

SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL

ESTUDIOS 1998-2000

EDITORIAL

Eduardo Vío Grossi

ARTICULOS

Una Nueva Controversia con Bolivia: Las Aguas del Río Silala

Ximena Fuentes Torrijo

Las Sentencias Arbitrales Emanadas de Sistemas de Solución de Controversias Regulados en Tratados Internacionales y su Eventual Incompatibilidad con Resoluciones Judiciales Internas

Carlos Crisóstomo Del Pedregal

El Fraude en Derecho Internacional Privado

Avelino León Steffens

La solución de controversias en el Acuerdo de Asociación de Chile al MERCOSUR

Jeannette Irigoín Barrenne

La solución pacífica de controversias: algunos temas de reflexión

Rose Cave Schnohr

PRÁCTICA LEGISLATIVA

María Luisa Carvallo y Rodrigo Palomo V.

JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL 1998-2000

Tribunales Ordinarios de Justicia

Rodrigo Palomo V.

Tribunal Constitucional

Rodrigo Palomo V.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

(Caso "La Última Tentación de Cristo")

Tribunales extranjeros

Fallo de la *House of Lords* (caso Pinochet)

Ximena Fuentes T.

cuenta la que consiste en impedir que alguien cambie de creencias religiosas. Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.

Hay que tener presente, al respecto, que el artículo 12 de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión. No es otro el sentido del numeral 2 del mencionado artículo 12, cuando establece, en lo pertinente, que “[n]adie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de [...] cambiar de religión o de creencias”.

Creo, con todo, que para arribar, en el presente caso, a conclusiones ciertas sobre la violación de la libertad de religión y de conciencia, la Corte necesitaba disponer de pruebas más prolijas y contundentes que las que tuvo a la vista sobre la situación personal de los peticionarios, sobre los procesos en que se encontraban eventualmente envueltos en relación con sus creencias y sobre las limitaciones a las que estuvieron o dejaron de estar sometidos para recoger, por medios distintos a la exhibición pública de “La Última Tentación de Cristo”, los elementos que ésta podría proporcionarles a los efectos de un cambio de credo religioso.

Carlos Vicente de Roux Rengifo
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario.

FALLO DE LA *HOUSE OF LORDS* (CASO PINOCHET)

Ximena Fuentes T.¹

CASO PINOCHET: EL FALLO DE LA *HOUSE OF LORDS*
DE 24 DE MARZO DE 1999

1. INTRODUCCIÓN.

El 24 de marzo de 1999 la *House of Lords* emitió su fallo definitivo en el llamado “caso Pinochet”. Este fallo ha innovado en forma significativa respecto de la tradicional postura de la doctrina en materia de inmunidades, aunque ya se percibía en la práctica de otros Estados una tendencia a desconocer la inmunidad en el caso de graves crímenes contra la humanidad. Para algunos, el fallo de los *Lords* constituye un gran avance en materia de protección judicial de los derechos humanos. Sin embargo, hay que destacar que, analizado en su conjunto, se trata de un fallo que, en general, adopta una posición relativamente conservadora al momento de interpretar los preceptos legales británicos, especialmente la Extradition Act de 1989, y las normas del derecho internacional en materia de prohibición de la tortura. Cabe hacer presente que con posterioridad a este fallo, el Ministro del Interior británico, decidió finalmente enviar a Augusto Pinochet a Chile por razones humanitarias. Sin perjuicio de ello, el fallo de la *Cámara de los Lords* ha sentado un precedente importante en la aplicación de las inmunidades estatales frente a graves crímenes contra la humanidad.

La sentencia recae sobre el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía inglesa en contra de la sentencia de la *High Court*, que había declarado ilegal la detención de Augusto Pinochet Ugarte. En esa oportunidad la *High Court* decidió que Pinochet no podía ser extraditado a España en virtud de gozar de inmunidad procesal en su calidad de ex Jefe de Estado. El fallo de los *Lords* señala que la mayoría de los crímenes por los cuales se intentaba juzgar a Pinochet en España, no constituyen crímenes extraditables en el Reino Unido. Según los *Lords*, la fecha en la que se habría cumplido con el requisito de la doble criminalidad es el 29 de septiembre de 1988, cuando entró en vigencia la *Criminal Justice Act* que concede jurisdicción extraterritorial a los tribunales británicos para conocer del crimen de tortura cometido en el extranjero. Los *Lords* agregan que es necesario que haya existido doble criminalidad no sólo al momento de requerirse la extradición, sino

¹Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile), D.Phil (University of Oxford), abogado, profesora de derecho internacional público (Universidad de Talca).

también al momento de cometerse el delito. De esta manera, todos los crímenes que Pinochet pudiera haber cometido antes del 29 de septiembre de 1988, tienen la calidad de no extraditables según la legislación del Reino Unido.

Con esta declaración de no extraditabilidad, pasó a ser irrelevante la cuestión sobre la inmunidad de Pinochet por los crímenes supuestamente cometidos antes del golpe de Estado. Sin embargo, el tema de la inmunidad siguió vigente respecto de los delitos cometidos después del 29 de septiembre de 1988 y sobre este punto los *Lords* decidieron que Pinochet sí gozaba de inmunidad hasta diciembre de 1988, fecha en la que el Reino Unido ratificó la Convención contra la Tortura. Al respecto, hay que observar que no todos los *Lords* que concurrieron al voto de mayoría estaban de acuerdo en establecer el 8 de diciembre de 1988 como la fecha en que Chile y Pinochet perdieron el derecho a reclamar la inmunidad respecto del delito de tortura. Tres de los seis *Lords* que concurrieron al voto de mayoría, habrían preferido desconocer la inmunidad desde una fecha bastante anterior a diciembre de 1988; sin embargo, hay que considerar que en el presente caso el tema de la inmunidad era realmente secundario, ya que la declaración de no extraditabilidad de los delitos cometidos antes del 29 de septiembre de 1988 ya había eliminado el noventa por ciento de los cargos contra Pinochet.

El fallo sostiene que la tortura es un crimen contra la humanidad y que una interpretación adecuada de la Convención contra la Tortura permite desconocer la inmunidad procesal de los funcionarios públicos, incluidos los ex de Jefes de Estado. Sin embargo, esta sentencia deja muchas preguntas abiertas. Por ejemplo, no queda claro qué ocurre con los ex Jefes de Estado de países que no han ratificado la Convención contra la Tortura. Tampoco, cuál habría sido la decisión de los *Lords* en el caso en que el Reino Unido, habiendo dictado una ley para ejercer su jurisdicción extraterritorial por el delito de tortura, hubiera decidido finalmente no ratificar la Convención contra la Tortura. Al respecto, hay que tener presente que el Reino Unido extendió su jurisdicción extraterritorial en relación a la tortura con fecha 29 de septiembre de 1988 y esta extensión de jurisdicción se efectuó por medio de una Ley (Criminal Justice Act de 1988). Sin embargo, El Reino Unido ratificó la Convención contra la Tortura en una fecha posterior: el 8 de diciembre de ese mismo año.

Lo interesante es que el fallo también alegró a los partidarios de Pinochet, ya que los *Lords* declararon que no se lo podía juzgar en el Reino Unido ni tampoco en España (en caso de ser extraditado) por los crímenes supuestamente cometidos con anterioridad a diciembre de 1988. Con esta declaración más del noventa por ciento de los cargos fueron eliminados como delitos extraditables.

Para llegar a esta decisión los *Lords* realizaron un análisis detallado de la legislación británica e hicieron apreciaciones jurídicas que anteriormente no se habían efectuado. Sin perjuicio de que lo decidido constituye un paso positivo en la defensa de los derechos humanos, el fallo no es fácil de entender. En este análisis se pretende ordenar y explicar las distintas posiciones adoptadas por los jueces, aclarando también la complicada relación que existe entre las reglas aplicables a la extradición y los principios sobre inmunidad estatal.

2. ANTECEDENTES.

El fallo se refiere a una petición de extradición formulada por el gobierno español al Reino Unido. La extradición "es el acto por el cual un Estado entrega a una persona a otro Estado que lo reclama para juzgarlo penalmente o para ejecutar una pena ya impuesta"². En el otorgamiento de una extradición pueden intervenir los órganos administrativos y/o judiciales del Estado requerido. En el caso del Reino Unido, intervienen en esta clase de procesos tanto los órganos administrativos como los judiciales. Además, la extradición está regulada por una ley especial, la *Extradition Act* de 1989, que señala cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que el Reino Unido efectivamente acceda a extraditar a una persona determinada. Entre éstos, el más importante en el presente caso ha sido el que se refiere al carácter extraditable del delito.

Es importante tener en cuenta que durante un proceso de extradición no se discute la culpabilidad del supuesto delincuente, sino solamente se examina que efectivamente existan antecedentes que hagan suponer su culpabilidad; y también se examinan cuestiones de doble criminalidad y demás asuntos técnicos propios de los procesos de extradición. Por este motivo, no es correcto calificar el fallo de la *House of Lords* como absolutorio ni como condenatorio respecto de la persona de Pinochet. A este punto, se deben subrayar las palabras de Lord Hope, quien declaró que:

No es nuestra función investigar las acusaciones que se han formulado en contra del senador Pinochet, y es correcto hacer presente el hecho que su representante, Miss Montgomery Q.C, señaló a sus señorías que éstas son insistentemente refutadas por él.

Una vez que Pinochet fue detenido debido a que existía contra él un requerimiento de extradición pendiente, sus abogados presentaron un recurso de *habeas corpus* alegando que la detención era ilegal. Este recurso fue conocido en primera instancia por la *High Court*, que emitió su fallo el 28 de octubre de 1998. En ese fallo se daba lugar al *habeas corpus*, señalando

²Sergio Politoff, *Derecho Penal*, tomo I. Santiago de Chile, 1997, p. 164.

que Pinochet no podía ser extraditado en razón de delitos que habrían sido cometidos mientras fue Jefe de Estado y que, por lo tanto, gozaría de inmunidad *ratione materiae* en el Reino Unido: Es decir, Pinochet se beneficiaría de la inmunidad que cubre a los ex Jefes de Estado por los actos oficiales efectuados durante su administración.

La fiscalía, representando los intereses del Estado requirente (España), apeló de esa decisión, apelación que fue conocida por la *House of Lords* compuesta por un primer Comité de cinco *Lords*. La sentencia, pronunciada el 25 de noviembre de 1998, dio lugar a la apelación y desconoció la inmunidad del senador Pinochet. Sin embargo, posteriormente esa Sentencia fue anulada debido a que existían vínculos entre uno de los jueces (Lord Hoffman) y una de las partes coadyuvantes (*Amnesty International*).

3. LOS PUNTOS SOMETIDOS A LA DECISIÓN DE LA *HOUSE OF LORDS*

Los puntos sobre los cuales es llamado a pronunciarse el nuevo Comité Jurídico de la *House of Lords*, establecido con posterioridad a la anulación del fallo del 25 de noviembre de 1998 y compuesto esta vez por siete jueces, fueron dos:

a) Sobre la calidad extraditable de los delitos de los que se acusa a Pinochet.

b) Sobre la inmunidad, como ex Jefe de Estado, que beneficiaría a Pinochet.

El primer punto necesariamente antecede al segundo ya que de no ser extraditables los delitos, no sería necesario examinar la posible inmunidad del senador Pinochet. Si los delitos son declarados no extraditables, se estaría en presencia de una cuestión técnica propia de los procesos de extradición de la cual se beneficiaría cualquier persona, no solamente Pinochet por ser un ex Jefe de Estado ni el Estado de Chile por ser soberano.

Es importante observar que el punto referido a la calidad extraditable de los delitos no significó un mayor problema para los otros jueces que se pronunciaron respecto del *habeas corpus*. Así, la *High Court*, en su fallo del 28 de octubre de 1998, simplemente dio por cumplido el requisito de la doble criminalidad; y lo mismo hicieron los *Lords* en el fallo, hoy anulado, del 25 de noviembre de 1998.

4. EL CARÁCTER EXTRADITABLE DE LOS DELITOS.

4.1 Los cargos formulados contra Pinochet.

Lord Hope resumió los cargos formulados contra Pinochet del siguiente modo:

1. Conspiración para torturar entre el 1 de enero de 1972 y el 10 de septiembre de 1973; y entre el 1 de agosto de 1973 hasta el 1 de enero de

1990 –cargos 1, 2 y 5–.

2. Conspiración para tomar rehenes entre el 1 de agosto de 1973 y el 1 de enero de 1990 –cargo 3 –.

3. Conspiración para torturar con resultado de muerte en varios países, incluyendo Italia, Francia, España y Portugal entre el 1 de enero de 1972 y el 1 de enero de 1990 –cargo 4–.

4. Tortura entre el 1 de agosto y el 8 de agosto de 1973, y tortura cometida el 11 de septiembre de 1973 –cargos 6 y 8 (no hay cargo 7) –.

5. Conspiración para cometer homicidio en España entre el 1 de enero de 1975 y el 31 de diciembre de 1976 y en Italia el 6 de octubre de 1975 –cargos 9 y 12–.

6. Tentativa de homicidio en Italia el 6 de octubre de 1975 –cargos 10 y 11–.

7. Tortura en varias ocasiones entre el 11 de septiembre de 1973 y mayo de 1977 –cargos 13 a 29 y 31 a 32–.

8. Tortura el 24 de junio de 1989 –cargo 30–.

Respecto de los cargos de toma de rehenes y de conspiración para tomar rehenes, Lord Hope explicó que, en los hechos, éstos debían ser desechados ya que la conducta de que se acusa a Pinochet no corresponde a la tipificación del delito de toma de rehenes. En efecto, como señaló Lord Hope, la toma de rehenes consiste en amenazar de muerte o de lesiones o en arrestar a personas con el objeto de obtener de otras que hagan o que se abstengan de realizar un determinado acto. La conducta descrita por la fiscalía como toma de rehenes, es decir, la detención de personas a quienes se amenazó con la detención y tortura de otras personas, caería más bien dentro del delito de tortura psicológica.

4.2 *La Extradition Act* de 1989.

La *Extradition Act* de 1989, en su sección 2, define qué debe entenderse por un delito extraditable y señala que un crimen extraditable se refiere a:

1.a) Una conducta que se lleva a cabo en el territorio de un Estado extranjero, o en el de un país de la *Commonwealth* o en una colonia, que si hubiera ocurrido en el Reino Unido habría constituido un delito castigable con prisión por un término de 12 meses, o con una pena mayor, y que cualquiera sea la manera en que se describe en la legislación del Estado extranjero, país de la *Commonwealth* o colonia, sea castigable del mismo modo bajo esa legislación.

1.b) Un delito extraterritorial contrario al derecho de un Estado extranjero, de un país de la *Commonwealth* o de una colonia, que sea castigable según esa legislación con prisión por un término de 12 meses, o con una pena mayor, y que satisfaga:

- i. la condición especificada en la subsección (2); o
- ii. todas las condiciones especificadas en la subsección (3).

La subsección (2) señala lo siguiente:

(2) la condición mencionada en la subsección (1)(b)(i) es que en circunstancias equivalentes la conducta habría constituido un delito extraterritorial contrario al derecho del Reino Unido, castigable con prisión por un término de 12 meses u otra sanción mayor.

La subsección (3) señala lo siguiente:

a) que el Estado extranjero, país de la *Commonwealth* o colonia, base su jurisdicción en la nacionalidad del delincuente;

b) que la conducta constituya un delito ocurrido fuera del territorio del Reino Unido; y

c) que si hubiera ocurrido en el Reino Unido habría constituido un delito contrario al derecho del Reino Unido, castigable con prisión por un término de 12 meses, u otra pena mayor.

La sección (2), entonces, se refiere a dos grandes categorías de crímenes extraditables. En primer lugar, a los crímenes respecto de los cuales tanto el Estado requirente como el Reino Unido, en calidad de Estado requerido, ejercen jurisdicción territorial sobre la conducta constitutiva de delito. En este primer grupo de crímenes extraditables caerían todas las conductas tipificadas como delito en la legislación española y británica y por los cuales España reclamara el ejercicio de jurisdicción territorial.

La segunda categoría de delitos extraditables está conformada por todos aquellos delitos que el Estado requirente pretende juzgar sobre la base de una jurisdicción extraterritorial. Esta segunda categoría es en la que se ubica la mayoría de los delitos por los cuales España desea juzgar a Pinochet, ya que se trata de delitos que no ocurrieron en España, sino en Chile y en otros países extranjeros. Cuando se trata de delitos extraterritoriales, la *Extradition Act* de 1989 contempla dos situaciones diferentes:

(i) una situación que llamaremos de ejercicio general de la jurisdicción extraterritorial del Estado requirente; y

(ii) una situación en que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial del Estado requirente se basa en la nacionalidad del delincuente (principio de la nacionalidad).

En esta segunda situación, en que la jurisdicción extraterritorial se basa en la nacionalidad del delincuente, la *Extradition Act* de 1989 exige que se cumplan las tres condiciones señaladas en la subsección (3), es decir, que la jurisdicción se base en la nacionalidad del delincuente, que la conducta se haya realizado fuera del Reino Unido y que si la conducta hubiera ocurrido en el Reino Unido ésta habría sido constitutiva de un delito sancionable con prisión de 12 meses o con cualquier pena mayor. Es importante observar que en este caso, el Reino Unido no exige que esa conducta delictiva

constituya un delito extraterritorial para el Reino Unido. Es decir, aun cuando el Reino Unido no contemplara en su legislación el ejercicio de jurisdicción por los crímenes cometidos por británicos en el extranjero, este país accedería sin problemas a una petición de extradición de un Estado cuya legislación sí tuviera interés en juzgar a sus propios nacionales por los delitos que ellos cometan en el extranjero.

Sin embargo, si la jurisdicción extraterritorial del Estado requirente se basa en cualquier otro factor distinto de la nacionalidad del delincuente, la *Extradition Act* de 1989 adopta una posición mucho más exigente. Como lo señala la subsección (2), se requiere que en circunstancias equivalentes, la conducta constituya un delito extraterritorial contrario al derecho del Reino Unido, castigable con prisión de 12 meses o con una pena mayor. Es decir, si la jurisdicción extraterritorial de España se basa en la nacionalidad de la víctima (principio de la personalidad pasiva) o en el carácter internacional del delito (jurisdicción universal), el Reino Unido sólo accederá a la extradición si la legislación británica contempla también el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción sobre la base de la nacionalidad de la víctima o del carácter internacional del delito. La legislación del Reino Unido no contempla la posibilidad de perseguir a extranjeros por delitos cometidos en contra de sus propios nacionales en el extranjero. Por este motivo, cuando España incluyó en su petición de extradición crímenes cometidos en Chile contra españoles, la *High Court* desechó de inmediato el carácter extraditable de esos delitos. Pero en relación al carácter internacional de los delitos y al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción para perseguir estos delitos sea donde sea que hayan sido cometidos, el Reino Unido contempla esta posibilidad desde 1988. En efecto, el 29 de septiembre de 1988 entró a regir la *Criminal Justice Act* en virtud de la cual se facultó a los tribunales del Reino Unido para ejercer jurisdicción extraterritorial por el delito de tortura sea donde sea que éste se haya cometido. Por lo tanto, es sólo a partir del 29 de septiembre de 1988 que se cumple con el requisito de la extraditabilidad del delito.

El efecto de declarar que los crímenes cometidos antes del 29 de septiembre de 1988 no eran extraditables fue explicado por Lord Hope, quien, al igual que Browne-Wilkinson, sostuvo que:

(...) ninguno de estos delitos, cometidos antes de la entrada en vigencia de la sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988, puede decirse que haya sido un delito extraterritorial contrario al derecho del Reino Unido según los términos de la sección 2(2) de la Ley sobre Extradición de 1989, ya que no existía una base sobre la cual se los hubiera podido juzgar extraterritorialmente en este país. Y más adelante explicó que:

El efecto de la sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988 fue

el de transformar actos oficiales de tortura, sea donde fuere que ellos se cometan y sea cual sea la nacionalidad del delincuente, en un delito extraterritorial en el Reino Unido. La sección entró en vigencia dos meses después de promulgarse la Ley del 29 de septiembre de 1988 y no era retroactiva. Desde esa fecha la tortura pasó a ser un crimen extraditabile de acuerdo a los términos de la sección 2(1) de la Ley sobre Extradición de 1989 ya que pasó a ser un delito extraterritorial contrario al derecho del Reino Unido.

En las circunstancias de este caso el efecto es uno profundo. Consiste en remover del proceso todas las conductas en que se dice que el senador Pinochet ha participado desde el momento en que se embarcó en la supuesta conspiración para torturar en enero de 1972 hasta el 29 de septiembre de 1988. Los únicos delitos de tortura y de conspiración para torturar que son castigables como delitos extraterritoriales contrarios al derecho del Reino Unido, de acuerdo a los términos de la sección 2(2) de la Ley de 1989, son aquellos delitos de tortura y de conspiración para torturar que él habría cometido en o después del 29 de septiembre de 1988."

Obviamente, no debe pensarse que antes de la dictación de la *Criminal Justice Act* de 1988, la tortura cometida en el Reino Unido no fuera un delito en ese país. En este sentido, Lord Hope fue claro al señalar que:

La Sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988 no entró en vigencia sino el 29 de septiembre de 1988. Pero los actos de tortura física ya eran criminales según el derecho inglés. Entre los varios delitos que se habrían cometido en contra de una persona torturada habrían estado el delito de asalto con resultado de lesiones corporales o de daños establecido por el *common law* y el delito de lesiones con intento de causar grave daño corporal establecido en la sección 18 de la Ley sobre Delitos contra las Personas de 1861.

4.3 ¿Es correcto hablar de doble criminalidad?

Los *Lords* se refirieron al requisito de la extraditabilidad del delito como requisito de la doble criminalidad. Desde una perspectiva continental del derecho, el uso de esta nomenclatura no parece ser adecuada al caso. Entre nosotros, el término empleado es el de 'doble incriminación', que se refiere al carácter delictivo de la conducta.³ Según el requisito de la doble incriminación, un mismo hecho debe encontrarse tipificado como delito tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido. Otros requisitos, tales como la gravedad del delito (la pena que lleva aplicada) o que se trate de un delito común y no político, no son, en sentido estricto, relevantes al momento de determinar la doble incriminación. Esta cuestión terminológica,

que a primera vista pudiera parecer irrelevante, cobra mucha importancia cuando la doble criminalidad, a la que se refieren los *Lords*, incluye el elemento jurisdiccional.

Cabe preguntarse cuál es la relación que existe entre el título de jurisdicción que invoca el Estado requirente y la criminalidad sustantiva del hecho. La respuesta es ninguna. El objetivo que se persigue al incluir el elemento jurisdiccional entre los requisitos para conceder una solicitud de extradición, es otorgar al Estado requerido una posibilidad más para discriminar entre Estados a los cuales les reconoce un justo título de jurisdicción y Estados a los que no se les reconoce este justo título. Al respecto, es importante observar que el Reino Unido ha sido constante en su rechazo hacia el ejercicio de jurisdicción extraterritorial sobre la base de la nacionalidad de la víctima. Es este rechazo del principio de la personalidad pasiva el que explica la existencia de la subsección 2 de la Sección 2 de la *Extradition Act* de 1989.

Sin embargo, decir que la doble criminalidad incluye también el título de jurisdicción puede llevar a ciertas incongruencias. Por ejemplo, Lord Browne-Wilkinson señaló que:

La sección 134 [de la *Criminal Justice Act* de 1988] creó un nuevo crimen de acuerdo a la legislación del Reino Unido, el crimen de tortura. Como se requiere en la Convención contra la Tortura, 'toda' tortura, sea donde sea que se haya cometido fuera del Reino Unido, pasó a ser un crimen bajo la legislación del Reino Unido y pasó a ser perseguible en el Reino Unido. Nadie jamás ha sugerido que antes de que la sección 134 entrara a regir, la tortura cometida fuera del Reino Unido fuera un crimen bajo la legislación del Reino Unido. Tampoco se ha sugerido que la sección 134 fuera retroactiva en el sentido de transformar la tortura cometida fuera del Reino Unido antes del 29 de septiembre de 1988 en un crimen para el Reino Unido. En cuanto la tortura cometida fuera del Reino Unido no era un delito de acuerdo a la legislación del Reino Unido, sino que lo fue desde el 29 de septiembre de 1988, el principio de doble criminalidad, que requiere que un acto sea un crimen tanto para el derecho español como para el derecho del Reino Unido, no ha podido ser satisfecho en relación a la conducta ocurrida antes de esa fecha ya que el principio de doble criminalidad requiere que la conducta sea criminal en el Reino Unido a la fecha en que se cometió.

³Agradezco al profesor Sergio Politoff, quien me hizo ver la importancia de subrayar que en Chile y en la tradición jurídica penal a la que pertenece nuestro sistema jurídico, el requisito de la criminalidad del acto toma el nombre de 'doble incriminación' y no el de doble criminalidad.

La incongruencia está en que el mismo fallo reconoce que Chile, o cualquier país donde se haya cometido el delito, podría pedir la extradición de Pinochet por las torturas cometidas antes del 29 de septiembre de 1988. Como lo señaló Lord Hope:

En lo que al derecho del Reino Unido se refiere, el único país en que se podría juzgar a Pinochet por la totalidad de los delitos que se le ha imputado por las autoridades judiciales españolas es Chile.

Si Chile hubiera pedido la extradición de Pinochet, los delitos caerían dentro de la hipótesis (1) (a) de la sección 2 de la *Extradition Act* de 1989, es decir, serían delitos respecto de los cuales el Estado requirente reclamaría una jurisdicción territorial. En ese caso, el Reino Unido sólo tendría que comprobar que esa conducta, de haber ocurrido en el Reino Unido, también habría sido constitutiva de delito, cualquiera haya sido la denominación del mismo. Ciertamente, y como se explicó anteriormente, de haberse llevado a cabo tortura en el Reino Unido, la conducta habría sido delictiva allí y no podría el Reino Unido decir que la tortura cometida en Chile no constituía un delito para el Reino Unido. Decir lo contrario llevaría al absurdo de que nunca se podría extraditar a nadie desde el Reino Unido. Por lo tanto, la primera incongruencia consiste en sostener que respecto de un mismo delito que ha sido cometido fuera del Reino Unido, la legislación de este país lo reconoce como existente cuando el país requirente alega jurisdicción territorial para perseguirlo; y lo declara como inexistente, cuando la jurisdicción del Estado requirente es extraterritorial. ¿Cómo puede ser que una misma cosa exista y no exista a la vez?

Este es el efecto distorsionador que resulta de incorporar el elemento jurisdiccional dentro del requisito de la doble criminalidad. Y este efecto distorsionador conlleva una consecuencia gravísima: el desconocimiento de los efectos propios de la jurisdicción universal que todos los Estados están autorizados a aplicar en el caso de crímenes contra la humanidad. Los *Lords* reconocieron que el delito internacional de tortura existía en la esfera internacional desde mucho antes de la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura de 1984. Lord Browne-Wilkinson, por ejemplo, señaló que:

Desde las atrocidades Nazi y los juicios de Nuremberg, el derecho internacional ha reconocido que varios delitos son crímenes internacionales. Estados individuales han establecido jurisdicción para juzgar algunos crímenes internacionales incluso en casos en que tales crímenes no han sido cometidos dentro de las fronteras geográficas de dichos Estados. El más importante de dichos crímenes para los efectos de este caso es la tortura que está regulada por la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos Cruces, Inhumanos o Degradantes, de 1984.

Y continuó más adelante señalando que:

En los primeros años, la tortura practicada por el Estado era uno de los elementos de los crímenes de guerra. En consecuencia, la tortura y varios otros crímenes contra la humanidad estaban vinculados a la guerra o al menos a hostilidades bélicas de algún tipo. Pero en el curso del tiempo esta vinculación con la guerra dejó de ser necesaria y la tortura se divorció de la guerra y de las hostilidades, transformándose en sí misma en un crimen internacional.

En el párrafo siguiente se refirió a Chile, diciendo que:

(...) la República de Chile aceptó frente a sus señorías que el derecho internacional que prohíbe la tortura tiene el carácter de *ius cogens* o de norma imperativa, i.e., una de esas reglas del derecho internacional que tienen un *status* particular.

Luego citó una decisión del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (Prosecutor v. Furundzija), en la que se explica que una regla de *ius cogens* no puede ser derogada por ningún Estado ni por tratados ni por la costumbre internacional, sino por otra regla que tenga el mismo carácter de *ius cogens*.

Sobre esa base, Browne-Wilkinson se permitió afirmar que:

La naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional de tortura justifica que un Estado asuma jurisdicción universal sobre la tortura cualquiera sea el lugar donde ésta se haya cometido. El derecho internacional dispone que los delitos de *ius cogens* pueden ser castigados por cualquier Estado porque los perpetradores son 'enemigos comunes de toda la humanidad' y todas las naciones tienen un igual interés en su aprehensión y juzgamiento.

Es importante reiterar que, según los seis *Lords* que conforman el voto de mayoría, el carácter de crimen internacional de la tortura y la calidad de *ius cogens* de la prohibición de la tortura no surgen en 1984, cuando se adopta la Convención contra la Tortura, sino mucho antes. Al respecto Lord Browne-Wilkinson es claro al decir que:

Se ha sugerido por Miss Montgomery, en representación del senador Pinochet, que si bien la tortura era contraria al derecho internacional, ella no era estrictamente un crimen internacional en el más alto sentido. A la luz de las autoridades a las que me he referido (y hay muchas otras más) no tengo ninguna duda de que mucho antes de la Convención contra la Tortura de 1984, la tortura estatal era un crimen internacional en el más alto sentido.

Después de todas estas aseveraciones, es difícil compatibilizar la idea de que mucho antes de 1984 existía un delito internacional de tortura establecido por una norma de *ius cogens*, con la idea de que los Estados son libres para reconocer o no reconocer en su legislación interna la jurisdicción extraterritorial que puedan invocar otros Estados en el ejercicio de la jurisdicción universal que el derecho internacional reconoce para la persecución de los culpables de delitos contra la humanidad. El voto de Browne-Wilkinson está diciendo que si bien la jurisdicción universal en el caso de la tortura se basa en una norma de *ius cogens* cualquier Estado puede por el simple hecho de abstenerse él mismo de aplicar jurisdicción extraterritorial sobre estas materias desconocer la jurisdicción que le corresponde a otro Estado. A mi modo de ver, esta decisión y la *Extradition Act* de 1989, al incorporar el elemento jurisdiccional dentro del requisito de la doble criminalidad, ha vulnerando el derecho internacional general al desconocer los efectos propios de la existencia de un crimen internacional que da lugar a jurisdicción universal. Esta vulneración del derecho internacional se habría evitado si se hubiera decidido por la *House of Lords*, como lo había decidido ya la *High Court* y el primer Comité Jurídico de la *House of Lords*, que el elemento jurisdiccional debe estar presente al momento de requerirse la extradición y no es necesaria su presencia al momento de la comisión del delito. Este último punto es examinado en la siguiente sección.

4.4 La fecha en que debe cumplirse con el requisito de la doble criminalidad

Obviamente, el requisito de la doble criminalidad (como lo han llamado los *Lords*) no habría suscitado ningún problema en el presente caso si hubiera bastado con que se cumpliera con este requisito al momento de la solicitud de extradición por España. Por lo tanto, si los *Lords* deseaban basarse en la *Extradition Act* de 1989 para eliminar del proceso de extradición la gran mayoría de los cargos efectuados por España, era necesario exigir la presencia de la doble criminalidad al momento de la comisión del delito. Y es en relación a este punto que nuevamente surge la pregunta relativa al elemento jurisdiccional como un elemento propio de la doble criminalidad.

La *High Court* en su fallo del 28 de octubre de 1998 y el Comité de los *Lords*, cuyo fallo del 25 de noviembre de 1988 fue después anulado, señalaron que el requisito de la doble criminalidad debía estar presente al momento de requerirse la extradición por el Estado requirente.

En el fallo que se comenta, cinco de los seis *Lords* que participan del voto mayoritario del Comité Judicial de la *House of Lords*, opinaron que el requisito de la doble criminalidad debe estar presente al momento de cometerse el delito. Como consecuencia, todos los delitos cometidos antes

del 29 de septiembre de 1988, fecha en que el Reino Unido asume jurisdicción extraterritorial sobre el delito de tortura, pasan a ser no extraditables por no cumplir con el requisito de la doble criminalidad.

Se debe hacer presente que la *Extradition Act* de 1989 no dice nada con respecto de la fecha en que debe darse por cumplido el requisito de la doble criminalidad. La *High Court* había efectuado una interpretación literal de los términos de esta ley para concluir que bastaba que la doble criminalidad se verificara al momento de solicitarse la extradición. En esta oportunidad, en cambio, la *House of Lords* miró otras disposiciones de la misma ley para concluir que el requisito de la doble criminalidad, incluido el elemento jurisdiccional, debía estar presente al momento de cometerse el delito.

Se debe reconocer que existe cierta lógica en exigir la doble criminalidad respecto de los elementos constitutivos del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, porque de esta manera se salvaguarda en forma completa el principio de la irretroactividad de la ley penal. Sin embargo, cuando el único elemento que estaba ausente en la legislación del país requerido al momento de cometerse el delito, era el elemento jurisdiccional, ya que la legislación de ese país no contemplaba el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial por la comisión del delito en cuestión cuando éste se cometía en el extranjero, cabe preguntarse si efectivamente con esto se está salvaguardando el principio de irretroactividad de la ley penal. La respuesta debe ser negativa. En caso de que la jurisdicción de los tribunales del país en que se encuentra una persona se extienda a delitos cometidos por esta persona en el extranjero, no se vulnera el principio de la no retroactividad de la ley penal. Ello porque para respetar este principio basta con que se exija que al momento de comisión del acto, si se hubiera cometido en el territorio del Estado requerido, éste habría sido constitutivo de delito en el territorio de este último.

Hay que reconocer que la decisión de los *Lords* en esta materia puede estar ajustada al derecho británico. Sin embargo, por las razones expuestas en la sección 3 de este artículo, debe concluirse que atenta contra el derecho internacional al desconocer el ejercicio de la jurisdicción universal que el propio derecho internacional ha establecido, desde antes de 1984, en relación al crimen internacional de la tortura.

4.5 Otros cargos extraditables que subsisten.

En virtud de la aplicación de la *Extradition Act* de 1989, junto con el delito de tortura cometido el 24 de junio de 1989 y los cargos de conspiración para torturar posteriores al 29 de septiembre de 1988, se dejó subsistente como cargo extraditable el de conspirar para cometer homicidio en España. Ello porque éste sería un crimen que se cometió en España y, por

lo tanto, caería dentro de la Sección 2 (1) (a) y no se presentaría el problema de la extraterritorialidad. En todo caso, hay que tener presente que este cargo se vio afectado por la inmunidad que benefició a Pinochet hasta el 8 de diciembre de 1988.

También podrían haber subsistido las conspiraciones para cometer homicidio en Francia, Estados Unidos, Portugal e Italia, ya que a partir de la *Suppression of Terrorism Act* de 1978, el Reino Unido ejerce jurisdicción extraterritorial para conocer de la conspiración para cometer homicidio en ciertos países extranjeros. Pero esta ley, no surte efecto cuando la conspiración se ha cometido en algún país que no es parte de la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo del 27 de enero de 1977, o en un país que no es uno de los expresamente mencionados por la Convención como un tercero al que se aplican sus disposiciones. Al respecto hay que hacer notar que Chile no es parte de esa Convención, y que solamente India y Estados Unidos han sido incluidos como terceros Estados a los que se aplican las disposiciones de la Convención. Además, si se aplica la misma lógica que se ha aplicado a la tortura, no se cumple con el requisito de la doble criminalidad ya que estos actos anteceden la vigencia de la *Suppression of Terrorism Act* de 1978.

5. LA INMUNIDAD DE PINOCHET COMO EX JEFE DE ESTADO.

Si bien la decisión de los *Lords* de desconocer la inmunidad de Pinochet a partir de diciembre de 1988 no cambió significativamente la posición de Pinochet en el proceso de extradición, ya que por efecto del requisito de la doble criminalidad la mayoría de los cargos contra él fueron eliminados del proceso, el problema de la inmunidad mantiene su importancia en relación al tema de los derechos humanos y de la posibilidad de perseguir a funcionarios del Estado por crímenes contra la humanidad. Como bien señaló Lord Browne-Wilkinson, ésta ha sido la primera vez en que se desconoce, por un tribunal interno, la inmunidad de un ex Jefe de Estado por un crimen contra la humanidad.

Es un principio general del derecho internacional que los Estados gozan de inmunidad frente a los tribunales de Estados extranjeros. Esta inmunidad del Estado se refiere a los actos oficiales a través de los cuales el Estado despliega su autoridad, los que también reciben el nombre de actos *ius imperii*. Sin embargo, cuando los Estados realizan otras actividades, básicamente comerciales, se dice que esos actos pertenecen a la categoría de *ius gestionis* y que no conllevan inmunidad. En esta última categoría se encuentran los contratos comerciales que celebra el Estado con otras personas. Si el Estado no cumpliera con sus obligaciones contractuales, éste podría ser demandado en los tribunales de otro país sin que opere la institución de la inmunidad.

Pero, en este caso, se trataba de actos relacionados con tortura que fueron supuestamente cometidos por Pinochet en el ejercicio de una función pública, por lo que correspondía preguntarse por la aplicabilidad de la inmunidad.

5.1 Inmunidad *rationae personae* e inmunidad *ratione materiae*.

Como explica Lord Browne-Wilkinson,

Es un principio básico del derecho internacional que un Estado soberano (el Estado del foro) no juzga la conducta de un Estado extranjero. El Estado extranjero tiene derecho a inmunidad procesal respecto de los procesos que se lleven en el Estado del foro. Esta inmunidad se extiende a la responsabilidad civil como penal. La inmunidad del Estado probablemente surgió de la inmunidad histórica de la persona del monarca. En todo caso, esa inmunidad personal del Jefe de Estado persiste hasta hoy: el Jefe de Estado tiene derecho a la misma inmunidad que el Estado mismo. El representante diplomático del Estado extranjero en el Estado del foro también tiene la misma inmunidad en reconocimiento de la dignidad del Estado que representa. La inmunidad de que gozan los Jefes de Estado en ejercicio y un embajador en el cargo es una inmunidad completa vinculada a la persona del Jefe de Estado o embajador, y que lo convierte en inmune de toda acción o proceso, esté o no referida a lo efectuado en beneficio del Estado. Dicha inmunidad se dice que se ha otorgado *ratione personae*.

¿Qué pasa cuando un embajador deja el cargo o el Jefe de Estado es depuesto? La posición del embajador está cubierta por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Después de establecer inmunidad contra el arresto (Artículo 29) y contra la jurisdicción criminal y civil (Artículo 31), el Artículo 39(1) dispone que los privilegios del embajador lo beneficiarán desde que asume el cargo; y la subsección (2) dispone que:

“(2) Cuando las funciones de la persona que goza de privilegios e inmunidades han terminado, tales privilegios e inmunidades normalmente cesarán en el momento en que deje el país, o cuando haya expirado un período razonable para hacerlo, pero subsistirán hasta ese momento incluso en el caso de conflicto armado. Sin embargo, respecto a los actos ejecutados por esa persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión, la inmunidad subsistirá.”

La inmunidad parcial que continúa después que el embajador ha dejado el cargo es de una especie diferente de la que gozaba *ratione personae* mientras ejercía el cargo. Ya que no es más el representante

del Estado extranjero, él no amerita ningún privilegio o inmunidad como persona. Sin embargo, en orden a preservar la integridad de las actividades del Estado extranjero durante el período en que fue embajador, es necesario establecer que la inmunidad alcanza a sus actos oficiales mientras estuvo en el cargo. Si esto no ocurriera, la inmunidad soberana del Estado podría evadirse al entrar a cuestionar los actos ejecutados durante el período del antiguo embajador. De conformidad con esto, según el artículo 39 (2), el embajador, como cualquier otro funcionario del Estado, goza de inmunidad en relación a sus actos oficiales ejecutados mientras él era un funcionario. Esta inmunidad limitada, *ratione materiae*, se debe comparar con la anterior inmunidad *ratione personae* que daba inmunidad completa a todas las actividades tanto públicas como privadas.

En mi opinión, según el *common law*, un Jefe de Estado goza de similares inmunidades *ratione materiae* cuando deja de ser Jefe de Estado. Él también pierde la inmunidad *ratione personae* cuando deja de ser Jefe de Estado. (...) Puede ser demandado por sus obligaciones privadas. (...) Como ex Jefe de Estado no puede ser demandado en relación a actos ejecutados en virtud de sus facultades públicas mientras era Jefe de Estado. (...) Por lo tanto, según el *common law*, la situación de un ex embajador y de un ex Jefe de Estado aparecen como lo mismo: los dos gozan de inmunidad por los actos efectuados en el desempeño de sus respectivas funciones mientras estaban en el cargo.

La inmunidad *ratione materiae* que alegó Pinochet, es la misma que corresponde al Estado de Chile. Es importante subrayar este punto ya que algunos funcionarios del gobierno chileno quisieron hacer creer que la inmunidad que alegaron los abogados de Pinochet y la que alegaron los abogados del gobierno eran de naturaleza diferente. La verdad es que, como bien lo subraya Lord Phillips, no hay diferencia entre ambas inmunidades:

(...) el fundamento de la inmunidad alegada es una obligación que se debe a Chile, no al senador Pinochet. La inmunidad que se demanda es la de Chile.

5.2 Las distintas posiciones de los Lords.

El voto de mayoría concluyó que Pinochet no podía alegar la inmunidad por los actos de tortura sucedidos con posterioridad al 8 de diciembre de 1988. Pese a que los seis *Lords* que constituyen el voto de mayoría estuvieron de acuerdo con esta conclusión, las razones que esgrimieron para justificar la decisión difieren bastante. Algunos otorgaron especial relevancia

a la Convención contra la Tortura, mientras para otros, si bien, esta Convención sólo podía aplicarse en el entendido que no existen inmunidades cuando se trata de tortura, Pinochet habría perdido su inmunidad *ratione materiae* mucho antes de que la Convención entrara en vigencia. También existió disparidad de opiniones respecto de la magnitud que deben presentar los delitos a fin de justificar el desconocimiento de la inmunidad *ratione materiae*. Sin perjuicio de estas disparidades de opinión, todos los *Lords* concurrieron al voto de mayoría que señala que la inmunidad deja de operar el 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido habría ratificado la mencionada Convención.

i. Lord Browne-Wilkinson

Al examinar este tema, Lord Browne-Wilkinson se refirió en primer lugar al Artículo 1 de la Convención contra la Tortura, el cual dispone que:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona *doLords* o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos *doLords* o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia (...).

La primera pregunta que correspondía responder es si Pinochet puede ser sujeto activo del delito de tortura, tal como éste se define en la Convención. Para Lord Browne-Wilkinson este punto no era controvertido, señalando que:

Se hizo evidente durante los alegatos que, tanto la República de Chile como el senador Pinochet, aceptaron que los actos alegados en contra del senador Pinochet, en caso de ser probados, eran actos realizados por un funcionario público o por una persona que actuaba en el ejercicio de funciones públicas en los términos del Artículo 1. A mi juicio, estas concesiones son correctas. A menos que un Jefe de Estado que autoriza o promueve la tortura sea un funcionario o actúe en el ejercicio de funciones públicas de acuerdo al Artículo 1, él no podría ser culpable del crimen internacional de tortura ni en su propio Estado. Obviamente ésta no puede haber sido la intención. En mi opinión sería totalmente contrario a la Convención el que alguien pudiera estar exceptuado de responsabilidad. La pregunta crucial no

es si el senador Pinochet cae dentro de la definición del Artículo 1: obviamente sí cae. La pregunta se refiere a si es o no inmune para ser juzgado.

Para contestar esta pregunta, Lord Browne-Wilkinson efectuó una interpretación sistemática de las disposiciones de la Convención contra la Tortura. Al respecto, hizo notar que:

(...) si la implementación de un régimen de tortura es considerada como una función pública que da lugar a inmunidad *ratione materiae*, esto produce resultados aberrantes. La inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a los ex Jefes de Estado sino que a todos los funcionarios estatales involucrados en llevar a cabo las funciones del Estado. Esa inmunidad es necesaria para prevenir que la inmunidad del Estado sea burlada, por ejemplo, al juzgar o demandar al funcionario que habría efectivamente llevado a cabo la tortura cuando una demanda en contra del Jefe de Estado esté prohibida por la doctrina de la inmunidad. Si esto se aplicara al presente caso, y si la implementación de un régimen de tortura debe considerarse como una actividad oficial que justifica la inmunidad para los ex Jefes de Estado, también debe considerarse una actividad oficial que justifica la inmunidad de los funcionarios de menor rango que efectivamente realizan la tortura. Según la Convención, el crimen internacional de tortura sólo puede ser cometido por un funcionario o por una persona en el ejercicio de funciones públicas. Todos ellos tendrían derecho a la inmunidad. De esto se desprendería que no puede haber ningún caso fuera de Chile en que se persiga a alguien por tortura a menos que Chile esté dispuesto a renunciar a su derecho a la inmunidad de sus funcionarios. Por lo tanto, toda la elaborada estructura de la jurisdicción universal sobre la tortura cometida por funcionarios abortaría y uno de los objetivos principales de la Convención contra la Tortura —el de proveer un sistema en el cual no existe paraíso seguro para los torturadores— se vería frustrado. En mi opinión, todos estos factores en su conjunto demuestran que la noción de una continuación de la inmunidad de los ex Jefes de Estado es inconsistente con las disposiciones de la Convención contra la Tortura.

Por lo tanto, para Lord Browne-Wilkinson es la propia Convención contra la Tortura la que retira la inmunidad de que gozaban los ex Jefes de Estado y de otras personas que, ejerciendo funciones públicas, participan o promuevan actos de tortura. Para los efectos de establecer una fecha cierta en que Pinochet habría perdido su inmunidad, Browne-Wilkinson adoptó el 8 de diciembre de 1988, fecha en que la Convención habría pasado a obligar al Reino Unido y fecha en la cual la Convención obligaría simultánea y recíprocamente a los tres países involucrados.

ii. Lord Saville.

En un análisis similar, Lord Saville también concluyó que es la propia Convención la que surte el efecto de retirar la inmunidad de Pinochet y que esta pérdida de inmunidad surtiría efectos desde el 8 de diciembre de 1988. De alguna manera es Lord Saville quien está más cerca de decir, pero no lo dice expresamente, que era necesario el consentimiento de Chile para que la pérdida de inmunidad se hiciera efectiva.

iii. Lord Hope.

Lord Hope adoptó una postura diferente, ya que él señaló que para desconocer la inmunidad debe tratarse de crímenes contra la humanidad respecto de los cuales una convención internacional establezca jurisdicción universal y en la que aparezca claro que un ex Jefe de Estado no goza de inmunidad por esos delitos. Este es el test que debía pasar, según él, la Convención contra la Tortura.

Al respecto, Hope citó el *Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, escrito por Burgers y Danelius (redactores de la Convención), quienes parecen aceptar que al redactarse la Convención se consideró que ella admitía la existencia de algunas inmunidades. Es decir, no era un elemento consustancial a la aprobación del texto de la Convención que ésta removiera todas las inmunidades posibles. Por este motivo, Lord Hope señaló que:

Estas consideraciones sugieren que sería errado considerar que la Convención contra la Tortura ha removido necesariamente, por implicación, la inmunidad *ratione materiae* de los Jefes de Estado con respecto a todo acto de tortura de cualquier tipo que caiga dentro del Artículo 1 que se puede alegar en su contra.

Pero en relación con este punto cobra importancia el hecho de que la tortura que se imputa a Pinochet era de tal magnitud que debe considerarse como un crimen contra la humanidad. Según Lord Hope:

una vez que la maquinaria provista por ella [la Convención] se estableció para permitir el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de un país extranjero sobre tales crímenes, ningún país signatario de la Convención podría invocar la inmunidad *ratione materiae* en el evento de acusaciones de tortura sistemática y en gran escala cometidas después de esa fecha (...).

La opinión de Hope respecto de la inmunidad es la siguiente:

No considero que este sea un caso de renuncia. Ni tampoco acepto que esté implícito en la Convención contra la Tortura que los ex

Jefes de Estado deban ser privados de su inmunidad *ratione materiae* en relación con todos los actos de tortura oficial definidos en el Artículo 1. Lo que ocurre es que las obligaciones que fueron reconocidas por el derecho internacional consuetudinario en el caso de serios crímenes internacionales alrededor de la fecha en que Chile ratificó la Convención, son tan fuertes que permiten rechazar cualquier objeción de Chile fundada sobre la base de su inmunidad *ratione materiae* al ejercicio de la jurisdicción que contempla el Reino Unido sobre estos crímenes cometidos después de esa fecha.

Por último, Hope señaló que no está claro que el 29 de septiembre de 1988 no se haya podido reclamar inmunidad por el delito de tortura generalizada y sistemática. Pero, para él, lo importante es que una vez que un Estado se obliga por la Convención contra la Tortura, éste no puede alegar inmunidad. En el caso de Chile, esto habría ocurrido el 30 de octubre de 1988. Sin embargo, él no se opuso a que el voto de mayoría estableciera que la inmunidad se perdió el 8 de diciembre de 1988, cuando la Convención entró en vigencia para el Reino Unido.

Es importante hacer presente que Lord Hope consideró el que Chile haya ratificado la Convención, como el hecho indiscutible de que en este caso no se podía alegar la inmunidad, pero en ninguna parte señaló que era necesario que Chile ratificara la Convención para que Pinochet perdiera la inmunidad. Lo que pasa es que para Lord Hope existe coincidencia entre la ratificación de Chile y el estado alcanzado por la costumbre internacional respecto de la pérdida de inmunidades cuando se trata del delito de tortura sistemática.

iv. Lord Hutton.

Lord Hutton adoptó una tercera posición al respecto. Él señala que los actos de Pinochet no pueden ser considerados como actos de gobierno o actos de Estado:

Los supuestos actos de tortura del senador Pinochet fueron realizados bajo el amparo de su posición como Jefe de Estado, pero no pueden considerarse como funciones de un Jefe de Estado de acuerdo al derecho internacional, cuando el derecho internacional expresamente prohíbe la tortura como un recurso que el Estado pueda emplear en cualquier circunstancia y lo ha convertido en un crimen internacional.

Según Hutton, Pinochet no goza de inmunidad por los delitos cometidos. Su conclusión se basa en el hecho de que la inmunidad de que goza el senador Pinochet como ex Jefe de Estado no surge en relación, ni puede

estar vinculada, a actos de tortura. Por lo tanto, para Lord Hutton, la pérdida de la inmunidad resulta de la calidad misma del delito.

Además, a diferencia de Lord Hope, Lord Hutton consideró que un solo caso de tortura basta para que se desconozca la inmunidad:

(...) considero que un solo acto de tortura llevado a cabo o instigado por un funcionario público o por otra persona en el ejercicio de funciones públicas constituye un crimen internacional contrario al derecho internacional, y que la tortura no se convierte en un crimen internacional solamente cuando es cometido o instigado a gran escala. De acuerdo a esto, soy de la opinión que el senador Pinochet no puede alegar que un solo acto de tortura o un número pequeño de actos de tortura llevados a cabo por él, no constituyan crímenes internacionales y no constituyan actos cometidos fuera del ámbito de sus funciones como Jefe de Estado.

v. Lord Millet.

Lord Millet, pese a que concurre al voto de mayoría por el cual se desconoce la inmunidad de Pinochet sólo a partir del 8 de diciembre de 1988, es quien adoptó la posición más progresista respecto del tema de la inmunidad.

Primero, Lord Millet otorgó especial importancia al caso Eichmann que fue decidido por la Corte Suprema de Israel en 1962. En esa oportunidad, Israel secuestró a Adolf Eichmann desde la Argentina y lo llevó a Israel donde fue juzgado por los crímenes que este alto oficial nazi había cometido durante el Holocausto. Los crímenes de los que se acusaba a Eichmann, no habían ocurrido en Israel ni tampoco se podría decir que Israel había sido beligerante durante la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, subrayó Millet, ningún autor, pese a que se criticó la manera en que Eichmann fue secuestrado desde la Argentina para llevarlo a Israel, negó el derecho de Israel para juzgarlo. Lord Millet agregó que la Corte de Israel, después de un detallado examen de los antecedentes, incluyendo el fallo de la Corte Permanente de Justicia en el caso Lotus, concluyó que no existía ninguna regla de derecho internacional que prohibiera a un Estado juzgar a un nacional extranjero por crímenes cometidos fuera de sus fronteras. Según Millet, no existía ninguna razón para cuestionar esta conclusión. Según él, el factor que evita que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción criminal sea una interferencia indebida en los asuntos internos de otro Estado, es que para que el juicio sea completamente eficaz se requiere que el acusado esté presente en el territorio del Estado del foro.

El juez Millet sostuvo que del caso Eichmann se podían sacar las siguientes conclusiones:

1. Que no hay regla de derecho internacional que prohíba a un Estado ejercer jurisdicción penal extraterritorial respecto de crímenes cometidos por extranjeros en el extranjero.

2. Que según el derecho internacional consuetudinario, los crímenes de guerra y atrocidades de la magnitud y carácter internacional del Holocausto son crímenes de jurisdicción universal.

3. Que el hecho de que el acusado haya cometido los crímenes en cuestión en el curso de sus obligaciones funcionarias como un funcionario responsable del Estado y en el ejercicio de su autoridad como un órgano del Estado, no es obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal nacional extranjero.

Lord Millet agregó que:

Al tiempo en que el senador Pinochet se tomó el poder, la comunidad internacional había renunciado al uso de la tortura como un instrumento de política estatal. La República de Chile acepta que al año 1973, el uso de la tortura por las autoridades estatales estaba prohibido por el derecho internacional y que la prohibición tenía el carácter de *ius cogens* o de una obligación *erga omnes*. Pero ella insiste en que esto no otorga jurisdicción universal o que no afecta la inmunidad *ratione materiae* de un ex Jefe de Estado de la jurisdicción de tribunales nacionales.

En mi opinión, según el derecho internacional consuetudinario, los crímenes prohibidos por el derecho internacional acarrear jurisdicción universal si se satisfacen dos criterios. Primero, deben ser contrarios a una norma imperativa de derecho internacional de manera de infringir un *ius cogens*. Segundo, deben ser tan serios y de tal magnitud que puedan en justicia considerarse como un ataque al orden jurídico internacional. Los delitos aislados, incluso si son cometidos por funcionarios públicos, no satisfarían esos criterios. El primer criterio está bien establecido en los textos y manuales: para un ejemplo reciente, ver el fallo del Tribunal Internacional para el territorio de la ex Yugoslavia en *Prosecutor v. Anto Furundzija* (...).

El segundo requisito está implícito en la doctrina que restringía estos delitos a los crímenes de guerra y a los crímenes en contra de la paz, en el razonamiento del tribunal en el caso Eichmann, y en las definiciones usadas en Convenciones más recientes que establecen tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Bajo el derecho internacional consuetudinario, todo Estado tiene jurisdicción para ejercer jurisdicción extraterritorial con respecto a crímenes internacionales que satisfagan los criterios relevantes. El que sus tribunales tengan jurisdicción extraterritorial según la legis-

lación doméstica depende, desde luego, de sus arreglos constitucionales y de la relación entre el derecho internacional consuetudinario y la jurisdicción de sus tribunales penales. La jurisdicción de los tribunales penales ingleses es normalmente estatutaria [materia de ley], pero es suplementada por el *common law*. El derecho internacional consuetudinario es parte del *common law* y, de conformidad con esto, yo considero que los tribunales ingleses tienen y siempre han tenido jurisdicción penal extraterritorial con respecto a los crímenes de jurisdicción universal de acuerdo al derecho internacional consuetudinario.

En cuanto a la inmunidad, Lord Millet también aceptó la teoría de la inconsistencia, y al respecto sostuvo que:

(...) la República de Chile es parte de la Convención contra la Tortura, y debe considerarse que ha asentido a la imposición de una obligación criminal con respecto al uso oficial de la tortura. No considero, por lo tanto, que ella haya renunciado a su inmunidad. En mi opinión, no había ninguna inmunidad que renunciar. El delito es uno que sólo podría haber sido cometido en circunstancias que normalmente dan lugar a inmunidad. La comunidad internacional ha creado un delito por el cual la inmunidad *ratione materiae* no puede impetrarse. No puede sostener que el derecho internacional ha establecido un crimen con el carácter de *ius cogens* y que al mismo tiempo ha provisto de una inmunidad que es coexistente con la obligación que buscar imponer.

vi. Lord Phillips.

La opinión de Lord Phillips también resultó ser más progresista que la de Browne-Wilkinson, Hope y Saville. Según Phillips, la inmunidad *ratione materiae* de Pinochet (y del Estado de Chile) no deriva ni de un tratado ni de la costumbre internacional. La inmunidad *ratione materiae* de Pinochet sólo podría derivar de ciertos principios generales del derecho, los cuales sólo servirían de fundamento para reconocer la inmunidad en procesos civiles pero no en cuestiones criminales. Ello, porque no puede considerarse que esté dentro de las funciones de un Jefe de Estado el cometer delitos contra el derecho internacional. Según Phillips, el hecho que existan delitos internacionales y que exista jurisdicción extraterritorial para perseguir esos delitos no puede coexistir con la inmunidad *ratione materiae*. El hecho que la Convención contra la tortura sea incompatible con la inmunidad *ratione materiae* no debe interpretarse en el sentido de que los Estados hayan expresamente acordado retirar la inmunidad *ratione materiae* en

caso de la tortura, sino que debe interpretarse como un simple reconocimiento de que la inmunidad *ratione materiae* no puede subsistir en caso de un crimen internacional como la tortura. Por lo tanto, para Lord Phillips, la pérdida de inmunidad de Pinochet no deriva de la Convención sino de la calidad misma del delito.

5.3 ¿Cuántos actos de tortura son necesarios para que no opere la inmunidad?

La sección anterior demuestra que las opiniones de los *Lords* difieren sobre esta materia.

Lord Browne-Wilkinson no se pronunció expresamente sobre este punto, pero incidentalmente señaló que: "Un solo acto de tortura oficial es 'tortura' según la Convención". Por lo tanto, se podría decir que para él basta un acto de tortura para que se justifique el desconocimiento de la inmunidad con posterioridad al 8 de diciembre de 1988.

Lord Saville tampoco se pronunció sobre el tema, pero podría deducirse que acepta que un solo acto de tortura posterior al 8 de diciembre de 1998 basta para desconocer la inmunidad.

Lord Hope, en cambio, opinó que a fin de desconocer la inmunidad de los ex Jefe de Estado, es necesario que se trate de tortura sistemática y generalizada. En este sentido, él afirmó que:

yo encontraría difícil decir que un ex Jefe de Estado de un país que es parte de la Convención contra la Tortura no tiene inmunidad por una acusación de tortura cometida durante el curso de actos gubernamentales que se relacionen con una instancia aislada de supuesta tortura.

Por este motivo es importante, para Hope, el que se hayan mantenido como crímenes extraditables los cargos 2 y 4, que consisten en conspiración para torturar durante un período que se extiende más allá del 29 de septiembre de 1988. Son importantes porque arrojan luz sobre el cargo 30 que consiste en un solo hecho de tortura cometido el 24 de junio de 1989. Lord Hope sostuvo que este caso aislado de tortura se debe analizar en el contexto de una práctica sistemática de la tortura como un instrumento de política estatal y, siendo así, justificaría que se desconozca la inmunidad de Pinochet.

En la misma línea de Lord Hope se ubicó Lord Millet, quien cree que es necesario que la tortura sea grave y generalizada a fin de desconocer la inmunidad.

Lord Hutton se pronunció expresamente a favor de la idea de que un solo acto de tortura justifica el desconocimiento de la inmunidad.

Por último, Lord Phillips no se pronunció específicamente sobre este punto, ya que, para el caso, consideró que la pregunta era irrelevante:

La información provista por España acusa al senador Pinochet no solamente de haber abusado de sus poderes como Jefe de Estado al cometer tortura, pero de haber reprimido la oposición política mediante una campaña de secuestro, tortura y asesinato que se extendió más allá de las fronteras de Chile. Cuando se considera lo que se le imputa, no creo que sea correcto tratar de analizar los elementos individuales de su campaña ni tratar de identificar algunos como criminales según el derecho internacional y otros como no constitutivos de crímenes internacionales. Si el senador Pinochet se ha comportado de modo alegado por España, entonces, el conjunto de la conducta ha sido una violación de las normas del derecho internacional. Él no puede tener inmunidad procesal por ningún crimen que haya formado parte de su campaña.

Por lo tanto, se podría decir que la opinión de Lord Phillips se acerca en este punto, a la opinión de Lord Hope.

5.4 ¿Desde cuándo cesaría de operar la inmunidad *ratione materiae* de Pinochet?

Los seis *Lords* que concurren al voto de mayoría estuvieron de acuerdo en desconocer esta inmunidad a partir del 8 de diciembre de 1988, fecha de entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura en el Reino Unido. Dos de estos jueces, Browne-Wilkinson y Saville, concluyeron que el desconocimiento de la inmunidad es el resultado de una interpretación sistemática de la Convención contra la Tortura y, por este motivo, la fecha en que la Convención entra a regir para los tres países involucrados cobra extrema importancia.

Lord Hope también otorgó importancia a la Convención, pero no para decir que los términos de la misma, por necesaria implicancia, lleven a que se desconozca la inmunidad, sino que sostuvo que la fecha de entrada en vigencia de la Convención para Chile coincide con el hecho de que el derecho internacional consuetudinario alcanzó un estado tal en que la tortura no se podía asociar con ninguna inmunidad *ratione materiae*. Entonces, es importante que Chile haya ratificado porque permite fijar una fecha cierta a partir de la cual Chile no puede reclamar inmunidad. Pero de no haber existido esa ratificación, pareciera que Lord Hope tendría que haber concluido que el derecho internacional consuetudinario igualmente habría resultado en la pérdida de la inmunidad de Pinochet.

Los otros tres jueces derechamente no consideraron que el desconocimiento de la inmunidad *ratione materiae* derive de una interpretación de la Convención contra la Tortura. Lord Hutton, por ejemplo, sostuvo que desde que la tortura pasa a ser un crimen internacional (mucho antes de la entrada

en vigencia de la Convención contra la Tortura) no se puede decir que los actos de Pinochet fueran actos de gobierno que acarrearán inmunidad. Por su parte, Lord Millet también sostuvo que, a partir del momento en que un delito pasa a ser un crimen contra la humanidad establecido por normas de *ius cogens*, no puede reclamarse inmunidad por ese delito. Por último, Lord Phillips también sostuvo que el desconocimiento de la inmunidad deriva de la calidad misma del delito desde el momento en que éste pasa a ser un crimen contra la humanidad. Sin embargo, estos tres *Lords*, a pesar de no considerar la Convención contra la Tortura como un elemento necesario para retirar la inmunidad, no quisieron obstaculizar la consecución de una mayoría en el tribunal y por ello no se opusieron a que se estableciera el 8 de diciembre de 1988 como la fecha cierta en que Pinochet pierde su inmunidad *ratione materiae*.

La fecha no deja de ser un tanto arbitraria. Si bien es el 8 de diciembre cuando se puede decir que la Convención contra la Tortura pasó a ser vinculante para los tres países involucrados, también podría haberse dicho que el día relevante era el 30 de Octubre de 1988, fecha en que la Convención entró a regir para Chile. Esta era la opinión de Hope. También se podría haber dicho que la fecha relevante era cuando la Convención contra la Tortura pasó a tener el *status* de un tratado multilateral vigente una vez que se cumplió con el número de ratificaciones necesarias para que esto sucediera (26 de Junio de 1987). A partir de entonces, estaba claro que el delito de tortura era incompatible con la alegación de inmunidad.

Pero la crítica más importante que puede hacerse respecto de la fecha en que el senador Pinochet y el Estado de Chile pierden el derecho a alegar inmunidad *ratione materiae* se refiere al efecto no retroactivo con que el voto de mayoría hace valer esa pérdida de inmunidad. Está claro que los jueces Hutton, Millet y Phillips tienen la convicción de que la inmunidad se había perdido a partir del momento en que la tortura se convirtió en un crimen internacional y que es sólo el deseo de lograr una mayoría el que los lleva a aceptar que la pérdida de inmunidad sólo opera a partir del 8 de diciembre de 1988. Sin embargo, aún cuando se sostenga la opinión de Browne-Wilkinson y de Saville, es decir, aún cuando se piense que la pérdida de la inmunidad es un resultado directo o indirecto de la Convención contra la Tortura, desvinculada del carácter internacional del delito, no existe una razón jurídica de peso que obligue a que esta pérdida de inmunidad sólo opere en el futuro. Por el contrario, lo que existe son argumentos jurídicos importantes para hacer operar la pérdida de la inmunidad con efecto retroactivo.

A fin de demostrar que el efecto natural de una pérdida de inmunidad *ratione materiae* es precisamente el efecto retroactivo de la misma, es útil pensar en los efectos que habría tenido la renuncia a la inmunidad por parte

del Estado de Chile. Chile podría perfectamente renunciar a la inmunidad *ratione personae* que beneficia a Pinochet porque este privilegio ha sido establecido por el derecho internacional como una manera de respetar la independencia del Estado de Chile y no en razón de la persona de Pinochet. En otras palabras, la inmunidad no es un derecho adquirido de Augusto Pinochet. Por lo tanto, si Chile renunciara no se podría decir que con esto se esté vulnerando un derecho básico de Pinochet en su calidad de inculpa-do. Tampoco se podría decir que es injusto que se desconozca la inmunidad que beneficiaba a una persona que, cuando cometió el delito, pensaba que era inmune de ser sometida a juicio. Además, hay que considerar que la renuncia que hace un Estado de la inmunidad *ratione materiae* de los ex Jefes de Estado necesariamente se va a referir a actos pasados, puesto que la inmunidad *ratione materiae* sólo surge cuando el Jefe de Estado ha cesado en el cargo. Todo esto lleva a pensar que el efecto lógico de una renuncia de la inmunidad es precisamente el efecto retroactivo. De hecho, si hoy día Chile enviara una nota al Reino Unido en la que sólo señalará que renuncia a la inmunidad, esa renuncia operaría respecto de los delitos supuestamente cometidos por Pinochet antes de 1988 y a nadie se le ocurriría condenar al Estado de Chile por vulnerar un principio básico de derecho penal o por vulnerar los derechos procesales de Pinochet.

En el presente caso, en que se desconoce la inmunidad del Estado chileno y de Pinochet, sin que haya mediado la renuncia expresa ni tácita de Chile (como lo han señalado los *Lords*), tampoco se vulneraría un derecho procesal de Pinochet si se hiciera valer la pérdida de inmunidad con efecto retroactivo.

En todo caso, hay que reconocer que la pregunta relativa a la fecha en que Pinochet pierde su inmunidad, tiene una importancia más teórica que práctica, ya que por efecto del principio de doble criminalidad, ya se ha declarado que los delitos cometidos antes del 29 de septiembre de 1988 no son extraditables.

¹Brownlie, I. *Principles of Public International Law*, fifth ed., (Oxford, 1998), p. 301.

²Es así como el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales establece que los tribunales chilenos pueden ejercer jurisdicción extraterritorial en relación a una serie de delitos en que, a pesar, de haber sido cometidos en el extranjero, el Estado de Chile manifiesta en dicha disposición un interés por perseguirlos. Incluso se podría decir que hoy día los tribunales chilenos tienen jurisdicción para conocer del delito de tortura cometida en el extranjero en virtud del N° 8 del mencionado artículo 6 del COT, el cual señala que "quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se señalan: N° 8 Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias."

6. ¿QUÉ PASÓ CON LOS ARGUMENTOS DEL ESTADO DE CHILE: SOBERANÍA Y TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL?

6.1 En materia de ejercicio de la jurisdicción extraterritorial del Reino Unido.

Se recordará que Lord Browne-Wilkinson dijo que:

En general, un Estado sólo ejerce jurisdicción criminal sobre delitos que han ocurrido dentro de sus límites geográficos.

En su momento el gobierno de Chile interpretó estas palabras como un claro reconocimiento del argumento de la soberanía y del principio básico de la territorialidad de la ley penal. Sin embargo, hay que ser cuidadoso al extraer de esta frase ideas que no van más allá de lo señalado por Browne-Wilkinson. Todos los autores de derecho internacional, incluso aquéllos que, como el profesor Brownlie, han alegado en este juicio que Pinochet no goza de inmunidad, están de acuerdo en que la regla general en materia de jurisdicción es la territorialidad de la ley.⁴ Y no es necesario entrar en grandes disquisiciones teóricas para explicar este punto. Históricamente, los Estados no han tenido interés por entrar a velar por los intereses jurídicos extranjeros. Los Estados sólo han deseado extender su jurisdicción cuando han estimado que un interés jurídico que los afecta directamente ha sido vulnerado en el extranjero. Chile, por ejemplo, considera que hay ciertos delitos graves contra el Estado que, aun siendo cometidos en el extranjero, justifican el ejercicio de la jurisdicción penal⁵.

La situación general de territorialidad de la ley penal, entonces, se modifica cada vez que un Estado desea extender su jurisdicción. El derecho internacional en esta materia no contiene una norma que señale cuáles son los intereses jurídicos por los cuales un Estado puede extender su jurisdicción. La asignación de competencias jurisdiccionales, entonces, es una materia en la que no hay una regulación detallada. Lo más que podría decirse al respecto es lo que señala Brownlie, que el derecho en esta materia se está desarrollando en base a dos principios fundamentales. Primero, que la teoría territorial, si bien es una de las mejores bases de jurisdicción, no provee de soluciones concretas para los modernos conflictos de jurisdicción. Segundo, que un principio de conexión sustancial y genuina entre la materia y la jurisdicción, es necesario para el ejercicio de ésta última⁶. En vista de esto es que, en vez de alegar la existencia de un principio inquebrantable de jurisdicción territorial, resulta más adecuado a la realidad y al estado actual del derecho internacional considerar que en el ámbito internacional coexisten varios títulos de jurisdicción. Desde esta perspectiva, la jurisdicción universal no es una excepción a la regla de la territorialidad. Simplemente

⁴Brownlie, *op.cit.*, p.301.

se trata de un título más de jurisdicción. Sobre este punto, Rosalyn Higgins, la juez británica en la Corte Internacional de Justicia de la Haya, ha señalado que:

El principio de la universalidad es, en mi opinión, una norma bien establecida, que existe al lado de las otras normas de jurisdicción y no debe ser vista como una excepción a ninguna de ellas (*Problems and Process, International Law and How We Use It.*, Oxford, 1994, p. 58).

Volviendo a la sentencia que se comenta, es importante subrayar el hecho de que en ninguna parte se señala que la territorialidad de la ley penal sea un principio del cual los Estados no puedan nunca apartarse. De hecho, los jueces han actuado sobre la base de que en el derecho internacional existen ciertos delitos que justifican el ejercicio de jurisdicción universal. Por ejemplo, Lord Browne-Wilkinson sostuvo que:

Desde las atrocidades Nazi y los juicios de Nuremberg, el derecho internacional ha reconocido que varios delitos son crímenes internacionales. Estados individuales han establecido jurisdicción para juzgar algunos crímenes internacionales, incluso en casos en que tales crímenes no han sido cometidos dentro de las fronteras geográficas de dichos Estados. El más importante de dichos crímenes para los efectos de este caso, es la tortura que está regulada por la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984.

Hay que recordar también que Browne-Wilkinson calificó a la tortura como un delito establecido por una norma de *ius cogens*, es decir, una norma que no puede ser modificada ni derogada por la simple voluntad de los Estados. Lord Browne-Wilkinson, explícitamente, señaló que:

La naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional de tortura justifica que un Estado asuma jurisdicción universal sobre la tortura cualquiera sea el lugar donde ésta se haya cometido.

Y continuó señalando que:

El derecho internacional dispone que los delitos de *ius cogens* pueden ser castigados por cualquier Estado porque los perpetradores son 'enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen un igual interés en su aprehensión y juzgamiento.

De lo anterior se desprende que la jurisdicción del Reino Unido para conocer de hechos de tortura acaecidos en territorio extranjero, no requiere ni requería del consentimiento de Chile. De hecho, aun cuando Chile se retirara de la Convención contra la Tortura o no la hubiera firmado, el

carácter de *ius cogens* de la norma que establece el delito de tortura, justificaría que cualquier Estado estableciera jurisdicción para conocer de los delitos de tortura cometidos en Chile.

A pesar de que esta interpretación de las palabras de Browne-Wilkinson parece totalmente coherente con la calificación que hace del delito, su voto se torna confuso cuando comienza a examinar el significado de la Convención contra la Tortura. Específicamente cuando señaló que:

(...) no había ningún tribunal o corte para sancionar los crímenes internacionales de tortura. Los tribunales locales podrían asumir jurisdicción(...) Pero el objetivo era conseguir una jurisdicción general de manera que el torturador no tuviera ningún lugar seguro al que acudir. Por ejemplo, en este caso se ha alegado que durante el régimen de Pinochet la tortura era un arma oficial, aunque no reconocida, de gobierno y que, cuando el régimen estaba por terminar, se elaboró una legislación diseñada para otorgar una amnistía a aquellos que hubieran participado de esta tortura institucionalizada. Si estas acusaciones son verdaderas, el hecho de que las cortes locales hayan tenido jurisdicción para conocer del crimen internacional de tortura no significaba nada mientras el régimen totalitario permaneciera en el poder: un régimen totalitario no permitiría que sus propias cortes juzgaran sus propias deficiencias. De ahí la demanda por algún mecanismo internacional para reprimir la tortura de Estado que no dependiera de las cortes locales donde la tortura se hubiera cometido. (...) Lo que se necesitaba era un sistema internacional que castigara a aquellos que fueran culpables de tortura, que no permitiera que el torturar evadiera el castigo mudándose de un Estado a otro. La Convención contra la Tortura se convino no para crear un crimen internacional que antes no existía, sino para establecer un sistema internacional bajo el cual el delincuente internacional —el torturador— no pudiera encontrar ningún paraíso seguro. Burgers y Danelius (presidente del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Convención contra la Tortura de 1984 y redactores del primer borrador, respectivamente) señalan en la página 131 que era “un propósito esencial (de la Convención), el asegurar que un torturador no escapara de las consecuencias de sus actos por el hecho de ir hacia otro país”.

Sobre la base de este párrafo, se podría decir que, en opinión de Browne-Wilkinson, antes de la Convención contra la Tortura los únicos tribunales competentes para conocer de los actos de tortura ocurridos en Chile eran los tribunales chilenos. Sin embargo, ya hemos visto que él mismo ha dicho que el carácter internacional del delito justificaba el ejercicio de la jurisdicción

universal por cualquier Estado. Una interpretación coherente de las palabras de Browne-Wilkinson consiste en decir que antes de la Convención contra la Tortura, el establecimiento de jurisdicción extraterritorial era voluntario y que la Convención lo hizo obligatorio en ciertas situaciones, como las señaladas en el artículo 5.1. Pero el carácter voluntario del establecimiento de la jurisdicción universal no habría afectado la calidad internacional del delito. Hay que tener presente, además, que el Reino Unido estableció su jurisdicción extraterritorial en relación al delito de tortura en su *Criminal Justice Act* de 29 de septiembre de 1988, es decir, precisamente antes de que la Convención entrara en vigencia para el Reino Unido o para Chile.

Por lo tanto, no es correcto aseverar, como lo hizo el gobierno de Chile, que el llamado principio básico de la territorialidad haya sido aceptado implícitamente por el fallo de los *Lords*. La extensión de la jurisdicción británica se justifica por la entidad del delito y no era necesario ningún acto de renuncia o aquiescencia por parte del Estado de Chile.

Dicho esto, y sólo para abundar un poco más en la debilidad del argumento presentado por el gobierno chileno del principio de la territorialidad, llama la atención que hoy día el gobierno invoque este argumento, siendo que cuando se presentó la Convención contra la Tortura para su aprobación por la Junta de Gobierno, el Presidente acompañó el Informe Técnico elaborado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el cual se señala textualmente que:

Los artículos 5°, 6° y 7° están destinados a configurar un sistema de jurisdicción universal en relación con el delito descrito por la Convención. Conforme a este sistema se tiende a evitar la impunidad para los autores de las conductas ilícitas ya mencionadas. Así todo Estado Parte se obliga a procesar al presunto culpable o en su defecto, a extraditarlo. Este mecanismo es uno de los elementos esenciales para dar plena eficacia a la Convención.

6.2 En materia de desconocimiento de la inmunidad *ratione materiae*.

Se podría decir que en relación a la inmunidad *ratione materiae* del Estado de Chile y de Pinochet, los *Lords* sí requirieron de un acto de entrega de soberanía por parte de Chile. Sin embargo, Lord Hutton, Lord Millet y Lord Phillips sostienen que el carácter de la tortura como crimen internacional justifica el desconocimiento de la inmunidad de Pinochet. La prohibición de la tortura deriva de una norma de *ius cogens*, es decir, de una norma que no puede ser derogada por la voluntad de los Estados ni en cuya formación se requería necesariamente de la participación de Chile. Por lo tanto, según estos tres *Lords*, el desconocimiento de la inmunidad *ratione materiae*

de Chile, no requería como presupuesto una entrega expresa o implícita de soberanía por parte de Chile.

Un cuarto juez, Lord Hope, opinó que no se trataba de una renuncia de inmunidad por parte de Chile, sino que de determinar en qué momento el derecho consuetudinario determinó una necesaria pérdida de inmunidad en el caso del delito de tortura. Los criterios que permitirían concluir que el derecho internacional desconocería la inmunidad *ratione materiae* en el caso del delito de tortura serían: que exista una convención internacional que establezca que la tortura es un crimen internacional; que ella autorice el ejercicio de jurisdicción extraterritorial por cualquier tribunal nacional; que se haya convertido en ley dentro del territorio del Estado que ejerce jurisdicción, y que establezca claramente que se desconoce la inmunidad. Según Hope, estos criterios se habrían cumplido alrededor de la fecha en que la Convención pasó a ser obligatoria para Chile (30 de octubre de 1988). En todo caso, según él, desde esta fecha, por lo menos, Chile no puede invocar la inmunidad.

La primera crítica que se puede formular al razonamiento de Lord Hope es que exige la existencia de una convención internacional, siendo que el derecho internacional general contempla entre sus fuentes principales a la costumbre internacional; y tanto los tratados como la costumbre son igualmente efectivas y tienen el mismo nivel jerárquico. Además, a fin de que se forme una costumbre internacional, no es necesario que exista un tratado previo sobre la materia. La costumbre también se forma sobre la base de declaraciones de los Estados, las decisiones de tribunales internacionales, las resoluciones de organismos internacionales, entre muchos otros actos que sirven de prueba de una práctica general, uniforme y constante que es aceptada como derecho.

En todo caso, es importante destacar que Lord Hope, al fundar la pérdida de la inmunidad en la práctica de los Estados, la que casualmente parece coincidir con la fecha en que Chile se obligó mediante la Convención, desvincula el tema de la pérdida de la inmunidad del tema de la soberanía de Chile.

Los restantes dos *Lords* que concurren al voto de mayoría, Browne-Wilkinson y Saville, sostienen que es la propia Convención contra la Tortura la que determina que debe desconocerse la inmunidad de Pinochet. Podría pensarse, entonces, que estos jueces sí han estimado que era necesario que Chile hiciera una entrega de soberanía a fin de que operara el desconocimiento de la inmunidad. Lord Saville es el juez que más cerca está de decir esto. Saville sostuvo que antes de la Convención contra la Tortura no existía ningún precedente que permitiera concluir que se pudiera desconocer la inmunidad en caso de tortura. Este desconocimiento derivaría de la propia Convención y operaría entre los Estados partes. Por lo tanto, en el presente

caso, el desconocimiento de la inmunidad operaría desde que el último de los tres Estados envueltos en el caso, ratificó la Convención, es decir, a partir del 8 de diciembre de 1998.

Respecto de este punto, Lord Browne-Wilkinson señaló que:

Tengo dudas en cuanto a si antes de la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura, la existencia del crimen internacional de tortura como *ius cogens* era suficiente para justificar la conclusión de que la organización de la tortura de Estado no podía considerarse como una función del Estado para los efectos de la inmunidad. Hasta ese momento no existía ningún tribunal internacional para castigar la tortura ni había una jurisdicción general que permitiera o requiriera su castigo en tribunales nacionales.

Después de leer este párrafo queda la impresión de que existe cierta contradicción con las otras aseveraciones de Browne-Wilkinson, en las que expresamente dijo que la existencia del crimen internacional de tortura, que existía como delito desde mucho antes de la adopción de la Convención contra la Tortura (1984), "justifica a los Estados en extender su jurisdicción universal sobre la tortura donde quiera que ésta haya sido cometida". De hecho para justificar esta aseveración, Browne-Wilkinson citó el caso *Demjanjuk v. Petrovsky*, que fue conocido por los tribunales de los Estados Unidos. Hay que subrayar que este caso es de 1985, y en relación a él, Browne-Wilkinson afirmó que: "El derecho internacional dispone que los delitos de *ius cogens* pueden ser castigados por cualquier Estado porque los delincuentes son 'enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y juzgamiento'."

Por lo tanto, la relación entre la Convención contra la Tortura y la pérdida de inmunidad parece un tanto artificial, ya que desde antes de su adopción y entrada en vigencia se daban los presupuestos que habrían justificado la pérdida de inmunidad. El argumento de Lord Browne-Wilkinson es forzado y su debilidad resulta evidente cuando él señala que:

(...) si la implementación de un régimen de tortura es una función pública que da lugar a la inmunidad *ratione materiae*, esto produce resultados aberrantes. La inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a los Jefes de Estado y a los ex embajadores envueltos en llevar a cabo las funciones del Estado. Esa inmunidad es necesaria a fin de evitar que la inmunidad del Estado sea burlada al juzgar o demandar al funcionario que, por ejemplo, efectivamente llevó a cabo la tortura cuando una demanda en contra del Jefe de Estado estaría prohibida por la doctrina de la inmunidad.

Las palabras de Browne-Wilkinson son aplicables al crimen internacional de tortura en general, y no solamente cuando la tortura pasa a estar prohibida expresamente por una convención internacional. Es cierto que la Convención contra la Tortura define la tortura como aquella que es practicada por funcionarios públicos y que si éstos gozaran de inmunidad, la Convención sería inoperativa. Sin embargo, lo que Browne-Wilkinson parece no advertir es que toda la lógica que hay detrás del tema de los derechos humanos es la de evitar que el Estado vulnere los derechos de las personas. En este sentido, el crimen de tortura es una violación a los derechos humanos en la medida en que es practicada por el Estado. Por lo tanto, no es necesario que exista una Convención que expresamente diga eso para que el sujeto activo natural en el delito de tortura sea el Estado y sus funcionarios. Así, no es correcto decir que el desconocimiento de la inmunidad derive de la Convención. Lo correcto es concluir que el desconocimiento de la inmunidad deriva del delito mismo.

En todo caso, es importante que Lord Browne-Wilkinson no considere que sea un caso de renuncia de inmunidad por parte de Chile. Con esto, deja abierta la pregunta sobre si realmente era necesario que Chile ratificara la Convención para desconocer la inmunidad de Pinochet. Si bien Lord Browne-Wilkinson estimó que el hecho de que Chile ratificara la Convención obliga a este país a reconocer que no puede alegar la inmunidad, por lo menos, a partir del 8 de diciembre de 1988, es importante aclarar que Browne-Wilkinson no señaló en forma expresa ni implícita que era necesario que Chile entregara parte de soberanía al firmar la Convención, para que se hiciera operativa en su contra la pérdida de inmunidad *ratione materiae*.

En conclusión, las opiniones de Browne-Wilkinson y Saville son extremadamente ambiguas al momento de justificar que la inmunidad *ratione materiae* de Pinochet se perdió al momento en que la Convención contra la Tortura entró en vigencia para el Reino Unido. Como ha quedado demostrado, los argumentos son bastante débiles y, lo más importante, que ninguno de ellos dice expresamente que lo que se requería para el desconocimiento de la inmunidad era una entrega de soberanía por parte de Chile. Tal vez esto es lo que pensaban en su fuero interno pero no lo podían decir en forma expresa porque hubiera significado contradecir el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura.

Por lo tanto, respecto del desconocimiento de la inmunidad *ratione materiae* del Estado de Chile y de Pinochet, puede concluirse que ésta no es el resultado de una entrega de soberanía por parte de Chile. Ello es lo que parecen decir, por lo menos, cuatro de los seis *Lords* que constituyen el voto de mayoría. Sin embargo, en la práctica, el voto de mayoría, al fijar el 8 de

diciembre de 1988 como la fecha en que operaría la pérdida de la inmunidad, aparece como rindiendo honor a la soberanía de Chile puesto que en esa fecha Chile ya había ratificado la Convención contra la Tortura y ésta ya había entrado en vigencia dentro de su territorio.