguna forma de arresto o detención". El Artículo 31 provee: "1. Un agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción criminal del estado receptor".

El Artículo 39 provee: "1. Cada persona con derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde el momento en que ingrese al territorio del estado receptor en procedimientos para tomar su puesto o, si ya se encuentra en su territorio, desde el momento en que su nombramiento es notificado al Ministro de Relaciones Internacionales u otro ministerio que sea acordado. 2. Cuando las funciones de una persona que goza de privilegios o inmunidades ha llegado a su fin, tales privilegios e inmunidades normalmente cesarán al momento en que abandone el país, o al expirar un período razonable para hacerlo, pero subsistirá hasta ese momento, incluso en el caso de conflicto armado. Sin embargo, con respecto a actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión, la inmunidad continuará subsistiendo".

Uno de los temas planteados a Sus Señorías es si la sección 20 de la ley sobre Inmunidad de Estado se relaciona sólo a las funciones llevadas a cabo por un jefe de estado extranjero cuando esta presente dentro del Reino Unido, o si se aplica también

a sus acciones en su propio estado o en otro país. La sección 20 es una sección difícil de interpretar, pero opino que con las modificaciones necesarias, la sección aplica las normas de la Ley sobre Privilegios Diplomáticos, y por lo tanto los Artículos de la Convención de Viena, a las acciones de un jefe de estado en su propio país o en otro lugar, de manera tal que, adoptando la fórmula de Lord Nicholls de Birkenhead en la audiencia anterior [1998] 3 W.L.R. 1456, 1499E, con el agregado de siete palabras, el efecto de la sección 20 de la Ley de 1978, sección 2 de la Ley sobre Privilegios Diplomáticos y de los Artículos de la Convención de Viena es que: "un ex jefe de estado continuará gozando de inmunidad de la jurisdicción criminal del Reino Unido con respecto a actos realizados por él, en su propio país o en otro lugar, en el ejercicio de sus funciones como jefe de estado".

Considero, sin embargo, que la sección 20 no cambió el derecho con relación a la inmunidad de jurisdicción criminal a la cual un ex jefe de estado tenía derecho en el Reino Unido sino que dio forma al principio relevante del derecho internacional que era parte del common law.

Por lo tanto, la cuestión crucial para decidir es si los actos de tortura (en cuyo término incluyo actos de tortura y conspiración para cometer tortura) alegados contra el Senador Pinochet fueron cometidos en la realización de sus funciones como jefe de estado. Digo "si fueron cometidos" porque no es la función de Sus Señorías en esta apelación decidir si existe evidencia para fundamentar las alegaciones y el Senador Pinochet los niega. Sus Señorías tienen la ventaja de los cultos y detallados planteos de los abogados de las partes y de los terceros intervinientes y del *amicus curiae* (a cuyos planteos desearía rendir homenaje) y numerosas reglas de muchas jurisdicciones fueron citadas.

Es claro que los actos de tortura que se alega que el Senador Pinochet cometió no eran actos llevados a cabo en su carácter privado para su gratificación personal. Si ese hubiera sido el caso, una vez que cesó en su función, no tendría derecho a reclamar inmunidad respecto de ellos. Se planteó por su cuenta que los actos de tortura fueron llevados a cabo con el propósito de proteger al estado y defender sus intereses, según el Senador Pinochet los consideró, y fueron en consecuencia funciones gubernamentales y fueron, de acuerdo con ello, realizados como funciones del jefe de estado. También se planteó que la inmunidad que el Senador Pinochet reclamó era inmunidad del estado de Chile mismo. En los presentes procedimientos, Chile intervino en nombre del Senador Pinochet y en el párrafo 10 de su defensa escrita había planteado: "...la inmunidad de un jefe de estado (o ex jefe de estado) es un aspecto de la inmunidad de estado... La inmunidad de un jefe de estado en su carácter público es equivalente con la inmunidad de estado en el derecho internacional... Las acciones contra representantes de un gobierno extranjero con respecto a sus actos gubernamentales u oficiales son substancialmente procedimientos contra el estado que ellos representan, y la inmunidad es para el beneficio del estado.

Más aún, se planteó que una cantidad de autorizaciones establecían que la inmunidad que un estado tiene derecho a reclamar con respecto a los actos de su ex

jefe de estado u otro funcionario público se aplica sólo a actos que son ilegales y criminales.

Mis Lores, al considerar las autorizaciones es necesario tener en consideración una cantidad de temas. En primer lugar, es un principio del derecho internacional el que un estado no puede ser demandado en las cortes de otro estado sin su consentimiento (aunque este principio ahora posee excepciones, estando las excepciones en el derecho del Reino Unido establecidas en la Ley de Inmunidad de Estado de 1978). Las *Laws of England* de Halsbury, 4ta. ed. publicada en 1977, vol. 18, para. 1548 manifestaba: "Un estado soberano independiente no puede ser demandado en las cortes inglesas contra su voluntad y sin su consentimiento. Esta inmunidad de jurisdicción deriva de las reglas del derecho internacional, que respecto a este tema, se han convertido en parte del derecho de Inglaterra. Se acuerda con el fundamento de que el ejercicio de jurisdicción sería incompatible con la dignidad e independencia de cualquier autoridad superior gozada por cada estado soberano. El principio involucrado no se funda en reglas del derecho técnicas, sino en amplias consideraciones de la política pública, derecho internacional y respeto mutuo".

En segundo lugar, muchas de las autorizaciones citadas por el abogado eran casos en que la responsabilidad por daños y perjuicios era planteada contra un estado. En tercer lugar, un estado es responsable por las acciones de sus funcionarios llevadas a cabo en la realización ostensible de sus funciones oficiales sin perjuicio de que los actos son realizados en exceso de sus funciones apropiadas. *Oppenheim's International Law*, 9ª. ed. manifiesta en la página 554: "Además de la responsabilidad internacional de un estado por los actos oficiales y autorizados de sus funcionarios administrativos y miembros de sus fuerzas armadas, un estado también carga con la responsabilidad por actos internacionales injuriosos cometidos por tales personas en el ejercicio ostensible de sus funciones oficiales pero sin la orden o la autorización del estado, o en exceso de su competencia de acuerdo con el derecho interno del estado, o en errónea, erróneamente juzgada o imprudente ejecución de sus obligaciones oficiales. Los funcionarios administrativos de un estado y miembros de sus fuerzas armadas están bajo control disciplinario, y todos los actos de tales personas en el ejercicio aparente de sus funciones oficiales o invocando poderes apropiados a su carácter oficial son prima facie atribuibles al estado. No siempre es fácil en la práctica establecer una clara distinción entre los actos no autorizados de funcionarios de los actos cometidos por ellos en su carácter privado y por los cuales el estado no es directamente responsable. Con respecto a los miembros de las fuerzas armadas el estado generalmente será tenido como responsable por sus actos si fueron cometidos en el cumplimiento del deber, o en presencia de o bajo las órdenes de un funcionario superior".

En cuarto lugar, con respecto a la jurisdicción de las cortes del Reino Unido, los estados gozan expresamente de inmunidad en los procedimientos civiles (sujetos a ciertas excepciones expresas) por ley. La Parte I de la ley sobre Inmunidad de Estado de 1978 relativa a los procedimientos civiles provee en la sección 1(1): "Un estado es inmune de jurisdicción a las cortes del reino Unido excepto según lo provee en las siguientes normas de esta parte de esta Ley".

Pero la Parte I de la Ley no es de aplicación a la jurisdicción criminal y la sección 16(4) en la Parte I provee: "Esta Parte de esta Ley no es de aplicación a los procedimientos criminales".

En los Estados Unidos de América la sección 1604 de la Ley sobre Inmунidades Soberanas Extranjeras de 1976 provee: "Sujeto a acuerdos internacionales existentes a los cuales los Estados Unidos son parte al momento de la aprobación de esta Ley, un estado extranjero será inmune de la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos y de los estados excepto de acuerdo a lo provisto en las secciones 1605 a 1607 de este capítulo".

Los abogados del Senador Pinochet y de Chile se basaron en la decisión de la Court of Appeals (Corte de Apelaciones) en *Al-Adsani v. Government of Kuwait* (1996) 107 I.L.R. 536 donde el demandante planteó la responsabilidad por daños y perjuicios por un acto ilícito contra el gobierno de Kuwait reclamando que había sido torturado en Kuwait por funcionarios de ese gobierno. La Court of Appeals (Corte de Apelaciones) confirmó que tenía derecho a inmunidad. Los abogados del demandante plantearon que la regla del derecho internacional que prohíbe la tortura es tan fundamental que es *ius cogens* lo cual prevalece sobre todos los demás principios del derecho internacional, incluyendo el principio de inmunidad soberana. Este planteo fue rechazado por la Court of Appeals (Corte de Apelaciones) con el fundamento de que la inmunidad fue dada por la sección 1 de la Ley sobre Inmunidad de Estado de 1978 y que la inmunidad no estaba sujeta a una condición prevaleciente con respecto a tortura o a otros actos contrarios al derecho internacional que no cayeran dentro de una de las excepciones expresadas contenidas en las secciones subsiguientes de la Ley. Ward L.J. manifestó en p. 549: "Desafortunadamente, Ley es lo más clara que puede ser. Un estado extranjero no goza de inmunidad por actos que causan lesiones personales cometidas en el Reino Unido y si eso está expresamente provisto es imposible escapar de que la inmunidad de estado eslograda con respecto a los actos de tortura cometidos fuera de esta jurisdicción".

Una decisión similar fue emitida por la Court of Appeals (Corte de Apelaciones) de los Estados Unidos, Circuito Noveno, en *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699 donde una familia argentina planteó la responsabilidad por daños y perjuicios contra Argentina y una de sus provincias por actos de tortura de funcionarios militares. Argentina reclamó que tenía derecho a inmunidad bajo la Ley sobre Inmунidades Soberanas Extranjeras y la Court of Appeals (Corte de Apelaciones), contra sus deseos, confirmó su reclamo. El argumento presentado en nombre de los demandantes era similar al planteado en el caso *Al-Adsani*, pero la corte decidió que estaba obligada a rechazarlo a raíz de las normas expresadas de la Ley sobre Inmунidades Soberanas Extranjeras, manifestando en la p. 718: "Los Siderman argumentan que puesto que la inmunidad soberana en sí misma es un principio del derecho internacional, es inventada por el *ius cogens*. En resumen, argumentan que cuando un estado viola el *ius cogens*, la capa de inmunidad provista por el derecho internacional cae, dejando al estado susceptible de ser demandado. Como un asunto de derecho internacional, el argumento de los Siderman tiene mucha fuerza".

(...)

"Desafortunadamente, no escribimos en una pizarra limpia. No tratamos solamente con el derecho internacional consuetudinario, sino con un Acto afirmativo del Congreso, el FSIA. Debemos interpretar el FSIA a través del prisma del *Amerada Hess*. Nada en el texto ni en la historia legislativa del FSIA trata explícitamente el efecto que pueden tener las violaciones del *ius cogens* en la capa de inmunidad del FSIA. Argentina asevera que la decisión de la Suprema Corte en *Amerada Hess* de que el FSIA concede inmunidad 'en aquellos casos que involucran alegadas violaciones del derecho internacional que no entran dentro de una de las excepciones del FSIA', 488 U.S. en 436, 109 S.Ct. en 688, impide la dependencia de los Siderman en *ius cogens* en este caso. Claramente, el FSIA no provee específicamente una excepción a la inmunidad soberana basada en *ius cogens*. En *Amerada Hess*, la corte no tuvo oportunidad de considerar actos de tortura u otras violaciones de las normas imperativas del derecho internacional, y tales violaciones admitidamente difieren en especie de las transgresiones de *ius dispositivum*, las normas derivadas de acuerdos internacionales o el derecho internacional consuetudinario que trató la corte de *Amerada Hess*. Sin embargo, la corte fue tan enfática en su pronunciamiento 'que la inmunidad es concedida en aquellos casos que involucran alegadas violaciones del derecho internacional que no caen dentro de una de las excepciones de la FSIA', *Amerada Hess*, 488 U.S. en 436, 109 S.Ct. en 688, y tan específica en su formulación y método de enfoque, id. en 439, 109 S.Ct. en 690 ('Habiendo determinado que el FSIA provee la única base para obtener jurisdicción sobre un estado soberano en una corte federal, nos dirigimos a si alguna de las excepciones enumeradas en la Ley se aplican aquí'), concluimos que si violaciones de *ius cogens* cometidas fuera de los Estados Unidos serán excepciones a la inmunidad, el Congreso debe hacerlas tales. El hecho de que haya habido una violación de *ius cogens* no confiere jurisdicción bajo el FSIA".

También se ha decidido que cuando una acción por daños y perjuicios por actos ilícitos es planteada contra funcionarios de un estado extranjero, por acciones llevadas a cabo por ellos, en ostensible ejercicio de sus funciones gubernamentales, pueden reclamar inmunidad de estado, sin perjuicio de que sus acciones eran ilegales. El estado en sí mismo, demandado directamente por daños y perjuicios respecto de sus acciones, tendría derecho a inmunidad y esta inmunidad estaría debilitada si se otorgaran indemnizaciones por daños y perjuicios contra los funcionarios y luego el estado fuera obligado a indemnizarlos. En *Jaffe v. Miller* [1993] I.L.R. 446, funcionarios del gobierno fueron demandados por actos ilícitos por haber alegado imputaciones criminales falsas y por conspiración para secuestrar, y se sostuvo que tenían derecho a reclamar inmunidad inmunitaria...

En mi opinión estas autorizaciones y otras similares, relacionadas con reclamos por daños y perjuicios por actos ilícitos contra estados y funcionarios del gobierno no sostiene el reclamo del Senador Pinochet de inmunidad de procedimientos criminales en el Reino Unido porque la inmunidad otorgada por la Parte I de la Ley sobre Inmunidad de Estado de 1978 no se aplica a los procedimientos criminales.

Los abogados del Senador Pinochet y de Chile también plantearon que bajo las reglas del derecho internacional las cortes reconocen la inmunidad de un ex jefe de estado con respecto a actos criminales cometidos por ella en el pretendido ejercicio de autoridad gubernamental. En *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police* (1989) 102 I.L.R. 198 los Estados Unidos instituyó procedimientos criminales contra Ferdinand Marcos, el ex Presidente de las Filipinas, y su esposa, que había sido una Ministra en el Gobierno Filipino. Fueron acusados de haber abusado de sus posiciones para adquirir para ellos mismos fondos públicos y obras de arte. Las autoridades de los Estados Unidos buscaron la asistencia legal de autoridades suizas para obtener documentos bancarios y otros a fin de aclarar la naturaleza de ciertas transacciones que eran objeto de investigación. El Sr. Marcos y su esposa reclamaron inmunidad como ex líderes de un país extranjero. En su fallo el tribunal federal suizo manifestó en p. 203: "La inmunidad que los apelantes gozaban en relación a sus funciones por lo tanto subsistió para aquellos actos criminales que se alega fueron cometidos mientras todavía estaban ejerciendo sus poderes en la República de las Filipinas. Los procedimientos iniciados contra ellos ante las cortes de los Estados Unidos podrían en consecuencia continuar con una renuncia expresa por el estado de las Filipinas de la inmunidad que el derecho internacional público les concede, no como una ventaja personal sino para el beneficio del estado sobre el que gobernaron".

El tribunal sostuvo entonces que la inmunidad no podía ser reclamada por el Sr. y la Sra. Marcos en Suiza porque había habido una renuncia expresa por parte del Estado de las Filipinas. Sin embargo, yo observaría que en ese caso el Sr. y la Sra. Marcos no fueron acusados de violar una regla del derecho internacional que hubiera alcanzado el status de *jus cogens*.

El abogado también se basó en la decisión de la Corte Constitucional Federal de la República Federal de Alemania *In re Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic* (no informado) del 10 de junio de 1997. En ese caso el ex embajador sirio en la República Democrática Alemana fue alegado de haber fallado en prevenir que un grupo terrorista sacara una bolsa de explosivos de la embajada de Siria y, unas pocas horas más tarde, los explosivos fueron usados en un ataque que dejó a una persona muerta y a más de 20 personas seriamente heridas. Siguiendo la unificación alemana y la desintegración de la República Democrática Alemana en 1990 una Corte de Distrito de Berlín emitió una orden de arresto contra el ex embajador por complicidad en homicidio y por causar una explosión. La Corte Provincial revocó la orden pero la Corte de Apelaciones anuló la decisión de la Corte Provincial y restableció la validez de la orden, sosteniendo que "La quejosa se sostuvo en que se había contribuido al ataque por omisión. No había hecho nada para prevenir que los explosivos almacenados en el edificio de la embajada fueran sacados". El ex embajador entonces presentó una queja constitucional reclamando que tenía derecho a inmunidad diplomática.

La Corte Constitucional rechazó el reclamo y sostuvo que la obligación se limitaba a la ex República Democrática Alemana, reconocer la continuada inmunidad del quejoso, de acuerdo al Artículo 39(2) de la Convención de Viena, no estaba transferida

a la República Federal de Alemania por el derecho internacional de sucesión de los estados....

...Además la corte constitucional manifestó que las reglas del derecho diplomático constituyen un régimen autocontenido y distinguió entre la inmunidad de un diplomático y la inmunidad de un jefe de estado o funcionario del gobierno y manifestó:

"El Artículo 7 de la carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (UNTS. Vol. 82, p. 279) [7] y siguiéndolo el Artículo 7(2) del Estatuto del Tribunal Criminal Internacional para Yugoslavia (ILM 32 (1993), p. 1602) manifiestan que la posición oficial de un acusado, como líder de un estado o como un funcionario responsable en un departamento del Gobierno, no sirve para liberarlo de responsabilidad o mitigar el castigo. Exenciones de la inmunidad para casos de criminales de guerra, violaciones al derecho internacional y delitos contra el *jus cogens* bajo el derecho internacional han sido discutidas como desarrollos de esta regla...". Sin embargo, según las palabras del Artículo 7 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg deja en claro, estas excepciones son relevantes sólo para órganos de estado, en particular para miembros del Gobierno, y no para la inmunidad diplomática.

"La inmunidad de estado y la inmunidad diplomática representan dos instituciones diferentes del derecho internacional, cada una con sus propias reglas, de modo tal que no se pueden realizar inferencias en una esfera en cuanto a los posibles efectos en la otra".

Por lo tanto, considero que el pasaje del fallo en el que se basó el abogado no sostiene el argumento de que actos de tortura, a pesar de ser criminales, pueden ser considerados como funciones de un jefe de estado.

En 1946 la Asamblea general de las Naciones Unidas afirmó: "Los principios del derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg y el fallo del Tribunal" y dio la siguiente directiva a su Comisión de Derecho Internacional: "Este Comité sobre la codificación del derecho internacional establecido por la resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, para tratar como un tema de importancia primaria planes para la formulación, en el contexto de una codificación general de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, o de un código criminal internacional, de los principios reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en el fallo del Tribunal".

En cumplimiento de esta directiva el Informe de 1950 de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General establece el siguiente principio seguido por el comentario contenido en el párrafo 103: "*El hecho de que una persona que cometió un acto que constituye un crimen bajo el derecho internacional actuó como jefe de estado o funcionario responsable del gobierno no lo libra de responsabilidad bajo el derecho internacional.*"

"103. Este principio está basado en el artículo 7 de la Carta del Tribunal de Númberg. De acuerdo con la Carta y el fallo, el hecho de que un individuo actuó como jefe de estado o funcionario responsable del gobierno no lo libra de responsabilidad internacional. El principio del derecho internacional que, bajo ciertas circunstancias, protege a los representantes de un estado", dijo el Tribunal, "no puede ser aplicado a actos que son condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden refugiarse tras su posición oficial a fin de ser librados de castigo... La misma idea fue expresada en el siguiente pasaje de las decisiones: 'Aquel que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad mientras actúa para llevar a cabo la autorización del estado si el estado al autorizar acción se desplaza fuera de su competencia bajo el derecho internacional'".

El proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 de la Comisión de Derecho Internacional proveía en el Artículo III: "El hecho de que una persona actuó como jefe de estado o funcionario responsable del Gobierno no lo libra de responsabilidad por cometer cualquiera de los delitos definidos en el código".

El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 para el enjuiciamiento de personas responsables por serias violaciones del derecho humanitario internacional, cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, provistas en el Artículo 7 párrafo 2: "La posición oficial de cualquier persona acusada, sea como jefe de estado o Gobierno o como funcionario responsable del Gobierno no librára a tal persona de responsabilidad criminal ni mitigará el castigo".

El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1994 para el enjuiciamiento de personas responsables de genocidio y otras serias violaciones al derecho humanitario internacional en el territorio de Ruanda en 1994 provisto en el Artículo 6, párrafo 2: "La posición oficial de cualquier persona acusada, sea como jefe de estado o Gobierno o como funcionario responsable del Gobierno no librára a tal persona de responsabilidad criminal ni mitigará el castigo".

El Proyecto de Código de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad provee en el Artículo 7: "La posición oficial de un individuo que comete un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como jefe de estado del Gobierno, no lo libra de responsabilidad criminal ni mitiga su castigo".

En julio de 1998 en Roma la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, con respecto al establecimiento de una Corte Criminal Internacional adoptó el Estatuto de la Corte Criminal Internacional. El Preámbulo del Estatuto manifiesta (inter alia):

"Atento a que durante este siglo millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades inimaginables que impresionan profundamente la conciencia de la humanidad,

"Reconociendo que crímenes tan serios amenazan la paz, seguridad y bienestar del mundo,

"Afirmado que los más serios crímenes preocupantes para la comunidad internacional toda no deben resultar impunes y que su efectivo enjuiciamiento debe asegurarse tomando medidas a nivel nacional e intensificando la cooperación internacional,

"Decididos a poner fin a la impunidad de los perpetradores de estos crímenes y así contribuir a la prevención de tales crímenes,

"Decididos a estos fines y por el bien de generaciones presentes y futuras, establecer una Corte Criminal Internacional independiente y permanente con relación al sistema de las Naciones Unidas, con jurisdicción sobre los crímenes más serios que preocupan a la comunidad internacional toda,

"Enfatizando que la Corte Criminal Internacional establecida bajo este Estatuto será complementaria a las jurisdicciones criminales nacionales,

"Resueltos a garantizar el respeto duradero para la aplicación de la justicia internacional,

"Han acordado lo siguiente":

El Artículo 5 del Estatuto provee que la jurisdicción de la corte estará limitada a los crímenes más serios para la comunidad internacional, lo cual incluye los crímenes contra la humanidad. El Artículo 7 manifiesta que "crimen contra la humanidad" significa una cantidad de actos incluyendo el homicidio y la tortura, cuando son cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra cualquier población civil, con conocimiento del ataque.

El Artículo 27 provee: "1. Este Estatuto será de aplicación de igual modo a todas las personas sin ninguna distinción basada en el carácter oficial. En particular, el carácter oficial como jefe de estado o Gobierno, miembro de un Gobierno o parlamento, un representante elegido o un funcionario del gobierno en ningún caso eximirá a una persona de responsabilidad criminal bajo este Estatuto, ni constituirá, de sí mismo, fundamento para la reducción de sentencia".

"2. Las inmunidades o reglas procedimentales especiales que se unan al carácter oficial de una persona, sea bajo el derecho nacional o internacional, no obstaculizará a la corte de ejercer su jurisdicción sobre tal persona".

Por lo tanto desde el fin de la segunda guerra mundial ha habido un claro reconocimiento por parte la comunidad internacional de que ciertos crímenes son tan graves e inhumanos que constituyen crímenes contra el derecho internacional y que la comunidad internacional tiene el deber de traer a la justicia a una persona que comete tales crímenes. La tortura ha sido reconocida como un crimen semejante. El



preámbulo a la Convención contra la Tortura y otros Tratamientos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 ("la Convención sobre Tortura"), que ha sido firmada por el Reino Unido, España y Chile y por más de cien otras naciones, manifiesta: "Considerando que, de acuerdo con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos igualitarios e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el cimiento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

"Reconociendo que aquéllos derechos derivan de la dignidad inherente de la persona humana,

"Considerando las obligaciones de los estados bajo la Carta, en particular el Artículo 55, de promover el respeto universal por, y la observancia de, los derechos humanos y libertades fundamentales,

"Teniendo consideración del artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 7 de la convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ambos proveen que nadie puede ser objeto de torturas o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes,

"Teniendo consideración también a la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas de Ser Sometidas a Tortura u Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975, deseando hacer más efectiva la lucha contra la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo,

"Han acordado lo siguiente":

El Artículo 1 define a la "tortura" como cualquier acto por medio del cual se inflige intencionalmente a una persona dolor o sufrimientos severos, sean físicos o mentales, a los fines especificados en el Artículo tales como castigo o intimidación o para obtener información o una confesión, y tal dolor y sufrimiento es infligido "por o a la instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público u otra persona actuando en un carácter oficial".

La Convención contiene una cantidad de Artículos designados para hacer más efectivas las medidas contra funcionarios públicos que cometen actos de tortura. En su Handbook on the Convention, Burgers y Danelius manifestaron en la p. 1: "Es conveniente corregir desde el principio una entendimiento erróneo generalizado en cuanto al objetivo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984. Muchas personas presumen que el principal objetivo de la Convención es proscribir la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Esta presunción no es correcta en tanto implicaría que la prohibición de estas prácticas es establecida bajo el derecho internacional solamente por la Convención y que esta prohibición será obligatoria como una regla del derecho internacional sólo para

aquellos estados que se han convertido en partes a la Convención. Por el contrario, la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas arriba mencionadas ya están prohibidas bajo el derecho internacional. El objetivo principal de la Convención es fortalecer la prohibición existente de tales prácticas por medio de una cantidad de medidas de apoyo".

Como Sus Señorías sostienen que no hay jurisdicción para extraditar al Senador Pinochet por actos de tortura previos al 29 de septiembre de 1988, que fue la fecha en que la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 entró en vigencia, no es necesario decidir a partir de cuando la tortura se convirtió en un crimen contra el derecho internacional previo a dicha fecha, pero soy de la opinión de que los actos de tortura eran claramente crímenes contra el derecho internacional y que la prohibición de tortura había requerido el status de *ius cogens* para esa fecha.

Los apellantes aceptaron que en las cortes inglesas un jefe de estado en ejercicio tiene derecho (*ratione personae*) a inmunidad respecto de actos de tortura que ha cometido. Burgers y Danelius, al referirse a la obligación de un estado parte a la convención de establecer su jurisdicción sobre delitos de tortura, reconocen que algunas inmunidades especiales pueden existir con respecto a actos de tortura y manifiestan en p. 131: "bajo el derecho nacional o internacional, pueden existir ciertas excepciones limitadas a esta regla, por ejemplo con relación a diplomáticos extranjeros, tropas extranjeras, miembros del parlamento u otras categorías que se beneficien de inmunidades especiales, y tales inmunidades pueden ser aceptadas en tanto se apliquen a actos criminales en general y no sean indebidamente extensas".

También es relevante notar que el artículo 98 del Estatuto de Roma que establece la Corte Criminal Internacional provee: "La Corte no puede proceder con un requerimiento de renuncia o asistencia que requiera que el estado requerido actúe de modo inconsistente con sus obligaciones bajo el derecho internacional con respecto a la inmunidad de estado o diplomática de una persona o propiedad de un tercer estado, a menos que la corte pueda primero obtener la cooperación de un tercer estado para la renuncia de la inmunidad".

Pero el asunto en el presente caso es si el Senador Pinochet, como ex jefe de estado, puede reclamar inmunidad (*ratione materiae*) con el fundamento de que los actos de tortura cometidos por él cuando era jefe de estado fueron hechos por el ejercicio de sus funciones como jefe de estado. En mi opinión no tiene derecho a un reclamo de tal inmunidad. La Convención sobre Tortura deja en claro que ningún estado tolerará la tortura por sus funcionarios públicos o por personas actuando en carácter oficial y el Artículo 2 requiere que: "1. Cada estado parte tomará medidas efectivas legislativas, administrativas, judiciales u otras para prevenir los actos de tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción".

El Artículo 2 también provee que: "2. Ninguna circunstancia excepcional cualquiera que sea, sea un estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, puede ser invocada como una justificación de la tortura".