



El caso Pinochet y el Derecho aplicable*

Kai Ambos**

Instituto Max Planck
Friburgo de Brisgovia (Alemania)

El juez instructor español Baltasar Garzón solicitó el 14 de octubre de 1998 a las autoridades británicas la detención provisional de Pinochet, que fue por ello detenido en Londres el día 16 del mismo mes. El arresto desató en varios países europeos una oleada de denuncias contra Pinochet, presentadas tanto por nacionales de estos países como por exiliados chilenos. El Gobierno español solicitó la extradición de Pinochet el 6 de noviembre de 1998. Asimismo, en otros países se presentaron solicitudes de extradición. La House of Lords negó a Pinochet la inmunidad el 25 de noviembre por tres votos contra dos¹ contrariamente a una decisión de la High Court de 28 de octubre². En base a esta decisión, el Ministro del Interior británico autorizó la tramitación de la extradición³. Sin embargo, en una actuación sin precedentes, la decisión de los lores fue anu-

lada el 15 de enero de 1999 por los vínculos existentes entre uno de los jueces, Lord Hoffmann, y Amnistía Internacional⁴. La segunda decisión de la House of Lords de 24 de marzo de 1999, aunque confirmó en su orientación general la primera, respecto a las restricciones de la inmunidad impuestas por el Derecho penal Internacional, limitó considerablemente los delitos a los que quedaba referida la extradición, que quedaron reducidos a los cometidos con posterioridad al 29 de septiembre de 1988 (fecha de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura en el Derecho interno británico)⁵. El Ministro del Interior británico se vio por ello obligado a reconsiderar su decisión inicial, si bien ha vuelto a dar luz verde al procedimiento de extradición el 15 de abril de 1999. En consecuencia, el auto de detención contra Pinochet fue renovado el 16 de abril⁶.

* La traducción es de Enrique Anarte Borrillo, de la Universidad de Huelva. Agradezco sus sugerencias a Rosa Giles Carnero, Fernando Moreno Moreno y, especialmente, a Cándido Romero Sánchez, compañeros de dicha Universidad. El texto alemán original fue publicado en el primer número de 1999 de la revista alemana *Juristen Zeitung* (JZ), pp. 16 a 24, si bien el propio autor lo ha actualizado y revisado, particularmente para dar cabida a la nueva decisión de la House of Lords de 24 de marzo de 1999 [nota del traductor].

** Doctor en Derecho (Munich). Referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania), encargado de las secciones de Derecho Penal internacional y de Hispanoamérica. El autor hace constar su agradecimiento al Profesor Dr. Dr. h.c. Albin Eser, al Profesor Richard Vogler y al traductor de este artículo, así como a las personas mencionadas en la nota al pie número 18, por sus valiosas indicaciones.

1. *House of Lords*, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte, decisión del 25-XI-1998 (Lords Slynn of Hadley, Lloyd of Berwick, Nicholls of Birkenhead, Steyn y Hoffmann), *Weekly Law Reports* (WLR) 1998, vol. 3, pp. 1.456 y ss. (aquí citado por página). También: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>>.

2. *High Court*, The Queen v. Nicholas Evans et al., ex parte Augusto Pinochet Ugarte, judgement 28-X-1998 <<http://tap.ccta.gov.uk/courtser/>> (en lo sucesivo, se citará por parágrafos).

3. Home Office. Organised and International Crime Directorate. Judicial Co-operation Unit, Decisión del 9-XII-1998 [archivo del autor].

4. *House of Lords*, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 2), decisión de 15-I-1999 (Lords Browne-Wilkinson, Goff of Chieveley, Nolan, Hope of Craighead y Hutton), WLR 1999, vol. 2, pp. 272 y ss.

5. *House of Lords*, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), decisión de 24-III-1999 (Lords Browne-Wilkinson, Goff of Chieveley, Nolan, Hope of Craighead, Hutton, Saville of Newdigate, Millett y Phillips of Worth Matravers), WLR 1999, pp. 827 y ss. La edición en Internet <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>> consta de diez partes. Aquí se citarán la parte (con números romanos) y la página (con números árabes) correspondientes.

6. <http://www.elmercurio.cl/Canales/nacional/portada/pinochet/especial_dia_d.asp>

I. Competencia penal de los Estados europeos

1. ESPAÑA

La justicia española basa su competencia en el artículo 23 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985, según el cual los tribunales españoles son competentes en caso de genocidio (letra a), terrorismo (b), (...) y otros delitos que deban ser perseguidos según convenios internacionales (g). Esta competencia es universal, es decir, no está vinculada con la nacionalidad del delincuente o de la víctima ni con el lugar del hecho. El único requisito es que estos hechos sean punibles según el Derecho penal español.

Sin embargo, y así lo pone de manifiesto el Fiscal General del Estado español, es discutible que en Chile se cometiera algún delito de genocidio o terrorismo en el sentido de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La existencia de genocidio (art. 607 del Código Penal, CP) es cuestionable, en particular, porque los grupos políticos no han sido incluidos expresamente en su ámbito de protección⁷. Si bien el juez instructor español *Baltasar Garzón* admite que los grupos políticos no están comprendidos expresamente en el tipo, no acepta que la «destrucción de grupos por motivos políticos» quede al margen del mismo. Más bien, se da el tipo de genocidio cuando «esas motivaciones políticas se concretan en un grupo nacional, étnico-racial o religioso»⁸. La *Audiencia Nacional* incluso va más allá, puesto que no considera el silencio sobre el grupo político como una «exclusión indefectible»

y parte de una concepción social-colectiva del tipo, en base a la cual también deben considerarse incluidos en el ámbito de protección del precepto (otros) grupos nacionales⁹. Esta amplia interpretación del tipo concuerda en sus resultados con una nueva interpretación *iusinternacionalista* defendida por VAN SCHAACK¹⁰, según la cual la prohibición de genocidio tiene carácter de *ius cogens*¹¹ y, como tal, alcanza –no obstante la relativización del tipo que resulta del Derecho Internacional convencional– también a los grupos políticos. De seguir esta interpretación, existiría también un punto de apoyo legítimo (con base en el Derecho Internacional) para aplicar extensivamente el Derecho penal nacional al genocidio de grupos políticos¹². Sin embargo, en razón del principio *nullum crimen*, en especial por lo que hace a la exigencia de determinación, cabe poner en cuestión una interpretación del tipo que no encuentre amparo alguno en la letra del precepto.

Además, la justicia española parte de la existencia de delitos de terrorismo (arts. 571 ss. CP), puesto que el orden constitucional de Chile habría sido subvertido por el *golpe de Pinochet* de 1973, al ser derrocado un presidente elegido constitucionalmente por medios inconstitucionales¹³. Por otra parte, las numerosas violaciones de los derechos humanos habrían sido cometidas por una «banda armada», en el sentido del artículo 571 del CP, pues los responsables no habrían actuado en ejercicio regular de funciones públicas, sino clandestinamente, con desprecio del orden jurídico formalmente vigente. Con ello el concepto político-sociológico del *terrorismo de Estado* alcanza por vez primera –y de forma clara– reconocimiento judicial¹⁴.

7. Precisamente por ello se negó en un dictamen del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (MPI) la existencia de genocidio en un caso de desaparición de un ciudadano alemán en Argentina, AMBOS (con RUEGENBERG/WOISCHNIK), *Europäische Grundrechte Zeitung* (EuGRZ), 1998, pp. 468 y ss., en castellano (entre otros) en: *Plataforma Argentina contra la impunidad* (ed.), *Contra la impunidad (Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos)*, Barcelona, 1998, pp. 266 y ss.; también: <<http://www.iuscrim.mpg.de>> -> "Aktuelles".

8. Cfr. la demanda de extradición de Baltasar Garzón, en: *El País* (Madrid), 4-XI-1998, 6 s. (7) <<http://www.elpais.es>>.

9. AUDIENCIA NACIONAL, Pleno de la Sala de lo Penal, rollo de apelación 84/98, sección 3, sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción 5, 4-XI-1998 (Argentina), pp. 8 y ss. (12) e *ibidem*, rollo de apelación 173/98, sección 3, sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción 6, 5-XI-1998 (Chile), pp. 7 y ss. (10 s.). <<http://www.elpais.es>>.

10. VAN SCHAACK, *The Yale Law Journal*, 1997, 2.259 y ss. (2.261 y s., 2.272 y ss., en especial 2.280 ss.) con más referencias. Se opone también a la laguna de punibilidad en caso de grupos políticos, PAUST, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1986, 283, 292 y ss.

11. Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Doc. ONU A/CONF. 39/11/Add. 2; para Alemania: BGBl. 1985 II 925; para la versión española: Boletín Oficial del Estado = BOE, 142, de 13 de junio de 1980 [n.b.]), *ius cogens* es "una norma imperativa de derecho internacional general ... aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

12. Cfr., más detenidamente, AMBOS (nota 7), p. 470.

13. Cfr. *Baltasar Garzón* (nota 8), p. 7; *Audiencia Nacional* (nota 9), 4-XI-1998, pp. 13 y s.; 5-XI-1998, pp. 11 y ss.

14. Cfr. *Audiencia Nacional* (nota 9), 4-XI-1998, pp. 13 y s.; 5-XI-1998, pp. 12 y s., con referencia expresa a QUINTANO RIPOLLÉS.

Por el contrario, no hay duda de que en Chile se cometieron hechos contemplados en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984¹⁵. En tal caso procedería la competencia penal española en virtud del artículo 23 apartado 4 g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que –de modo similar al § 6 núm. 9 del Código Penal alemán (StGB)– se remite a convenios internacionales penales¹⁶, como precisamente sería dicha Convención¹⁷. Vale la pena señalar que la (última) decisión de la *House of Lords* se apoya exclusivamente en los delitos de tortura y conspiración para la tortura e ignora los otros cargos, porque ya fueron rechazados por el Ministro del Interior en la primera de sus decisiones que autorizaba el procedimiento de extradición (genocidio)¹⁸ o porque no constituyen delitos que dan lugar a la extradición según el Derecho británico (en particular, el secuestro, según la «Taking of Hostages Act 1982»)¹⁹. En cuanto a la tortura, la *House of Lords* reconoce que rige el principio de justicia universal²⁰.

No obstante, es preciso preguntarse si la competencia penal nacional puede fundamentarse retroactivamente, pues los hechos en litigio fueron cometidos antes de 1984. A este respecto, el fin de la prohibición de retroactividad no contradice una fundamentación retroactiva de la *competencia* jurídico penal aplicable. La prohibición de retroactividad protege la confianza del sujeto en que no será castigado por una conducta que no era punible en el momento de realizarla²¹. Pero, los hechos en cuestión eran punibles en los Esta-

dos correspondientes –y, en particular, también en Chile– en el momento de su comisión²². El delincuente no merece protección, de modo que la no persecución en su propio país (Chile) constituya, en cualquier lugar y para siempre, un impedimento procesal para la persecución penal internacional o interestatal. Aunque existiera una violación de la prohibición de retroactividad, dicha violación debería ceder ante la gravedad de los crímenes internacionales aquí considerados. Si la misma Ley de Fronteras de la antigua República Democrática de Alemania (RDA) es considerada –en cuanto a la justificación de los disparos mortales en el muro– incompatible con los derechos humanos y, en consecuencia, inaplicable²³, entonces, con más razón, tratándose de hechos mucho más graves, como la desaparición de personas o la tortura, la prohibición de retroactividad no puede evitar la persecución en estos casos. Por lo demás, contrariamente a lo que sucedía en el caso de los disparos mortales contra quienes intentaban traspasar el muro de Berlín, los delitos imputados al senador Pinochet carecían en el momento de su comisión de justificación formal alguna²⁴.

La *Audiencia Nacional* también niega que se haya producido una violación de la prohibición de retroactividad respecto de la LOPJ vigente desde 1985, por tratarse de una norma procesal, a la que en principio no es aplicable dicha prohibición²⁵. Asimismo, la *House of Lords*, en su primera decisión, niega la existencia de tal violación, ya que la competencia jurídica respecto de la extradición

15. GAOR 39th Session, Resolutions, p. 197 (para Alemania: BGBl 1990 II 247; para la versión española BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987 [n.b.]).

16. Cfr. Baltasar Garzón (nota 8), p. 7; Audiencia Nacional (nota 9), 4-XI-1998, p. 14; 5-XI-1998, p. 13.

17. Según la Convención de Naciones Unidas contra la tortura, todo Estado Parte debe castigar él mismo los hechos o proceder a la extradición (arts. 5-8). La Convención, en especial el artículo 5, contempla varios principios relativos al Derecho Penal aplicable, entre otros, el principio de justicia universal (véase más detenidamente AMBOS, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 172 y ss., en especial nota 47). La discusión acerca de si el § 6 núm. 9 StGB sólo es aplicable respecto de aquellos convenios que consagren el principio de justicia universal (a favor TRÖNDLE, *StGB*, 48/1997, § 6 marg. núm. 9; en contra –con razón– SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, *StGB Kommentar*, 25/1997, § 6 marg. núm. 10) resulta a este respecto irrelevante, pues para las torturas rige el principio de justicia universal (igualmente, PEPPER, *Brooklyn Journal of International Law* 18, 1997, 372).

18. Ver *supra* nota 3.

19. *House of Lords*, nota 5, I 6 (Browne-Wilkinson) y, en particular, IV 2 y ss., V 1 y ss. (*Hope of Craighead*).

20. *Browne-Wilkinson* afirma: "[T]he *ius cogens* nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed." (nota 5, I 7).

21. No obstante, a favor de un entendimiento objetivo del principio y en contra de la mera protección de la confianza, SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1976, 213 y ss. (219 y s.).

22. El Código penal chileno de 1874 castiga tanto el homicidio (art. 390) como diversos tipos de lesiones (arts. 395 y ss.).

23. Cfr. sólo BGHSI 39, 1, 14 (en JZ 1993, 199 con comentario de FIEDLER), así como BVerfGE 95, 96 (en *Neue Juristische Wochenschrift* en NJW 1997, 929 o en EuGRZ 1996, 538 igualmente en JZ 1997, 142 con comentario de STARCK). A este respecto, con más referencias, AMBOS, *Strafverteiger (StV)*, 1997, 39 y ss.; EL MISMO, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1997, 983 y ss.

24. Sobre la inaplicabilidad ("Unzuständigkeit") general de la prohibición de retroactividad en caso de crímenes de Estado especialmente graves, NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996, p. 47 y ss.

25. *Audiencia Nacional* (nota 9), 4-XI-1998, pp. 7 y s.; 5-XI-1998, pp. 5 y s.

depende del momento del procedimiento (no del momento del hecho)²⁶.

El recurso al principio de justicia universal es necesario porque en España no rige el principio de personalidad *pasiva* (§ 7 ap. 1 StBG) –basado en la nacionalidad de la víctima–. Su falta puede ser interpretada como un olvido del legislador español, pues, por una parte, en España rige el principio de personalidad *activa* –basado en la nacionalidad del delincuente– (véase art. 23 ap. 2 LOPJ; §7 ap. 2 núm. 1 StGB); y, por otra parte, la competencia jurídico penal aplicable de los tribunales españoles se corresponde con la de los alemanes (véase sólo el art. 23 ap. 4 de la LOJP con relación al § 6 StGB). Ciertamente, estos argumentos no afectan en modo alguno a las referidas dificultades a que se ve expuesta la fundamentación de la competencia penal española en el principio de justicia universal.

2. OTROS ESTADOS²⁷

La competencia penal de otros Estados europeos, en los que igualmente se han presentado denuncias contra Pinochet²⁸, se basa en los principios de personalidad y/o de justicia universal.

a) En *Bélgica* los hechos cometidos fuera de su territorio sólo son punibles en los casos previstos por la ley (art. 4 Code Pénal -CP)²⁹. Al respecto, el artículo 10 apartado 5 Code de Procédure Pénale (CPP) contempla el *principio de personalidad activa* y el artículo 10 apartado 3 en relación con el artículo 6 apartado 3 CPP el *principio de justicia universal* para determinadas modalidades de falsificación de moneda –de forma similar al § 6 núm. 7 StGB–. Por otra parte, de acuerdo con disposicio-

nes legales especiales, es posible la persecución universal de determinados hechos contemplados en acuerdos bilaterales, por ejemplo, acciones terroristas³⁰. Mediante una ley de 16 de junio de 1993 se estableció la competencia judicial para perseguir violaciones graves de las Convenciones de Ginebra y sus dos protocolos adicionales. Se puso así (claramente) de manifiesto que estos delitos debían ser perseguidos universalmente con independencia de la naturaleza del conflicto³¹. Además, a través de la ley modificadora 230.399 de 10 de febrero de 1999³², se extiende el deber de persecución a los crímenes contra la humanidad cometidos en tiempo paz o de guerra en el sentido del Estatuto de Roma³³, incluyendo así, *inter alia*, la tortura.

b) La competencia penal *alemana* resulta prioritariamente del *principio de personalidad pasiva*. El § 7 I StGB presupone –junto a la nacionalidad o la ascendencia germana de la víctima– que el Derecho del lugar de comisión incluya preceptos penales que se correspondan con los del Derecho alemán y que ninguna causa material de exclusión de la pena impida su castigo (requisito de la «identidad de la norma»). Al respecto cabe remitirse al Dictamen del MPI y al Parecer en el caso *Pinochet* ya citados³⁴.

c) La competencia penal *francesa* se basa igualmente en el *principio de personalidad pasiva* (art. 113-7 CP; art. 689-1 CPP). El *principio de justicia universal* rige en caso de delitos contra intereses estatales de Francia (art. 113-10 en relación con los arts. 410-1 bis y 414-9 CP) y también respecto de aquellos que se determinen en un convenio jurídico internacional, como es el caso de la tortura (art. 689-2 ss CPP)³⁵. El principio de justicia universal es acogido también por el art. 113-12 CP, que establece en base a convenios internacio-

26. House of Lords, nota 1, 1481 (Lloyd). Conforme, SIMMA/PAULUS, Neue Züricher Zeitung, 27-XI-1998, p. 5.

27. Por sus indicaciones a este apartado, agradezco a los colegas del M.P.I., que cito por orden alfabético: Holger Barth, Dr. Dr. h.c. Karin Cornils, Dr. Sabine Gleß, Ivo Gross, Susanne Hein, Luc Reydam, Jan Woischnik e Ingeborg Zerbes [nota del autor].

28. En Gran Bretaña el Attorney General rechazó la acción privada haciendo uso de su derecho *nolle prosequi* (The Times, 29-X-1998, 1). La querrela fue presentada después en Luxemburgo.

29. Cfr. FRANCHIMONT/JACOBS/MASSET, Manual de Procédure Pénale, 1989, pp. 1.063 y ss.

30. *IBIDEM*, pp. 1.071 y ss. A propósito de la posibilidad –por entances ficticia– de persecución penal de *Pinochet* en base al Derecho de Nuremberg por parte de los tribunales belgas, DAVID, en: Le Procès de Nuremberg, 1988, pp. 89 y ss. (168 y ss.).

31. Cfr. "Loi relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions", en: Les Codes Larcier, Tome II, Droit pénal, 1995, pp. 402 y s.

32. "Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire".

33. Sobre ello, ver *infra* nota 97.

34. AMBOS (nota 7), 473 ss.; <<http://www.iuscrim.mpg.de>> → Länderreferate

35. Cfr. PRADEL, Droit Pénal Général, ¹¹1996, pp. 267 y ss. Acerca de la competencia penal en caso de tortura, cfr. la sentencia de la Cour de Cassation-chambre
ss., con
comentario de ROULOT.

nales la competencia penal francesa respecto de hechos cometidos en Alta Mar³⁶. Por último, el artículo 212-1 C.P. castiga la «desaparición» («enlèvements de personnes suivis de leur disparition») como «otro» delito contra la humanidad.

d) En *Italia* rige el principio de justicia universal, en especial con relación a convenios internacionales (art. 7 núm. 5 *Codice Penale*³⁷; similar al § 6 núm. 9 StGB). Sin embargo, el principio de personalidad pasiva no rige, por lo que la situación jurídica es equiparable a la española.

e) En *Austria* se plantea como caso concreto el secuestro de 23 chilenos el 15 de junio de 1976 en la embajada búlgara de Santiago de Chile, que estaba bajo el protectorado austríaco. La competencia penal de Austria descansa por lo tanto en el *principio de protección*, que –en caso de violación de intereses nacionales– es aplicable *inter alia* también a los delitos de secuestro (§ 64 I núm. 4 en relación con el §102 del Código Penal austríaco)³⁸.

f) La competencia penal de *Suiza* se fundamenta en el *principio de personalidad pasiva* (art. 5 del Código Penal suizo). Con relación al requisito de la punibilidad en el lugar del hecho, el *Schweitzer Bundesgericht* (Tribunal Federal Suizo) decidió que bastaba la punibilidad material del hecho en cuestión, al margen de presupuestos procesales, como la denuncia penal³⁹. De ello cabe deducir que la amnistía concedida por el Estado en que se cometió el hecho –como impedimento procesal– no tiene que ser atendida por los tribunales suizos. En supuestos de doble nacionalidad, Suiza, en principio, reconoce al Estado en que se produjo el hecho prioridad para la persecución⁴⁰. Sin embargo, en nuestro caso no es aplicable este principio, puesto que en Chile no tuvo lugar per-

secución penal alguna. Por lo tanto, Suiza también puede sostener su competencia penal⁴¹.

g) En cuanto a los *países escandinavos*, el principio de *personalidad pasiva* rige en Suecia y Dinamarca –no así en Noruega–, pero sólo respecto de hechos que hubieran tenido lugar en un ámbito no sometido a la soberanía de ningún Estado o no reconocido por el Derecho Internacional (cap. 2, § 3, núm. 5 del Código criminal sueco-CCrimS; § 8 núm. 3 del Código penal danés-CPd)⁴². El *principio de justicia universal* es aplicable en Suecia a los «delitos contra el Derecho Internacional» (cap. 2, § 3, núm. 6 CCrimS), es decir, infracciones contra el Derecho Internacional humanitario (cap. 2 § 6 CCrimS), así como hechos realizados en el extranjero que estén sancionados con pena no inferior a cuatro años de privación de libertad (cap. 2 § 3 núm. 7 CCrimS), como el asesinato, el homicidio, el secuestro (cap. 3 § 1, § 2; cap. 4 § 1 CCrimS) y el genocidio⁴³, pero no así las coacciones mediante torturas (cap. 4 § 4 II CCrimS). Respecto de hechos cometidos en el extranjero, la iniciativa de la acusación pública corresponde en general al Gobierno (cap. 2 § 5 II CCrimS). En Dinamarca rige el principio de justicia universal –de forma similar al § 6 núm. 9 StGB– en base a los convenios interestatales que impongan una obligación de persecución penal (§ 8 núm. 5 CPd). La competencia noruega se extiende –con independencia de la *lex loci delicti*– a determinados hechos cometidos en el extranjero por extranjeros (§ 12 I núm. 4 a CPnor), como el homicidio doloso (§ 233 CPnor), la detención ilegal (§ 223 CPnor) y las coacciones mediante tortura (§ 222 I S. 2 en relación con el § 232 S. 3 CPnor). La persecución penal debe ser ordenada por el Rey (§ 13 I CPnor).

36. Art. 113-12: "La loi pénale française est applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale, dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient."

37. Cfr. RIZ/BOSCH, *Italianisches Strafgesetzbuch/Codice penale italiano*, 1995, p. 31. Si bien el requerimiento del Ministro de Justicia italiano a la Fiscalía de Milán para que inicie actuaciones penales apunta a primera vista a favor de la aplicación del artículo 10 del *Codice penale*, hay que excluirlo, ya que de los tres requisitos acumulativos que contempla el primero –la presencia del delincuente en territorio italiano– no se da.

38. Cfr. FOREGGER/KODEK, *StGB*, 1997, § 64, p. 193; acerca del principio de protección en general, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht AT*, 1985, p. 32.

39. Schw. BGE 99 IV, 257 y ss., 262: "... la plainte est exclusivement une condition de la poursuite pénale et relève par conséquent de la procédure. La punissabilité n'en dépend pas..." Críticamente, SCHULIZ, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 110 (1974), 377 y ss., 378 y s.

40. Cfr. EUGSTER, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 73 (1958), 143 y ss., 147.

41. Cfr. Schw. BGE (decisiones del Tribunal Federal de Suiza) 121 IV, 145 ff., 149: "Cabe no obstante prescindir excepcionalmente de la formulación del requerimiento en el Estado donde se cometió el hecho, máxime cuando hay indicios concretos de que al delincuente no se le ha impuesto una pena justa, quedando sin protección alguna los intereses de la víctima" (traducción del alemán).

42. CORNILS/JAREBORG, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch-Brottsbalken*, Freiburg i.Br., 1999 (en preparación); CORNILS/GREVE, *Das dänische Strafgesetz- Straffeloven*, Freiburg i.Br. 1997.

43. Ley núm. S.F.S. 1964: 169.

II. Cuestiones relativas a la extradición

Las solicitudes de extradición se basan en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (CEEx)⁴⁴ que está vigente para todos los Estados que solicitaron la extradición del senador Pinochet⁴⁵.

1. DOBLE INCRIMINACIÓN

De acuerdo con el artículo 2 apartado 1 de este Convenio, procederá la extradición en caso de hechos que tanto la legislación del Estado requirente como la del requerido castiguen con pena o medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea por lo menos de un año, o con pena más grave⁴⁶. Conforme al Derecho británico⁴⁷, relevante a este respecto, tratándose de hechos realizados en el ámbito de soberanía del Estado requirente («territorial crimes»), sólo interesa la punibilidad material según el Derecho británico (la llamada «English law approach», a dife-

rencia de la «Foreign law approach»)⁴⁸. Ahora bien, se hace extensivo el principio de territorialidad⁴⁹ –dominante en el ámbito jurídico angloamericano– a hechos extraterritoriales, puesto que –como en los delitos a distancia⁵⁰– se finge una relación interna con el lugar del resultado del delito en cuestión⁵¹. Tratándose, como aquí, de hechos (completamente) extraterritoriales, en los que ni el lugar de la acción ni el del resultado están en el ámbito de soberanía del Estado requirente, la extradición presupone en todo caso la existencia de alguna competencia de Gran Bretaña⁵². Ésta puede derivarse del principio de personalidad activa⁵³ o del principio de justicia universal⁵⁴. En el presente caso entran en consideración –sujetos al principio de justicia universal– como «extradition crimes» la tortura y la toma de rehenes⁵⁵. Esto resulta también del artículo 7 apartado 2 del CEDH⁵⁶. Por el contrario, la competencia no puede fundamentarse respecto de delitos contra nacionales españoles, porque el principio de personalidad pasiva no es reconocido por el Derecho británico⁵⁷.

44. B.G.B.I. 1964 II 1369, 1371; 1976 II 1778; 1982 I 2071; 1994 II 299 (en European Treaty Series 24). [El Instrumento de Ratificación español de 7 de mayo de 1982 fue publicado en el BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982 (n.b.)]

45. España: 5-VIII-1982; Francia: 11-V-1986; Gran Bretaña: 14-V-1991; Suiza: 20-III-1976; (cfr. SCHOMBURG/LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 31998, pp. 426 y ss.).

46. Sobre este principio de doble incriminación (*double criminality*), cfr. GILBERT, *Aspects of Extradition Law*, 1991, pp. 47 y ss.; VAN DE WYNGAERT, en: Jareborg (Hrsg.), *Double Criminality*, 1989, pp. 43 y ss.; LAGODNY, en: Schomburg/Lagodny (nota 45), § 3 I.R.G. marg. núms. 2 y ss.

47. "Extradition Act 1989", in: *The Law Reports. Statutes 1989 I 2*, chapter 33, p. 1.747.

48. Cfr. la decisión de principio *Somchai Liangsirprasert v US* (All England Law Reports 1990, vol. 2, 866 y ss., 877 y s.); a este respecto, JONES, *Jones on Extradition*, 1995, pp. 78 y s., 87 y s., 91. Cfr. sec. 2 (1)(a) Extradition Act 1989 (nota 47): "conduct in the territory of a foreign state... which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence...". Instructivo también sobre "jurisdiction and common law states", GILBERT, *Web Journal of Current Legal Issues 1995*, núm. 2 <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles2/gilb2.html>>. De modo similar, según el Derecho alemán, sólo importa la punibilidad material (cfr. LAGODNY, en: Schomburg/Lagodny, [nota 45] § 3 IRG marg. núms. 3 y ss.).

49. Cfr. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 21983, pp. 54 y ss., 161 y ss.; RINIO, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 108 (1996), 354 y ss. (367).

50. Cfr. KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, *Strafprozeßordnung*, 431997, § 153 c, marg. núm. 13.

51. *Somchai Liangsirprasert v US* (nota 48), 877 y s.: "... the inchoate crime is aimed at England with the consequent injury to English society...". Sobre la ampliación del lugar del hecho en general y en especial en la "conspiracy", ya OEHLER (nota 49), pp. 250 y ss., pp. 255 y ss. (257).

52. Cfr. MULLAN, *Criminal Law Review (C.L.R.)* 1997, 27, que propone sin embargo una regla de amplias miras, según lo cual bastaría que el principio relativo al Derecho Penal aplicable, en el que el Estado requirente basa su competencia, estuviera reconocido por Gran Bretaña (*ibidem*, 28).

53. Cfr. Sect. 2 (1)(b)(ii), en relación con (3)(a) "Extradition Act 1989" (nota 47), que reconoce el principio de personalidad activa. Cfr., por todos, MULLAN (nota 52), pp. 17 y ss., 22, 24.

54. Cfr. Sect. 2 (1)(b)(i), en relación con (2) "Extradition Act 1989" (nota 47): "...in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom...". Acerca del progresivo reconocimiento en Gran Bretaña del principio de personalidad, cfr. MULLAN (nota 52), 19 y s.

55. Cfr. ya *High Court*, nota 2, par. 7 ss. (34, 40); asimismo, de acuerdo, *House of Lords* (nota 1), V 2 (*Lloyd*), VIII 2 (*Nicholls*). Según esto, se toman en consideración como base legal británica la "Criminal Justice Act 1988" (sect. 134) y la "Taking of Hostages Act 1982", que han incorporado al Derecho británico las Convenciones de las Naciones Unidas contra la tortura y contra la toma de rehenes.

56. Según el cual, el Estado requerido podrá denegar la extradición respecto de un hecho extraterritorial, cuando su legislación no autorice la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio o exista un impedimento para la extradición referido al hecho concreto que motiva la solicitud.

57. Por lo tanto, como con razón ha observado Lord *Lloyd*, los dos autos de procesamiento españoles "penden de un hilo" y lo autorización de otros medios de prueba, en especial de lo solicitud de extradición español, era extraordinariamente importante (*House of Lords* [nota 1], V 1 s.).

En consecuencia, la *House of Lords*, en su segunda decisión de 24 de marzo de 1999, examinó si los cargos contenidos en la solicitud de extradición de España constituyen delitos perseguibles en Gran Bretaña. Puesto que el genocidio ya estaba excluido por la (primera) decisión del Ministro del Interior⁵⁸, quedaban como delitos susceptibles de motivar la extradición, con base en el principio de justicia universal, solamente la tortura y la toma de rehenes⁵⁹. El único cargo respecto de este último delito, sin embargo, no constituye delito según el Derecho británico⁶⁰. Así, quedaba solamente el delito de tortura, incorporado al Derecho británico a través de la sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988, que entró en vigor el 29 de septiembre de 1988. Solamente a partir de este momento, puede considerarse este delito como *extradition crime* en el sentido de la sección 2 (2) del *Extradition Act* 1989, es decir, un delito extra-territorial⁶¹. Por otra parte, —con base en la decisión del caso *Somchai Liangsirprasert*⁶²—, la conspiración para cometer un delito perseguible por los tribunales británicos, en este caso la tortura, también constituye un delito que puede dar lugar a la extradición y extra-territorial, según la sección 2 (2) de la *Extradition Act* 1989. Así concluye Lord Hope, representando a la mayoría de los lores:

«Accordingly the courts of this country could try Senator Pinochet for acts of torture in Chile and elsewhere after 29 September 1988, because they are extra-territorial offences under section 134 of the Act of 1988. They could also try him here for conspiring in Chile or elsewhere after that date to commit torture, wherever the torture was to be committed, because torture after that date is an extra-territorial offence and the courts in England have jurisdiction over such a conspiracy at common law.»⁶³

En consecuencia, los cargos se reducen drásticamente y quedan solamente tres: dos de conspi-

ración para tortura, que se refieren a acontecimientos posteriores al 29 de septiembre de 1988 (contenidos en los cargos 2 y 4), y un acto individual de tortura (cargo 30), posterior a esa fecha. Señala Lord Hope:

«What is the effect of the qualification which I have just mentioned, as to the date on which these allegations of torture and conspiracy to torture first became offences for which, at the request of Spain, Senator Pinochet could be extradited? In the circumstances of this case its effect is a profound one. It is to remove from the proceedings the entire course of such conduct in which Senator Pinochet is said to have engaged from the moment he embarked on the alleged conspiracy to torture in *January 1972 until 29 September 1988*. The only offences of torture and conspiracy to torture which are punishable in this country as extra-territorial offences against the law of the United Kingdom within the meaning of section 2(2) of the Act of 1989 are those offences of torture and conspiracy to torture which he is alleged to have committed *on or after 29 September 1988*. But almost all the offences of torture and murder, of which there are alleged to have been about four thousand victims, were committed during the period of repression which was at its most intense in 1973 and 1974. The extradition request alleges that during the period from 1977 to 1990 only about 130 such offences were committed. Of that number *only three* have been identified in the extradition request as having taken place after 29 September 1988.»⁶⁴

Es importante señalar, sin embargo, que, pese a la restricción de la imputación, los cargos de conspiración evidencian que no se trata de actos aislados o individuales de tortura —como podría parecer a primera vista por la limitación al acto individual de tortura en el caso del cargo 30—, sino que se imputa y pide la extradición por una política es-

58. Ver ya *supra* nota 18 y texto.

59. En cuanto a la conspiración para el asesinato y para la tentativa de asesinato, Lord Hope demuestra que estos hechos no son delitos respecto de los que quepa la extradición por falta de una competencia extra-territorial de los tribunales británicos con base en el *Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo* de 1977, incorporado al Derecho británico por la "Suppression of Terrorism Act 1978", ya que todos los hechos imputados ocurrieron antes de dicha incorporación —21-VIII-1978—. Por otro lado, los actos cometidos en Chile no son perseguibles en Gran Bretaña, ya que Chile no es parte del Convenio (nota 5, IV 6 y V 1 y s.). Los demás lores aceptaron este argumento (ver, por todos, *Browne-Wilkinson*, nota 5, I 6).

60. Cfr. *House of Lords*, nota 5, IV 5 y s. (Hope); de acuerdo —como los demás—, *Browne-Wilkinson*, I 6.

61. Ver *supra* nota 54.

62. Ver *supra* notas 48 y 51.

63. *House of Lords*, nota 5, V 2 y s. (subrayado del autor); de acuerdo, *Browne-Wilkinson*, I 6.

64. *Ibidem*, V 4 (Hope) (subrayado del autor); para la mayoría, ver I 6 (*Browne-Wilkinson*).

tatal y sistemática de tortura contra los enemigos del régimen⁶⁵. Esto condicionó la denegación de la inmunidad (ver más adelante, III) y la nueva decisión del Ministro del Interior.

Además, uno de los lores (*Millet*) abundó en su argumentación a favor del Derecho penal Internacional, señalando que el Derecho consuetudinario internacional es parte del *common law* inglés y, por ello, la tortura ya era perseguible y punible antes de la entrada en vigor del *Criminal Justice Act 1988*. Así concluye: «That the courts of this country already possessed extra-territorial jurisdiction in respect of torture and conspiracy to torture on the scale of the charges in the present case and did not require the authority of statute to exercise it».⁶⁶

2. DERECHO PROCESAL

Según el artículo 16 CEEEx, el Estado requirente puede, en caso de urgencia, solicitar la detención provisional al Estado requerido, que decidirá de acuerdo con su legislación⁶⁷. En la solicitud de detención provisional se hará constar la intención de cursar una solicitud de extradición. Además, debe indicarse el delito que motiva la solicitud de extradición, el tiempo y lugar de su comisión y, en la medida de lo posible, la filiación de la persona buscada (art. 16 ap. 2 CEEEx).

En ese momento procesal, dado el carácter provisional de la detención, el Gobierno en principio todavía no tiene que intervenir. Por lo tan-

to, para la detención provisional de Pinochet, el requerimiento español pudo plantearse directamente a la justicia británica –sin intervención del Ejecutivo–⁶⁸. En cambio, la extradición definitiva debe ser aprobada por el Ministro del Interior británico, que en virtud de su poder discrecional de autorización puede atender a consideraciones políticas (véase art. 22 CEDH en relación con el Derecho nacional, como el § 74 Ley alemana sobre cooperación jurídica internacional en materia penal (IRG) o la sección 9 (8)(i) y (ii) en relación con sect. 12 Extradition Act 1989)⁶⁹.

3. OBSTÁCULOS A LA EXTRADICIÓN

De acuerdo con el artículo 3 CEEEx, no procede la extradición en caso de *delitos políticos*. El primer Protocolo Adicional al CEEEx, de 15 de octubre de 1975 (PA I), determina a este respecto que el genocidio y las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra, así como otras violaciones del Derecho de Guerra equiparables, no pueden ser consideradas como delitos políticos. Sin embargo, esta disposición no es aplicable al presente caso, porque el PA I no ha sido ratificado por Gran Bretaña⁷⁰ y porque los crímenes contra la humanidad, en especial la «desaparición», no están comprendidos en ella. Pero esto no significa que tales hechos deban ser considerados como delitos políticos y, por lo tanto, como impedimento para la extradición. Más bien, atendiendo a la

65. Así, señala Lord Hope (V 4): "... the allegation is that he was a party to the use of torture as a systematic attack on all those who opposed or who might oppose his government. The significance of charges 2 and 4 may be said to lie in the fact that they show that a policy of systematic torture was being pursued when those acts were perpetrated."

66. *House of Lords*, nota 5, IX 1.

67. Para el Derecho británico, cfr. sect. 7 y ss. "Extradition Act 1989" (nota 47), así como la *European Convention on Extradition Order 1990* (Statutory Instrument 1990/1507), que incorpora el CEEEx (Halsbury's Statutory Instruments 8, 1996, p. 7). Según el art. 16 (4) CEEEx, la detención provisional podrá concluir a los 18 días, si la solicitud de extradición no es presentada, y en ningún caso podrá superar los 40 días. Cfr., igualmente, *High Court* (nota 2), par. 19 y ss.

68. Sin embargo, el juez competente, una vez que acuerde la detención provisional, debe informar al Ministro del Interior, que no obstante podrá revocar la orden de detención o impedir la continuación del procedimiento (sect. 8 (4) "Extradition Act 1989", [nota 47]). En el presente caso, el Ministro del Interior no hizo uso de estas atribuciones, pese a estar habilitado para ello, para lo que tenía, según la *High Court*, una facultad de carácter discrecional, que no obliga a ocuparse del control de legalidad [*High Court*, nota 2, par. 35; en igual sentido la *House of Lords*, nota 1, V 3 (*Lloyd*)].

69. Cfr. *High Court* (nota 2), par. 25 ss.; *House of Lords* (nota 1), IV 3 (*Slynn*), VII 6, VIII 1 (*Lloyd*), IX 2 (*Nicholls*), considerando por ello irrelevantes en el procedimiento judicial cualesquiera consideraciones políticas. Acerca del Derecho alemán, cfr. LAGODNY (nota 45), § 12 IRG, marg. núms. 11 y ss.

70. Cfr. SCHOMBURG/LAGODNY (nota 45) pp. 466 y s. Vid. también el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, *Ibidem*, p. 499 [el Instrumento de Ratificación español de 20 de mayo de 1980 se publicó en el B.O.E. 8 de octubre de 1980, y la corrección de errores el de 31 de agosto de 1982 (n.b.)].

finalidad del PA I y a la tendencia general a la criminalización de los delitos contra la humanidad, debe prevalecer la opinión de que tales hechos punibles no pueden ser considerados como delitos políticos.

La Amnistía chilena promulgada en 1978⁷¹ no impide una persecución penal basada en el principio de personalidad pasiva, pues ésta depende exclusivamente de la punibilidad material en el lugar del hecho, no de obstáculos procesales⁷². Ello se debe a que el principio de personalidad pasiva atribuye al país de origen una potestad punitiva propia, que se deriva del hecho cometido y que no puede ser anulada por preceptos (procesales) opuestos. Sucedería lo mismo si la persecución se basara en el principio de justicia universal, puesto que una autoamnistía general, como la chilena, va directamente en contra de la persecución (universal) de los crímenes internacionales más graves. Y, en consecuencia, es contraria al Derecho Internacional⁷³. Esto mismo ha decidido la Audiencia Nacional⁷⁴ y, por otra parte, la Corte Suprema de Justicia chilena ha declarado inaplicable la amnistía en tanto el delincuente o la víctima no hayan sido todavía determinados⁷⁵.

Podría discutirse, en este contexto, hasta qué punto cabe ignorar la amnistía en caso de otros principios del Derecho penal aplicable. En lo que toca al principio de la justicia supletoria, esto ha sido cuestionado fundadamente por Eser, ya que entonces la persecución penal se lleva a cabo en lugar de otro Estado, es decir, no se trata de la imposición de la propia competencia penal, y, por lo

tanto, debe atenderse a la voluntad de persecución penal de ese otro Estado⁷⁶.

III. Inmunidad de un ex-jefe de Estado

1. NOTA PRELIMINAR: INMUNIDAD ESTATAL E INMUNIDAD DIPLOMÁTICA

En principio, un jefe de Estado únicamente goza de inmunidad estatal, es decir, de inmunidad personal derivada del Estado –*ratione personae* (como se verá a continuación)–. Ésta debe distinguirse de la inmunidad diplomática, que se otorga sólo a los «agentes diplomáticos» acreditados (véanse arts. 29 y 31, en relación con el 1 e, todos de la CVRD)⁷⁷. Las misiones especiales requieren un acuerdo particular entre el Estado receptor y el Estado acreditante⁷⁸. En el caso Pinochet, ante todo se descarta la inmunidad diplomática por razones fácticas, pues un pasaporte diplomático no puede fundamentar por sí solo el estatus diplomático⁷⁹. En cambio, tiene significación general para el régimen jurídico de la inmunidad el principio de Derecho diplomático, conforme al cual, respecto de hechos realizados vigente el estatus, la inmunidad sigue desplegando sus efectos, incluso después de que aquél se hubiera extinguido –*ratione materiae* (art. 39.2 CVRD)⁸⁰. Esto pone de manifiesto, con relación a un jefe de Estado –que es de lo que se trata–, que la inmunidad estatal y la diplomática se relacionan, pues ambas se refieren en igual medida a

71. Decreto Ley 2.191. Cfr. AMBOS (nota 17), pp. 101 y s.

72. Cfr. –para Alemania– RGSt 40, 402 ss.; BGH NJW 1954, 1086; 1992, 2775; BGHSt 2, 161; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, (nota 17), § 7 marg. núm. 11; ESER, JZ 1993, 875 (con más referencias en la p. 878); TRÖNDLE, en: Leipziger Kommentar, ¹⁰¹1989, § 7 marg. núm. 6. Cfr. también, AMBOS, (nota 17), 474 y ss.

73. Cfr. AMBOS (nota 17), pp. 209 y ss., con más referencias. Sobre la amnistía chilena, *Ibidem*, pp. 238 y s., 239 y ss. Impreciso, House of Lords (nota 1), VII 1, 6 (Lloyd).

74. Audiencia Nacional (nota 9), 4-XI-1998, pp. 14 y s.; 5-IX-1998, pp. 14 y s., con más referencias sobre el principio de protección.

75. Sentencia de 9I-X-1998 en el caso Poblete Córdova. Sobre esta nueva jurisprudencia, ver AMBOS, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Buenos Aires 1999, cap. III., C. II. 1.1.

76. Cfr. ESER, JZ 1993, 876 y ss.; críticamente, desde el punto de vista del Derecho internacional, ver también PAPPAS, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1996, pp. 69 y ss., 177 y ss. (192 y ss.).

77. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18-IV-1961, B.G.B.I. 1964 II 959 [para el Instrumento de adhesión español, BOE 24 de enero de 1968 (n.b.)]. Cfr. también §§ 18-20 G.V.G.

78. Cfr. VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, ³1984, §§ 915 y ss.; BOTHE, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht (ZaöRV)*, 31 (1971), 264 y ss.; cfr. también FASTENRATH, *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* de 20.10.1998, 9.

79. De acuerdo a este respecto, House of Lords (nota 1), V 3 (Lloyd).

80. Cfr. OEHLER (nota 49), p. 362. En principio, la persecución penal es admisible una vez se haya extinguido el estatus, cfr. PFEIFFER, en: *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung (KK.StPO)*, ³1993, § 18 GVG marg. núm. 6; GORNIG, *Neue Justiz (NJ)* 1992, 4 y ss. (13).

las funciones soberanas que competen al jefe del Estado⁸¹.

Por lo que se refiere a la inmunidad *estatal*, rige el principio de Derecho Internacional consuetudinario de que un Estado no está sujeto a la jurisdicción de otro⁸². Esta inmunidad se extiende también a los órganos del Estado⁸³, en especial al jefe del Estado, respecto de acciones llevadas a cabo durante su mandato –*incluso una vez concluido éste* (análogamente, el art. 39 2 CVRD)⁸⁴–. El principio está ampliamente codificado en el ámbito jurídico angloamericano⁸⁵, mientras que en la Europa continental ha sido acogido esencialmente por la jurisprudencia⁸⁶.

En Derecho alemán el principio está reconocido mediante la remisión a las reglas del Derecho Internacional (§ 20 II de la *Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*)⁸⁷. Esto significa además que también deben atenderse las limitaciones a la inmunidad resultantes de las reglas generales –es decir, del Derecho Internacional consuetudinario y los principios jurídicos generales (art. 25 *Grundgesetz-GG*)⁸⁸–. La juris-

prudencia de mayor rango había reconocido, antes de la reunificación, la inmunidad del antiguo jefe del Estado de la República Democrática de Alemania *Erich Honecker*⁸⁹, mientras que después ha rechazado en términos generales la inmunidad de los órganos del Estado de la antigua RDA, porque tal exención jurisdiccional no podía sobrevivir a la existencia del Estado⁹⁰. Las resoluciones más recientes para determinar, de conformidad con el § 13 a *Strafprozeßordnung* (StPO), el Tribunal competente en los procesos contra la cúpula militar y contra *Pinochet*⁹¹, muestran que ahora el BGH se inclina –también en casos de continuidad del Estado– por una consideración restrictiva de la inmunidad (a este respecto más detenidamente *infra*).

En el Derecho británico, la inmunidad del jefe del Estado se infiere fundamentalmente de la sección 1, 14 de la *State Immunity Act 1978* (SIA)⁹², cuya Parte I, sin embargo, no es aplicable al proceso penal (sec. 16 [4])⁹³. En cambio, la inmunidad respecto a la jurisdicción penal sólo resulta⁹⁴ de la sección 20 de la SIA en relación con los artículos 29,

81. La conexión está particularmente clara cuando un jefe de Estado viaja al extranjero (cfr. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, pp. 29 y ss., 30).

82. VERDROSS/SIMMA (nota 78), §§ 1168 y ss.; BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 5^a 1998, pp. 325 y ss.; MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^a 1997, pp. 118 y ss.; fundamental, BOTHE (nota 78), pp. 247 y ss.; BRÖHMER (nota 81), pp. 9 y ss. Cfr. art. 6 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (International Legal Materials [ILM] 30, 1991, 1554; en lo sucesivo, Proyecto I.L.C.), así como el art. 3 Proyecto de la Organización de Estados Americanos (ILM 22, 1983, 292; Proyecto-OEA); a este respecto también BRÖHMER (nota 81), pp. 125 y ss.; 136 y ss.

83. Cfr. OEHLER (nota 49), p. 361; SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 81 1994, pp. 316 y ss. (323). Inmunidad personal ilimitada (*ratione personae*) poseen –además del jefe del Estado– sólo los diplomáticos. En caso de cónsules y miembros del Gobierno existen amplias excepciones (cfr. DAHM, *Festschrift Nikisch*, 1958, pp. 153 y ss. (168, 170); BOTHE, [nota 78], 264). La inmunidad material (*ratione materiae*) alcanza en cambio a todos los órganos del Estado, puesto que se refiere a la actividad soberana del Estado (cfr. DAHM, *op. cit.*, pp. 167 y ss.).

84. Cfr. BOTHE (nota 78), p. 263, así como la nota 77, *infra* y el texto.

85. Cfr. –por lo que hace al caso– la “State Immunity Act 1978” (SIA), en: *The Law Reports. Statutes 1978 I*, chapter 33, p. 715, también en ILM 17 (1978), 1123 y ss. Cfr. también la *US-Foreign Sovereign Immunities Act 1976* (FSIA), en: 28 U.S.C.A. §§ 1602 y ss. 1994, entregas adicionales de 1998. Al respecto, también, BRÖHMER (nota 81), pp. 51 y ss., 84 y ss.; PEPPER (nota 17), pp. 322 y ss.; 332 y ss.; en favor de una modificación del FSIA para permitir reclamaciones por violaciones de *ius cogens*: LEVY, *The Georgetown Law Journal* 86 (1998), pp. 2.703 y ss. (2.729 y ss.).

86. Cfr. un resumen en BRÖHMER (nota 81), pp. 51 y ss. Cfr. también la *European Convention on State Immunity* (ECSI) de 16-V-1972, art. 15 (BGBl 1990 II 34 también en I.L.M. 11, 1972, 470 y ss.).

87. PFEIFFER (nota 80), § 20 GVG marg. núm. 2.

88. JARASS/PIEROTH, *Grund Gesetz (GG)*, 41 1997, art. 25 marg. núm. 6.

89. BGHSt 33, 97 también en JZ 1985, 299 (a este respecto, BLUMENWITZ, JZ 1985, 614): rehusó determinar la competencia jurisdiccional de conformidad con el § 13 a StPO a causa de la inmunidad de Derecho internacional.

90. BVerfG DtZ 1992, 216. A este respecto es útil recordar que el § 20 I G.V.G. (BGBl. 1984 I 990) fue introducido pensando fundamentalmente en los representantes de la antigua R.D.A. (PFEIFFER [nota 80], § 20 GVG, marg. núm. 1).

91. BGH, resolución de 17-VI-1998 –2 art. 80/98; resolución de 18-XI-1998– 2 arts. 471/98 y 474/98.

92. Cfr. *supra* nota 85. La FSIA (nota 85) regula sólo la inmunidad del Estado (§ 1604), en tanto que la inmunidad de los órganos del Estado, a lo sumo, puede tener cabida en el § 1603 (b) (“instrumentality of a foreign state”). Sin embargo, además existe la “common law head-of-state immunity”, vigente ya antes de 1976 [*Lafontaine v. Aristide*, 844 p. Supp. 128 (136 y ss.), 1994 U.S. Dist. Lexis 641 (1994)]; a este respecto, críticamente DELLAPENNA, *American Journal of International Law-AJIL* 1994, 528 y ss.; cfr. también 28 U.S.C.A. § 1603, núm. 7 y ss.).

93. De acuerdo a este respecto –en cambio, en contra, la defensa–, *House of Lords* (nota 1), I 6 p. (*Slynn*), VII 2 p. (*Lloyd*), VIII 3 (*Nicholls*), IX 4 (*Steyn*).

94. Cfr., de acuerdo, *House of Lords* (nota 1), II 1 y ss., III 1 p. (*Slynn*); VII 3 y ss. (*Lloyd*); VIII 4 p. (*Nicholls*); IX 4 p. (*Steyn*). En los resultados, igualmente, *High Court* (nota 2), par. 45 y ss. (56), que sin embargo ha pasado por alto la sec. 16 (4) S.I.A. (nota 85).

31 y 39 CVRD⁹⁵ La eficacia ulterior se desprende del ya citado artículo 39.2 CVRD, que consecuentemente debe ser objeto de una lectura analógica: «With respect to official acts performed by a head of state in the exercise of his function as head of state, immunity shall continue to subsist»⁹⁶. De esta forma, en principio, un ex jefe de Estado disfruta igualmente de inmunidad. La *House of Lords* ha considerado a Pinochet como jefe del Estado en el momento de los hechos, y con ello también ha incluido en el ámbito de protección de la inmunidad su dominio, inicialmente *de facto*, como presidente de la Junta Militar concediéndole la inmunidad *ratione materiae* como ex jefe de Estado⁹⁷.

2. ¿PROCEDE TAMBIÉN LA INMUNIDAD ESTATAL EN CASO DE CRÍMENES INTERNACIONALES?

a) Las decisiones de la High Court y de la House of Lords

El asunto central es si, ante la jurisdicción penal nacional (no chilena), la inmunidad estatal de un (ex) jefe de Estado, tratándose de *crímenes internacionales*, tiene excepciones, y, en caso afirmativo, cómo pueden fundamentarse éstas. No se discute que tales excepciones existen en el ámbito *internacional*⁹⁸ y, por lo tanto, no podría impedirse la persecución penal internacional⁹⁹. Tan sólo se

cuestiona si esto, como expresión de la creciente protección de los derechos humanos por parte del Derecho Internacional penal, puede tener repercusiones en el régimen jurídico nacional de la inmunidad. La *High Court* ha venido en resumen a negarlo, la *House of Lords* lo afirma en sus dos decisiones, aunque limitando temporalmente la excepción en la última.

En el proceso ante la *High Court*, Lord Chief Justice Bingham, pese a reconocerle «some attraction», rechazó la argumentación de que los crímenes internacionales en cuestión¹⁰⁰ quedan al margen de las funciones de un jefe de Estado, y por lo tanto no estarían amparados por la inmunidad. En síntesis se apoyó en dos razones. Por una parte, no «cualquier desviación de la correcta praxis democrática» (!) implicaría la exclusión de la inmunidad; por otra, sólo con dificultad podría delimitarse qué hechos estarían amparados por la inmunidad y cuáles no¹⁰¹. En todo caso, Lord Bingham tampoco se ha interesado especialmente por tal determinación.

Esto quedó reservado al proceso ante la *House of Lords*, donde esta cuestión jugó un papel decisivo. En la primera decisión, la mayoría de los lores (*Nicholls*, *Steyn*, *Hoffmann*) sostuvo que determinados hechos, en especial torturas y toma de rehenes (terrorista), no constituyen funciones de un jefe de Estado reconocidas por el Derecho Internacional¹⁰² y, por lo tanto, tampoco podrían

95. La CVRD fue incorporada al Derecho británico por la "Diplomatic Privileges Act 1964" (D.P.A., en: *The Law Reports Statutes*, 1964 II, chapter 81, p. 1261).

96. Así [con el subrayado del autor], la formulación del representante de la acusación Alun Jones aceptada por la *House of Lords* y las partes (*House of Lords* [nota 1], VII 5 [Lloyd]; en las conclusiones, lo mismo III 1 p. [Slynn], VIII 4 p. [Nicholls], IX 4 p. [Steyn]). La S.I.A. (nota 85) coincide en los resultados con el *common law*, que incorpora el Derecho consuetudinario internacional al Derecho interno, cfr. *House of Lords* (nota 1), V 4 y ss., VI 1 y ss., VII 4 p. [Lloyd]; en los resultados, lo mismo IX 1 [Nicholls].

97. *House of Lords* (nota 1), I 5 p. (Slynn, con referencia a la demanda de extradición española), IV 5 [Lloyd], VIII 2 p. (Nicholls); IX 3 (Steyn). Ver también *House of Lords*, nota 5, I 2 s (Browne-Wilkinson); V 5 S (Hope); (Saville); X 3 s (Phillips). Con ello se cuestiona también el momento de su reconocimiento formal como jefe del Estado, cfr. *High Court* (nota 2), par. 4 (26-VI-1974), de una parte, y Baltasar Garzón (nota 8), p. 6 (17-XII-1974), de otra.

98. Cfr. art. 7 del Estatuto del Tribunal internacional militar (TIM) de Nuremberg [UNTS 82 (1951), 280]; art. 6 del Estatuto del TIM de Tokyo (en: BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, 1992, p. 606); art. 7 (2) del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoeslavia (UN-Doc. S/RES/827 (1993), en HRU 1993, 197 y ss.); art. 6 (2) Estatuto del Tribunal para Ruanda (UN-Doc. S/RES/955); así como, recientemente, el art. 27 del Statute of the International Criminal Court, es decir, el llamado Estatuto de Roma (UN-Doc. A/Conf. 183/9, en: ILM 1998, 999 y ss.). Sobre el Estatuto de Roma, cfr. AMBOS, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, 3743 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 1999, 175 y ss.

99. Incluso los lores favorables a la inmunidad (de conformidad con el Derecho interno) tienen esta opinión, cfr. la nota introductoria de Slynn (*House of Lords* [nota 1], I 1; también III 3): "If the question ... were whether these allegations should be investigated by a Criminal Court in Chile or by an international tribunal, the answer, subject to the terms of any amnesty, would surely be yes" (ver asimismo p. 1.473 y Lloyd, 1.491).

100. Cfr. *High Court* (nota 2), par. 57, donde hace alusión al asesinato sistemático y torturas de la oposición política o *ibidem*, par. 64 y ss., respecto al genocidio, a las torturas y la toma de rehenes en el sentido de la correspondiente Convención.

101. *High Court* (nota 2), par. 63: "But a former head of state is clearly entitled to immunity in relation to criminal acts performed in the course of exercising public functions. One cannot therefore hold that any deviation from good democratic practice is outside the pale of immunity. If the former sovereign is immune from process in respect of some crimes, where does one draw the line?" (subrayados del autor).

102. *House of Lords* (nota 1), VIII 6 (Nicholls): "... international law has made plain that certain types of conduct ... are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state... as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law".

ser atribuidas al Estado para excluir la responsabilidad penal personal del primer mandatario¹⁰³. Así pues –contrariamente a lo que plantea la *High Court*–, debería y podría trazarse un límite, de forma que determinados hechos no constituyen «official acts performed undertaken in the exercise of the functions of a Head of State»¹⁰⁴. Sin embargo, el baremo no podría ser el Derecho nacional –posiblemente arbitrario–, sino sólo el Derecho internacional. Según esto, ya desde el momento del Golpe en Chile (1973), el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes contra la humanidad, serían considerados punibles y, en consecuencia, no podrían incluirse entre las funciones de un jefe de Estado¹⁰⁵. Por su parte, la defensa distinguió entre autores mediatos e inmediatos: si *Pinochet* hubiera cometido los hechos por sí mismo, entonces en principio no existiría inmunidad. Esta diferenciación es, sin embargo, insostenible¹⁰⁶. En fin, la opinión minoritaria (*Slynn, Lloyd*) argumentó que ciertamente el Derecho Internacional no incluye entre las «specific functions» de un jefe de Estado los crímenes internacionales, pero éstos deben ser considerados como acciones en el ejercicio del cargo, puesto que habrían sido cometidos por lo menos en relación con el ejercicio del cargo y serían «governmental in nature» (*Lloyd*)¹⁰⁷. Desde luego, la inmunidad estatal estaría cada vez más limitada por el Derecho internacional, pero estas limitaciones no podrían sin más ser incorporadas al Derecho nacional¹⁰⁸. En defecto de un convenio jurídico internacional general, habría

que examinar para cada delito si tal posibilidad se contempla en un convenio específico de Derecho internacional penal, que obligue a los Estados afectados, y limite la inmunidad. Los convenios que aquí interesan sobre la tortura, genocidio y toma de rehenes no contemplan –tal y como han sido incorporados al Derecho británico– ninguna excepción a la inmunidad de un jefe de Estado¹⁰⁹.

En su última decisión, la *House of Lords* siguió la tesis minoritaria de la primera, al estimar necesario un convenio internacional, concretamente la Convención de la O.N.U. contra la Tortura, para fundamentar excepciones al principio de inmunidad estatal¹¹⁰. De este modo, la inmunidad de *Pinochet* solamente dejaría de existir con la ratificación de la Convención por los Estados afectados (Reino Unido, España y Chile), concretamente con la última ratificación, por parte del Reino Unido el 8 de diciembre de 1988¹¹¹. En cuanto al efecto de la Convención sobre la inmunidad *ratione materiae*, la abrumadora mayoría de los lores (seis votos a uno) considera que la inmunidad estatal es incompatible con la *raison d'être* de la Convención. Puesto que este instrumento internacional establece un sistema de jurisdicción universal para casos de tortura por parte de funcionarios públicos (del jefe del Estado al simple subordinado), el reconocimiento de inmunidad estatal respecto de estos hechos supondría una incoherencia valorativa: «How can it be for international law purposes an official function to do something which international

103. *House of Lords* (nota 1), IX 2 (*Nicholls*): "Acts of torture and hostage-taking, outlawed as they are by international law, cannot be attributed to the state to the exclusion of personal liability".

104. *House of Lords* (nota 1), IX 5 s. (*Steyn*).

105. *House of Lords* (nota 1), IX 6 (*Steyn*).

106. *Ibidem*: "It is apparently conceded that if he personally tortured victims the position would be different. This distinction flies in the face of an elementary principle of law ... that there is no distinction to be drawn between the man who strikes, and a man who orders another to strike."

107. *House of Lords* (nota 1), II 3 s (*Slynn*): "under colour of or in ostensible exercise of the Head of State's public authority"; VI 3 s (*Lloyd*): "Under colour of sovereign authority". *Lloyd* va más allá (4): "It is a regrettable fact that almost all leaders of revolutionary (sic!) movements are guilty of killing their political opponents... Yet it is not suggested (I think) that the crime of murder puts the successful revolutionary beyond the pale of immunity..."

108. *House of Lords* (nota 1), 1473 (*Slynn*, refiriéndose a Sir Arthur Watts): "That international law crimes should be tried before international tribunals or in the perpetrator's own state is one thing; that they should be pleaded without regard to a long-established customary international law rule in the Court of other states is another."

109. Cfr. *House of Lords* (nota 1), III 4 y s., IV 1 y ss. (*Slynn*), donde no incluye al jefe del Estado en el concepto de "public official" en el sentido de la sect. 134 "Criminal Justice Act 1988" (nota 55) y, con relación a la Convención relativa al genocidio, indica que su artículo 4 no ha sido incorporado al Derecho británico (igual, *Lloyd*, op. cit., VI 4 y s.). Ésta es una –poco convincente– interpretación estrictamente dualista y hostil al Derecho internacional que se aparta radicalmente de otras declaraciones del propio *Slynn*.

110. En efecto, Lord *Browne-Wilkinson* "duda" que un crimen internacional de tortura cometido antes de la entrada en vigor de la Convención sea base suficiente para justificar, en atención a su naturaleza de *ius cogens*, excepciones a la inmunidad (*House of Lords*, supra nota 5, I 4).

111. *House of Lords*, supra nota 5, I 4 (*Browne-Wilkinson*); VIII 2 (*Saville*). Incluso cabría haber tomado como fecha de caducidad de la inmunidad el 30 de octubre de 1988, día de la ratificación de Chile; España la ratificó ya el 21 de octubre de 1987, cfr. *ibidem*, VI 3 (*Hope*).

law itself prohibits and criminalises?»¹¹². Por otra parte, si al ex jefe del Estado se le concediera inmunidad, el responsable máximo escaparía de persecución penal, mientras que los subordinados serían penalmente responsables¹¹³. Por ello, la organización de un sistema de tortura no puede ser entendida como *función* oficial pues viola el Derecho Internacional¹¹⁴. Lord Goff considera en solitario que la Convención contra la Tortura no excluye la inmunidad estatal, porque la derogación del principio requiere una norma explícita (un *waiver*) que no existe¹¹⁵. Este argumento, sin embargo, justamente ignora la *raison d'être* de la Convención y supone que había algo que derogar. Lo que sucede no es esto, sino más bien que las obligaciones derivadas de la Convención son tan fuertes que suprimen la inmunidad *ratione materiae*¹¹⁶. El principio *aut dedere aut judicare*, establecido en el artículo 7 de la Convención, implica además que el Estado que quiere juzgar a un presunto responsable de un delito de tortu-

ra tiene que solicitar su extradición al Estado que lo tiene detenido. Chile no lo hizo, así que el Reino Unido tiene que juzgar a Pinochet o extraditarlo¹¹⁷.

b) Sobre la limitación de la inmunidad en base a consideraciones jurídico-comerciales

La opinión minoritaria de la primera decisión de los lores sostiene con razón que las excepciones a la inmunidad estatal reconocidas y codificadas no alcanzan –al menos explícitamente– al caso de la persecución penal de crímenes internacionales graves¹¹⁸. Los esfuerzos para limitar la inmunidad estatal, particularmente intensos desde la famosa «Tate Letter» del año 1952¹¹⁹, tenían esencialmente como finalidad someter mediante determinadas excepciones-tipo las crecientes relaciones comerciales («commercial transactions») que traspasan las fronteras –más allá de la

112. *House of Lords*, supra nota 5, I 4 (*Browne-Wilkinson*); ver también VI 1 y ss., 2 (*Hope*): "...it was no longer open to any state which was a signatory to the Convention to invoke the immunity *ratione materiae* in the event of allegations of systematic or widespread torture committed after that date being made in the courts of that state against its officials or any other person acting in an official capacity."; VII 4 (*Hutton*): "The Torture Convention makes it clear that no state is to tolerate torture by its public officials or by persons acting in an official capacity..."; IX 2 (*Millet*): "International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a jus cogens and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose."; X 3 (*Phillips*): "If Senator Pinochet behaved as Spain alleged, then the entirety of his conduct was a violation of the norms of international law. He can have no immunity against prosecution for any crime that formed part of that campaign."

113. *House of Lords*, supra nota 5, I 4 (*Browne-Wilkinson*): "Yet, if the former head of state has immunity, the man most responsible will escape liability while his inferiors (the chiefs of police, junior army officers) who carried out his orders will be liable. I find it impossible to accept that this was the intention".

114. *House of Lords*, supra nota 5, I 4 (*Browne-Wilkinson*): "... if, as alleged, Senator Pinochet organised and authorised torture after 8 December 1988, he was not acting in any capacity which gives rise to immunity *ratione materiae* because such actions were contrary to international law...". Esto, sin embargo, no quiere decir que los actos de Pinochet fueron actos privados, lo que no depende de su legalidad o ilegalidad (*ibidem*, VI 4, *Hutton*; X 1, *Phillips*), sino, sencillamente, que no correspondían a las funciones oficiales de un jefe de Estado: "...alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as *functions* of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture ..." (*ibidem*, VII 4, *Hutton*; subrayado del autor).

115. Cfr. *House of Lords*, supra nota 5, III 2 y ss. (IV 1): "...the fact that 116 states have become party to the Torture Convention reinforces the strong impression that none of them appreciated that, by signing the Convention, each of them would silently agree to the exclusion of state immunity *ratione materiae*."

116. *House of Lords*, supra nota 5, VI 2 y s. (*Hope*): "It is just that the obligations which were recognised by customary international law in the case of such serious international crimes by the date when Chile ratified the Convention are so strong as to override any objection by it on the ground of immunity *ratione materiae* to the exercise of the jurisdiction..." Ver también *ibidem* VIII 2 (*Saville*): "I do not reach this conclusion by implying terms into the Torture Convention, but simply by applying its express terms. A former head of state who it is alleged resorted to torture for state purposes falls in my view fairly and squarely within those terms and on the face of it should be dealt with in accordance with them." (subrayado del autor); *ibidem* IX 2 (*Millet*): "In my opinion there was no immunity to be waived. [...] The international community had created an offence for which immunity *ratione materiae* could not possibly be available."

117. Cfr. *House of Lords*, supra nota 5, IX 2 (*Millet*): "Chile insists on the exclusive right to prosecute him. The Torture Convention, however, gives it only the primary right. If it does not seek his extradition (and it does not) then the United Kingdom is obliged to extradite him to another requesting state or prosecute him itself."

118. Cfr. *High Court* (nota 2), par. 72, que, invocando el caso *Al-Adsani v. Government of Kuwait* (1996), argumenta que la SIA (nota 85) no prevé excepción alguna para crímenes internacionales, cosa que habría sido conscientemente omitida por el legislador.

119. Jack B. Tate fue asesor jurídico del Ministro de Exterior norteamericano (cfr. DAHM [nota 83], pp. 157 y s.; BRÖHMER [nota 81], p. 18, nota 76; RESS, *The changing relationship between state immunity and human rights*, en: De Salvia/Villiger (eds.), *The Birth of European Human Rights Law*, 1998, pp. 175 y ss., 179 y s.).

tradicional diferenciación entre *iure gestionis/iure imperii*¹²⁰-, a un control jurisdiccional civil¹²¹. Tampoco la excepción en caso de hechos delictivos con consecuencias mortales o para la integridad física («torts exception») podría aplicarse a los crímenes internacionales, porque normalmente se presupone que el delito en cuestión se habría cometido en el Estado del foro (el requisito denominado «territorial nexus»)¹²². Incluso si se admitiera la no-inmunidad también respecto de los delitos a distancia –en caso de producción del resultado en el Estado al que corresponde la competencia del lugar–, esto serviría de poco, porque las violaciones de los derechos humanos realizadas dentro de los límites de un Estado no tienen precisamente un efecto a distancia. Ciertamente, el § 1605(a)(7) FSIA¹²³, introducido en 1996, como consecuencia de la *Torture Victim Protection Act 1991*¹²⁴, excluye la inmunidad en caso de tortura, ejecución ilegal y otros hechos llevados a cabo fuera de Estados Unidos, pero sólo hace posible las reclamaciones por daños y perjuicios contra el Estado responsable, no la persecución penal individual¹²⁵.

c) Limitaciones basadas en los derechos humanos

Con todo, la mayoría de los lores en ambas decisiones coincide en los resultados. El otorgamiento de inmunidad absoluta en base al concepto tradicional de soberanía estatal (*par in parem non habet imperium*) aparta la vista de la creciente protección penal internacional de los derechos

humanos¹²⁶, como el propio Lord *Slynn* ha reconocido¹²⁷. Inmunidad absoluta significa la renuncia al intento de conciliación de intereses: por una parte, el legítimo derecho del Estado al ejercicio, en lo posible sin injerencias, de su actividad soberana (soberanía *funcional*) y, por otra, el derecho igualmente legítimo y garantizado jurídicamente del ciudadano a la protección efectiva de sus derechos humanos. La inmunidad absoluta sacrifica los derechos humanos en el altar del tradicional principio *groziano* de la soberanía del Estado.

Ya en los años cincuenta se alzó la voz para limitar la inmunidad estatal. El ius-internacionalista británico LAUTERPACHT criticó que a propósito de la inmunidad del Estado estuviera en juego no tanto la independencia e igualdad de los Estados, como más bien el arcaico principio de la «dignity of the sovereign state» y el tradicional derecho a «to be above the law». Sin embargo, el principio de la inmunidad absoluta del Estado habría sido en gran medida abandonado por la práctica judicial y carecería de fundamento en el Derecho Internacional. El «rule of law» exige más bien la restricción de la inmunidad a casos excepcionales regulados con precisión¹²⁸. DAHM identifica un «proceso de reducción» de la inmunidad extranjera frente a la jurisdicción penal interna¹²⁹. BOTHE ha puesto de manifiesto que, con motivo de los procesos por crímenes de guerra tras la segunda contienda mundial, se cuestionaron, pero también se admitieron, las excepciones al principio de la inmunidad estatal respecto a los delitos de Núremberg (crímenes de guerra y crímenes contra la

120. Sobre su difícil delimitación, cfr. LAUTERPACHT, *British Yearbook of International Law* 28 (1951), 220 y ss. (222 y ss.); DAHM (nota 83) pp. 163 y ss.; VERDROSS/SIMMA (nota 78), §§ 1.169 y ss.; BROWNLEE (nota 82), pp. 330 y s., 335 y ss. Debido a la falta de claridad, los recientes esfuerzos de codificación (nota 82) no siguen aferrados a esta distinción (cfr. GEIGER NJW 1987, 1125).

121. Cfr. sect. 3-11 SIA (nota 85) y §§ 1605-1607 FSIA (nota 85). Cfr. –en el ámbito internacional– art. 10-17 Proyecto ILC (nota 82) y art. 1-14 ECSI (nota 86). Cfr. también BRÖHMER (nota 81), pp. 17 y ss., 138 y ss.; GEIGER, nota 120, 1.124 y s.

122. Cfr. sec. 5 SIA (nota 85) y § 1605(a)(5) FSIA (nota 85). Cfr. también artículo 11 ECSI (nota 85) y artículo 12 Proyecto I.L.C. (nota 82), que exigen –junto con la producción del resultado en el Estado del foro– la presencia del delincuente en el momento del hecho en el Estado del foro. Aún más restrictivo es el artículo 6 (e) del Proyecto OEA (nota 82), que expresamente se refiere sólo a los delitos en el ámbito del tráfico comercial. Críticamente sobre el conjunto, BRÖHMER (nota 81), pp. 60 y ss.; 88 y ss.; 121; 137 y s.; 127 s.; véase también RESS, *supra* nota 119, pp. 182 y ss.

123. Cfr. *supra* nota 85.

124. 28 U.S.C.A. § 1350.

125. Sobre esta consecuencia sancionadora "civil-penal" por graves violaciones de los derechos humanos en el Derecho norteamericano, cfr. más detalladamente WALTHER, en: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, 1995, pp. 229 y ss. (231 y ss.).

126. Cfr. *supra* nota 98.

127. Cfr. *supra* nota 108 y el texto.

128. LAUTERPACHT (nota 120), pp. 220 y ss. (230, 236 y s.).

129. DAHM (nota 83), pp. 113, 170, 182.

humanidad y la paz)¹³⁰. Asimismo, ha llamado la atención sobre la creciente importancia de los derechos humanos, derivando de ello «una precisa limitación» de la inmunidad del Estado¹³¹. BRÖHMER ha pulido este criterio y llega a la convincente conclusión de que la necesaria ponderación de intereses entre protección individual y soberanía colectiva debe conducir a la limitación de la inmunidad estatal¹³². Así, pues, la «soberanía funcional» del Estado en cuestión no se verá puesta en peligro cuando se trate de la persecución de violaciones «individualizadas» de los derechos humanos, en todo caso no más que en las excepciones-tipo ya reconocidas, por razones jurídico-comerciales o por la naturaleza del delito. En este supuesto, normalmente el Estado tiene incluso menos control que si se trata de violaciones a los derechos humanos. Ciertamente, sería problemático que se cometieran masivas violaciones de los derechos humanos de manera «individualizada», aunque en estos casos límite cabría admitir excepcionalmente el argumento de una violación de la soberanía funcional.

Estas reflexiones desarrolladas preferentemente sobre la efectividad de reclamaciones jurídico-civiles de daños y perjuicios contra el Estado infractor, y normalmente contra el país de origen —es decir, en el contexto de la responsabilidad de los Estados—, se ven confirmadas y concretadas

por otros intentos de fundamentación orientados a los derechos humanos. El punto de partida es la aceptación de los derechos humanos básicos como *ius cogens*¹³³. De ello resulta un derecho del individuo a la protección ante la comunidad de Estados *en su conjunto* (*obligatio erga omnes*), que inexorablemente entra en conflicto con el tradicional derecho a la inmunidad absoluta del Estado, vinculado con la idea de que un Estado no puede quedar sujeto a otra jurisdicción sin su consentimiento. Pero el *ius cogens* impulsa a una caracterización desvinculada de la voluntad estatal, y con ello a la limitación de la inmunidad en caso de violaciones de los derechos humanos que caen bajo su protección¹³⁴. En esencia, esta idea fundamenta una interpretación orientada al *ius cogens* relativo a los derechos humanos, según la cual estas violaciones no pueden quedar sin respuesta¹³⁵. Se consagra así la opinión de que un Estado que viola reglas de *ius cogens* relativas a los derechos humanos comete un delito de Derecho Internacional, respecto del que otros Estados pueden tomar represalias, como la denegación de la inmunidad¹³⁶. O bien que tal Estado se hace indigno de su derecho a la soberanía¹³⁷. Otros ven en la violación o el reconocimiento de las normas de *ius cogens* relativas a los derechos humanos una renuncia implícita a la inmunidad¹³⁸, o quieren fundamentar en ello el principio general de

130. BOTHE (nota 78), 252 y ss. (254, 257). Sobre la inaplicabilidad de la doctrina del *act of state* a los crímenes de guerra, ya JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 164 y ss. Ahora bien, en el caso de la doctrina del *act of state*, se trata —al contrario que en la inmunidad— de un principio jurídico material que impide el examen del acto de soberanía estatal por parte de tribunales extranjeros (a este respecto, BRÖHMER [nota 81], pp. 41 y ss.; PEPPER [nota 17], 339 y ss.; asimismo, la *House of Lords* [nota 1] IV 3 y ss. [Slynn]). En la práctica, no obstante, en el presente caso conduce a los mismos resultados, por lo que es innecesaria una discusión más profunda [cfr. *ibidem*, IV 5 (Slynn), V 4, VII 5 p. (Lloyd), VIII 4 (Nicholls), IX 7 p. (Steyn)].

131. BOTHE (nota 78), 256.

132. Cfr. BRÖHMER [nota 81], pp. 94 y s.; 96 y ss. (205 y ss.; 211 y ss.); a favor de una ponderación con los "interests of justice", DELAPENNA (nota 92), 531 y s.

133. Acerca del *ius cogens*, *supra* nota 11. El criterio de considerar a los derechos humanos básicos, entre ellos las prohibiciones de tortura, ejecuciones ilegales, y "desapariciones", como *ius cogens*, se remonta a la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el "Barcelona Traction Case" (I.C.J. Reports 1970, pp. 3, 32), en la que se reconocieron los "basic rights of the human person" como obligaciones *erga omnes* (cfr., con más referencias, AMBOS, nota 17, p. 176 p. en nota 60 s.). Sobre el *ius cogens* y el "Restatement (Third) of the Foreign Relations Law" de U.S.A., PEPPER (nota 17), pp. 366 y ss.

134. Cfr. PEPPER (nota 17), p. 349. En la misma línea, las declaraciones de Lord *Wilberforce*, criticando que el principio de la inmunidad del Estado sea utilizado hoy "as a technique for denying compliance with obligations" (en: International Law Association, Report of the 58. Conference, 1980, pp. 513 y ss.; 515). Véase también la decisión del *Tribunal de Leivadia* (Grecia) del 30-X-1997 (AJIL 1998, pp. 765 y ss.); RESS, *supra* nota 119, pp. 186 y ss. (197); LEVY, *supra* nota 85, pp. 2.729 y ss.

135. A favor del mantenimiento de la inmunidad en estos casos, pero en relación con reclamaciones por daños y perjuicios contra la República Federal de Alemania a causa de los abusos durante el régimen nazi (caso *Princz*; al respecto, REIMANN IPRax 1995, 123 y ss.; BRÖHMER [nota 81], pp. 76 y ss.; LEVY, *supra* nota 85, pp. 2703 y ss.); ZIMMERMANN, Michigan Journal of International Law 16 (1995), pp. 433 y ss. (437 y ss.) —en contra, REIMANN Michigan J. of Intern. Law 16 (1995), pp. 403 y ss.—.

136. Cfr. BOTHE (nota 78), pp. 252, 259 y s.; BRÖHMER (nota 81), p. 158; 192 y ss., los dos con más referencias.

137. KOKOTT, en: Festschrift Bernhardt, 1995, pp. 135 y ss. (141 y ss.; 148 y s.).

138. Cfr. sobre la posibilidad de una "explicit" o "implied waiver", por ejemplo, sec. 2 SIA (nota 85), § 1605(a)(1) FSIA (nota 85) art. 7-10 Proyecto ILC (nota 82). A este respecto, por ejemplo, PEPPER (nota 17), pp. 313 y ss. (320, 332, 369, 382), que, sin embargo, no considera en absoluto necesaria la renuncia a la inmunidad en caso de violaciones al *ius cogens* (369); conforme con la renuncia KOKOTT (nota 137), p. 148. Críticamente, BRÖHMER (nota 81), pp. 75 y s.; 190 y ss.; REIMANN (nota 135), 126 y s.

«non-immunity»¹³⁹. El reconocimiento del *ius cogens* referido a los derechos humanos con un efecto obligatorio *erga omnes* impone también la universalización del clásico concepto de la protección diplomática –caracterizada a través de la reclamación penal interestatal del propio Estado o del Estado protector, frente al Estado territorial o al Estado infractor, de forma que cualquier Estado puede intervenir en interés de quien haya visto violado su *ius cogens*¹⁴⁰. Esta idea muestra cuán intensamente están unidos *ius cogens*, principio de justicia universal y protección diplomática (universal)¹⁴¹.

Desde el punto de vista *européo*, aún debe aludirse al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁴², que brinda protección jurídica a violaciones del Convenio, «incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones». La concesión de inmunidad podría suponer denegación de protección jurídica, cuando con ello la víctima de violaciones de los derechos humanos se ve privada del derecho a recurrir en el sentido del artículo 13 del CEDH¹⁴³. Además podría lesionar el derecho a la tutela y a un proceso justo de acuerdo con el artículo 6 del CEDH¹⁴⁴.

Sin embargo, todos estos criterios presuponen que cabría el derecho a la inmunidad aún en casos de violaciones del *ius cogens*. Más convincente resulta la opinión de que tales violaciones impiden que aquel derecho surja, pues no caen en modo alguno en el ámbito de protección de la inmunidad. El Estado del foro no está obligado, ni siquiera autorizado, a respetar semejante acto de soberanía

contrario al Derecho Internacional, pues, de lo contrario, participaría en una conducta contraria al Derecho Internacional¹⁴⁵. A este respecto, resulta útil el criterio propuesto por DAHM en 1958 –y acogido por la mayoría de los lores¹⁴⁶–, según el cual la comisión o autorización de crímenes internacionales no constituye, con relación al régimen jurídico de la inmunidad, acto alguno en ejercicio del cargo, pues los actos gravemente contrarios al Derecho Internacional carecen completamente de validez y no entran en consideración como presupuesto para la imputación de la conducta estatal¹⁴⁷.

Ciertamente, como han observado correctamente algunos lores¹⁴⁸, apenas puede cuestionarse que también y precisamente se cometen crímenes internacionales en ejercicio del cargo o con abuso de la función pública, con lo que tienen carácter estatal y de soberanía. La criminalidad estatal en cuestión, como su propio nombre indica, es conocida, tolerada, amparada o bien ordenada por el Estado¹⁴⁹. Quien lo niegue, cierra los ojos ante la realidad del terrorismo de Estado y asume la dificultad de querer cortar un pelo en el aire. Por el contrario, está justificado objetar –como hace la mayoría de los lores¹⁵⁰– que las acciones criminales no forman parte de las funciones o tareas propias que corresponden según el Derecho internacional a un jefe de Estado. Ahora bien, con ello no se niega su carácter de actividad en el ejercicio del cargo –posiblemente sólo fáctico–, sino que, atendiendo a razones referidas a los derechos humanos, se defiende una limitación –justificada en los resultados– de la inmunidad (también) en caso de acciones *en el ejercicio del cargo*.

139. Cfr. PAUST, *Virginia Journal of International Law*, 23 (1983), 191 y ss. (221 y ss.).

140. BRÖHMER (nota 81), pp. 143 y ss.; p. 158.

141. Sobre la relación entre el principio de justicia universal y el *ius cogens* referido a los derechos humanos, cfr. PEPPER (nota 17), 366, 370 y ss.

142. Versión original del 4-XI-1950, modificado mediante los Protocolos 3, 5, 8 y 9 (UNTS 213, 221). <www.coe.fr>

143. Cfr. BRÖHMER (nota 81), pp. 163 y ss.; 171 y ss. (177; 186 y s.); también DELLAPENNA (nota 92), 531; RESS, *supra* nota 119, pp. 199 y s. Acerca de la "denial of justice" mediante la inmunidad absoluta; además, ya LAUTERPACHT (nota 120), pp. 236-240. Para una amplia fundamentación del deber de sanción en base a los arts. 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cfr. AMBOS, nota 17, pp. 166 y ss.

144. Cfr. BRÖHMER (nota 81), pp. 163 y ss.; 178 y ss. (186 y s.).

145. Cfr. DAHM (nota 83), p. 180. En la conclusión, también PEPPER (nota 17), 368, 382.

146. Cfr. *supra* nota 83 y ss. y el texto.

147. DAHM (nota 83), p. 170. Críticamente con relación a la doctrina del *Act of State*, BOTHE (nota 78), 255, pero de acuerdo en las conclusiones (249). También de acuerdo, GORNIG, N.J. 1992, 13; PEPPER (nota 17), 368; 378; VERDROSS/SIMMA (nota 78), § 1177, nota 51; igualmente, FASTENRATH, FAZ de 10-XI-1998, 6. Cfr. además *Trajano v. Marcos and Marcos-Manotoc*, 978 s. 2d 493 (498), 1992 U.S. Appeals Lexis 26680.

148. Cfr. *supra* notas 107, 114 y el texto.

149. Sobre la *macrocriminalidad*, en el sentido utilizado por JÄGER, cfr. AMBOS, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KriV)*, 1996, 355 y ss. (362 y s.), con más referencias; recientemente, LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, vol. III, 1998, *passim*.

150. Cfr. *supra* nota 102 s., 114 y el texto.

Además, una significativa objeción a la «privatización» es que con ella se suprime –en cualquier caso en base a un hacer positivo– la condición de la responsabilidad estatal¹⁵¹. Esto, sin embargo, se debe a la lógica de la responsabilidad personal penal, pues ésta se diferencia, incluso estructuralmente, de la responsabilidad y de la inmunidad del Estado. Si la inmunidad se restringe a la determinación de la responsabilidad penal personal, entonces la renuncia a la consiguiente responsabilidad estatal es consecuente, pues se trata precisamente de la identificación de los individuos responsables, no de la sanción pecuniaria de un colectivo abstracto: «Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entes abstractos, y sólo mediante el castigo de las personas individuales que cometan tales delitos, podrá alcanzarse la vigencia de las determinaciones del derecho internacional»¹⁵². Finalmente, si cuantiosas reclamaciones de reparación de daños y perjuicios contra el Estado infractor no ponen en peligro su soberanía funcional, entonces esto es válido con más razón para la persecución de un ex jefe del Estado, que ya no desempeña ninguna función estatal. No obstante, de ello se desprende asimismo que la inmunidad de quien todavía desempeña las funciones de jefe del Estado será normalmente absoluta¹⁵³. Esto, que se considera contradictorio¹⁵⁴, resulta sin embargo obligado, atendiendo a la finalidad de la inmunidad, que según el criterio aquí defendido consiste en asegurar la soberanía funcional del Estado correspondiente. En el caso concreto, habrá que ponderar también si la naturaleza y gravedad de los hechos hacen necesaria la persecución penal y si ésta supone un grave peligro para la soberanía. Pero esto podría ser incluso lo normal en los más graves delitos en el caso de un jefe de Estado que actúa aún en ejercicio de sus funciones.

d) Repercusiones para el régimen jurídico nacional de la inmunidad

Las valoraciones jurídico penales internacionales precedentes no sólo deben ser objeto de consideración por el Derecho nacional, sino parte del mismo. Las normas nacionales sobre la inmunidad o se limitan a trasladar reglas generales de Derecho internacional o se remiten a éstas. Así el § 20 II de la GVG alemana amplía las exenciones de jurisdicción a las personas que ostenten este privilegio «según las reglas de Derecho Internacional»¹⁵⁵.

Las determinaciones del *Bundesgerichtshof* (BGH) sobre la competencia jurisdiccional en aplicación del § 13 a StPO en los procesos contra la cúpula militar argentina y contra Pinochet¹⁵⁶ muestran un entendimiento restrictivo de la inmunidad, puesto que de haberse admitido ésta se habrían tenido que rechazar las correspondientes demandas –como en el caso *Honecker*¹⁵⁷–. La inmunidad es un obstáculo procesal¹⁵⁸ que impide cualesquiera actos de intervención contra un sospechoso que goce de ella¹⁵⁹, por lo que debe ser examinado ya en el marco de una resolución basada en el § 13 a StPO. Cuando el BGH admite dichas demandas, entonces, en cualquier caso, se está cuestionando la inmunidad del sospechoso. En su nota de prensa, el Tribunal manifestó: «Sólo podría haberse prescindido de la determinación sobre la competencia en el caso de que estuviera fuera de duda que Pinochet, como antiguo jefe de Estado chileno, gozaba de inmunidad conforme al Derecho internacional, con relación a una eventual participación en los hechos denunciados. Pero aquí no resulta ser así. Más bien cabe dudar si su inmunidad conforme al Derecho internacional alcanzaba a los hechos enunciados»¹⁶⁰. Ciertamente el BGH quiere evitar que estas declaraciones sean valoradas como una resolución previa

151. Por eso, BOTHE (nota 78), pp. 255, 262 y s. quiere reconocer como actos en ejercicio del cargo también acciones reprobables; es céptico, REIMANN (nota 135), 124.

152. Internationaler Militärgerichtshof, Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher (1947), voll I, p. 249.

153. Así, incluso, Lord Steyn, quien por lo demás postula una limitación de la inmunidad (*House of Lords*, [nota 1], IX 4): "It is common ground that a head of state while in office has an absolute immunity..."

154. Cfr. JOFFE, *Süddeutschezeitung*, 28/29-XI-1998, 4.

155. Cfr. *supra* notas 87 y ss. y texto.

156. BGH, resolución de 17.VI.1998 - 2 Ar 80/98; resolución de 18.XI.1998 - 2 ARs 471/98 y 474/98.

157. BGHSt 33, 97 (nota 89).

158. PFEIFFER (nota 80), § 18 GVG, marg. núm. 7; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 251998, p. 162; críticamente, VOLK, *Prozessvoraussetzungen*, 1978, pp. 221-232.

159. PFEIFFER (nota 80), § 18 GVG, marg. núm. 5.

160. BGH, Mitteilung der Pressestelle (comunicado del Gabinete de prensa), núm. 83 a de 19-XI-1998.

en contra de la inmunidad y dejar la decisión definitiva al Tribunal competente, pero las consideraciones contra la inmunidad absoluta del Estado en caso de crímenes internacionales son evidentes.

También en *Gran Bretaña* se reconoce que el SIA debe ser interpretado de conformidad con el Derecho internacional, y efectivamente así lo hizo la *House of Lords*¹⁶¹. Ciertamente en los Estados «dualistas»¹⁶² se plantea la discusión sobre la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional¹⁶³, con unas oportunidades para el primero en cualquier caso más desventajosas que en los sistemas jurídicos «monistas» amistosos para con el Derecho Internacional. Esto se pone de manifiesto de forma especialmente clara en la opinión minoritaria de Lord *Slynn*, que sólo atribuye validez a una limitación de la inmunidad que se fundamente en el Derecho británico (es decir: Derecho internacional incorporado)¹⁶⁴. Sin embargo, cabe lograr una limitación de la inmunidad sin recurrir al Derecho Internacional (inmediatamente aplicable), cuando se deniega el efecto de exención a un acto de soberanía extranjero porque contradice el *ordre public interior*¹⁶⁵. Este principio se remite, sin embargo, implícitamente, al concepto de un *ordre public internacional*, que será colmado mediante el *ius cogens* referido a los derechos humanos¹⁶⁶.

IV. Conclusión

Después del caso *Pinochet*, los ex dictadores, cuando sus actuaciones no sean perseguidas por su propio país, corren el peligro de quedar expuestos a la persecución penal extranjera. En especial, la competencia penal de los estados europeos se basa en el principio de personalidad pasiva en caso de víctimas nacionales, o bien en el principio de justicia universal en relación con convenios de Derecho penal internacional, como en particular la Convención contra la Tortura. La inmunidad (estatal) debe estar limitada por razón de los derechos humanos, con independencia de si los hechos correspondientes se consideran como acciones en ejercicio del cargo o no. El asunto radica en una ponderación entre soberanía funcional y protección efectiva de los derechos humanos. En el caso concreto, lo que importa es la naturaleza y gravedad de los hechos y las repercusiones que la persecución tiene en la soberanía funcional del Estado en cuestión: normalmente cuando se trate de un antiguo jefe de Estado ya no será peligroso, pero si está en funciones todavía lo será bastante. ●

161. Cfr. *supra* nota 96, así como el texto relacionado con las notas 102 y ss.

162. Cfr. PEPPER (nota 17), 356 y s.

163. A este respecto en general, GEIGER, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 21994, pp. 15 y ss.; en nuestro contexto, PEPPER (nota 17), pp. 355 y ss.

164. Cfr. *supra* nota 108 y el texto.

165. Cfr., a este respecto, ya DAHM (nota 83), pp. 181 y s.

166. Explícitamente, PEPPER (nota 17), p. 369. Sobre el *ordre public* europeo: FÖHLISCH, *Der gemeineuropäische "ordre public"*, 1997, *passim*.