

## CONSIDERACIONES JURIDICAS EN EL CASO PINOCHET

---

*Pablo Zeledón Flores*

### Introducción

**L**a estructura de la sociedad internacional y las unidades políticas presentes en su interior, pueden ser abordadas desde diferentes ángulos recurriendo a diversas disciplinas dentro de las ciencias sociales. La competencia del derecho internacional para conocer de situaciones que atañen a los individuos como sujetos de derecho es igualmente válida que la regulación de las relaciones entre los Estados.

A pesar de que no existe un cuerpo de leyes que conforme o constituya un marco jurídico con carácter universal, las normas consuetudinarias que erigen los principios generales de derecho internacional son, hasta cierto punto, válidas para todos los Estados. Estas normas fundamentales han sido incorporadas en diferentes tratados como la Carta de las Naciones Unidas, haciendo posible un llamado a todos los individuos para la convivencia pacífica en sus relaciones.

Las siguientes reflexiones tienen como fin esclarecer, desde un punto de vista del Derecho Internacional, los

alcances y las implicaciones que sobre la causa seguida al Senador Pinochet, lleva adelante la justicia española. No es por lo tanto, un análisis de orden político, el cual está de más decirlo, valdría la pena una reflexión aparte.

### Motivos generales

El orden jurídico internacional está sustentado en la coexistencia de entidades políticas soberanas, carentes de una autoridad internacional superior. La rama jurídica del derecho internacional público se ocupa de regular las relaciones entre los distintos sujetos de derecho de acuerdo con sus intereses. El derecho internacional privado se encargará de resolver la competencia de soberanías como resultado de la dispersión de la relación jurídica.

La relación armoniosa entre las naciones se ve sujeta a fuertes experiencias en un mundo cada vez más interdependiente y globalizado. La aproximación objetiva de las leyes con carácter internacional no puede ser contraria a la legislación interna de los países, por el contrario, ambas buscan asegurar a los individuos el pleno goce de sus derechos y deberes.

La promulgación y entrada en vigencia internacional de los instrumentos de derechos humanos, ha supuesto la promoción, protección y divulgación de los mismos a toda la comunidad internacional. Por tal razón, la tutela de los derechos humanos ha dejado de ser un asunto que compete exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados. Esto supone el hecho de que la humanidad completa, como sujeto de derecho, se ha incorporado dentro de la competencias de la rama jurídica internacional, dando lugar a la "internacionalización" de los derechos humanos<sup>1</sup>.

En el ámbito de la comunidad internacional organizada, se han adoptado importantes instrumentos de divulgación y protección de los derechos humanos, tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada por la Asamblea General en diciembre de 1948. En el ámbito formal, esto no solamente ha

supuesto una actividad positiva para el derecho internacional en la medida de la codificación normativa, sino que ha despertado el interés de la comunidad internacional para la celebración de diversas convenciones multinacionales a escala mundial y regional. Sin embargo, la nueva realidad internacional, que modifica de manera importante al derecho internacional, en cuanto a la actualización de la doctrina contemporánea y su codificación, debe enfrentar retos objetivos en la puesta en práctica del sentido humanizante que se le otorga al nuevo derecho internacional.

### El mito de la soberanía

Una sociedad que se organiza jurídicamente está en capacidad de constituir un Estado con autonomía para dictar sus propias normas. Desde el punto de vista jurídico, la soberanía comprende los elementos territorial, immanente (interno) y extraterritorial. En el ámbito interno, la soberanía abarca el dominio, el imperio y la jurisdicción. El dominio se refiere a la potestad de ejercer el mando en un territorio determinado sobre los habitantes que allí se encuentren. Velando por las necesidades de progreso y desarrollo de la sociedad, el Estado ejerce el imperio a través de las normas jurídicas que alcancen dichos fines. La aplicación de las leyes anteriores se aplica en razón de la jurisdicción<sup>2</sup>.

La evolución del término se enmarca dentro de la progresión de los procesos humanos. En la época medieval, los señores feudales ejercían su poder sobre las personas y los bienes que estuvieran dentro de su territorio y de igual manera controlaban todos sus actos, primando el principio de *leges non valent extra territorium statuentis*, es decir que las leyes no tienen validez fuera del territorio para el que fueron estatuidas. Este carácter territorial define la relación de los bienes con el suelo donde se encuentran. De este modo, la soberanía abarca de forma coercitiva un territorio determinado, postura que desde el punto de vista jurídico impide el acercamiento entre los países.

La firma de los tratados de Münster y Osnabrück, que pusieron fin a la Guerra de los Treinta Años (1618-1648),



consolidaron un orden internacional que hizo del Estado soberano territorial, el centro de gravedad de las relaciones internacionales. De esta forma, las relaciones internacionales se orientan de acuerdo con la voluntad expresa o tácita de los Estados, al amparo del monopolio del uso jurídico de la fuerza en el plano interno y en relación con los demás Estados, a través del respeto de los límites territoriales y la jurisdicción territorial de los Estados, la igualdad soberana y la no-intervención en los asuntos internos de los Estados, así como la competencia jurídica del recurso de la guerra<sup>3</sup>.

Conforme el transcurso del tiempo, el concepto de soberanía modificó su aceptación dando campo a la idea de que la fuerza no es sólo para respetar la integridad territorial, sino para realizar en ella la justicia, basada en normas jurídicas que hagan posible la convivencia pacífica entre los individuos. La distinción de la soberanía en función de real sobre los bienes y personal sobre las personas, reconoció al hombre (ser humano) como una entidad jurídica que debe ser reconocida y respetada.

Durante la Segunda Guerra Mundial, ante la invasión del ejército nazi a varios países vecinos de Europa, sus gobiernos se trasladaron al extranjero en países vecinos. Aunque el elemento territorial no está presente, dichos gobiernos no perdieron el reconocimiento de los demás países, con lo que cobra plena vigencia las normas que rigen en los territorios de ultramar, es decir que se trata de una soberanía sin poder físico y sin territorio, reconocida jurídicamente.

En el derecho moderno, el carácter absoluto de la soberanía ha desaparecido. Los Estados, como los individuos, tienen límites en sus derechos dentro de su libertad de acción. Este límite lo constituye el respeto a la libertad de los demás; la convivencia entre los Estados producto de su interrelación no permite su aislamiento, por el contrario, cuando sea necesario establece límites a la soberanía para lograr alcanzar las metas y objetivos comunes a los individuos. En términos más sencillos, los Estados deben tomar en cuenta los derechos particulares de las

colectividades humanas, y de igual manera, los intereses generales de la comunidad internacional. La soberanía debe ser puesta al servicio de los fines con carácter internacional que mejore las condiciones de vida de los individuos.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto no significa en absoluto la desaparición del papel que desempeña la soberanía como idea-fuerza, política y jurídicamente. La soberanía ha variado, sin duda alguna, el orden internacional, aunque este último no puede entenderse de manera desligada del primero. A pesar de que los problemas de hoy día tienden a adquirir un carácter global, afectando a la comunidad internacional en su totalidad, de muy diversas formas, este concepto no ha despojado al Estado de su rol primordial. Ciertamente, el éxito de las tendencias globalizantes en la comunidad internacional depende de manera absoluta de la voluntad soberana de los Estados.



#### **Competencia de un juez español para instruir la causa del Senador Pinochet**

Una función básica del Estado consiste en la administración de justicia, mediante la organización del Poder Judicial, que fija a los tribunales su competencia. Según lo adoptado en una sesión de Derecho Internacional Privado en Zurich de 1877, todas las formas ordenatorias de la instrucción y del procedimiento, deberían someterse a la ley del lugar en que el litigio se entable<sup>4</sup>. En ese sentido, cada país tiene su propio procedimiento y resulta inadmisibles que

otras competencias se introduzcan en un ordenamiento jurídico. La competencia se define como la "medida de la jurisdicción", es decir que a través de la ley, ésta viene a ser limitada, como facultad abstracta de pronunciar derecho.

Los Estados están organizados de acuerdo con los principios de competencia, los cuales, según el Derecho Internacional, se consideran de Estado a Estado, sin anotar la jurisdicción puramente interna. Será la ley de cada Estado la que determinará la competencia de sus tribunales; el procedimiento, por tanto, es una cuestión de orden interno.

Cabe indicar que la validez del derecho internacional se fundamenta en el derecho natural, es decir que por naturaleza, en las relaciones entre los Estados, éstos aceptan un orden normativo superior al cual ajustan su conducta. Al incrementarse las relaciones entre los Estados aparecen nuevas doctrinas que explican el fundamento del derecho internacional. La corriente voluntarista señala que un Estado se obliga internacionalmente en virtud de su interés y conveniencia, autolimitando su soberanía, lo cual no supone de manera alguna el desprendimiento de la realidad inmediata en el plano social, económico o político. Más allá de la voluntad unilateral de un Estado, se trata de la voluntad de la comunidad internacional (*voluntas civitatis maximae est servanda*)<sup>5</sup>.

Tal y como se mencionó anteriormente, el derecho internacional privado determinará, en los casos de disgregación de la relación jurídica, cual ha de ser la soberanía que se aplique a esa relación. Vale recordar que es un determinado Estado el que se declara competente para optar por la ley aplicable. La facultad no proviene del juez, sino de la ley que aplica y obedece.

Bajo la influencia de las Naciones Unidas, el moderno derecho internacional representa un esfuerzo importante para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La tarea de humanizar el derecho internacional ha dado pie para poner al ser humano (individuo) como polo de atracción principal del derecho internacional.

Preservar los derechos humanos en todas sus formas y manifestaciones, establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, constituye una de las principales preocupaciones del moderno derecho internacional. A través de la promoción y reconocimiento de tales derechos, la internacionalización de los derechos humanos ha sentado un precedente jurídico por el cual éstos han dejado de ser asunto que compete a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados de forma exclusiva.

La citada declaración se ha convertido en parte importante del derecho constitucional de la comunidad internacional, siendo así que desde el punto de vista jurídico, ningún Estado puede invocar en esta materia la excepción de asuntos que competan a su jurisdicción interna, en vista de que la Declaración ha adquirido a escala mundial, un rango superior a otros instrumentos internacionales y las leyes nacionales. Como se puede apreciar, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos revierte el sistema de jerarquías de las fuentes del derecho. No solamente los principios generales adquieren un rango superior, sino que su alcance es mucho mayor pues no depende de la voluntad de los Estados. En este sentido podemos afirmar que es un derecho con carácter general y extensivo. Esto ha dado pie a novedosas interpretaciones en el principio *pro-homine* o *pro-libertatis*, por el que los instrumentos de derechos humanos deben interpretarse en el sentido que más favorezca al ser humano y sus libertades.

#### **Sobre la injerencia extranjera en asuntos domésticos de Chile**

En la 1408ª sesión plenaria de las Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1965 se instituyó la "Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía" cuyo artículo primero establece lo siguiente:

Ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no



solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentadora de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, están condenados.

Vale la pena profundizar en otras áreas temáticas a fin de agregar elementos que puedan ayudar a esclarecer la correcta dimensión internacional del campo jurídico.

#### **Dimensión jurídica de la cooperación internacional**

La globalización de los problemas entra en conflicto con la inexistencia de un ente global de decisión internacional. En efecto, a pesar de las responsabilidades comunes de los Estados respecto de la comunidad internacional, parece existir una carencia de solidaridad internacional en muchos sentidos. La proliferación de intereses con carácter colectivo no desplaza de manera alguna a los Estados ni el concepto de soberanía estatal.

Las diferencias jurídicas en el plano internacional plantean la incertidumbre, hasta dónde deben imponerse la reglamentación de acuerdo con intereses nacionales, que no dejen por fuera los intereses comunes y generales de la humanidad en su conjunto. Al respecto, en el Artículo 59 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, respecto de la Solución de Conflictos Relativos a la Atribución de Derechos y Jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva, se establece que:

*El conflicto debería ser resuelto sobre una base de equidad y a la luz de las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva que revisten los intereses de que se trate para las partes así como para la comunidad internacional en su conjunto<sup>6</sup>.*

Como se puede apreciar, el derecho internacional contemporáneo ha puesto en la balanza la coexistencia pacífica y la cooperación internacional entre las diferentes

entidades políticas soberanas. A simple vista parece que la dimensión de la cooperación se ha ensanchado haciéndose más compleja en razón de la materia a que se refiere, como por el marco en que se lleva a cabo. Es por ello que, las exigencias de la comunidad internacional se han profundizado y adquirido igualmente, una mayor sensibilidad respecto de los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto.

#### **Juzgamiento de delitos cometidos en el extranjero**

Por norma general la ley penal es territorial, por lo que, sin distingo de nacionalidad, los individuos dentro de dicho territorio quedan sometidos a su imperio<sup>7</sup>. Esto no implica que el reo quede libre por el simple hecho de cambiar de país, dicho de otro modo, los países han adoptado mecanismos que "facilitan la preparación de delitos en unas naciones para ejecutarlos en otras"<sup>8</sup>. En efecto, resulta lógico el hecho de que los individuos queden sujetos a las leyes del país en que se encuentren, de cualquier manera, el imperio de la ley penal plantea la obligatoriedad a todos los residentes en dicho territorio y no en aplicación de todos los delitos que en él se cometan.

A pesar de que a simple vista resulta evidente, que la ley de un país no pueda aplicarse para castigar los delitos cometidos en el extranjero, es decir, que un juez local no tiene competencia para conocer una causa que se haya cometido fuera de su territorio, existe la posibilidad de que los delitos cometidos en el exterior (por nacionales o extranjeros) sean de la competencia de dichos jueces cuando se rompe la seguridad del Estado. En estos casos, la competencia del juez es válida sin importar el lugar donde se cometió el delito. En otras palabras, "los tribunales nacionales deben ser competentes para conocer de los hechos punibles cometidos en el extranjero siempre que dichos actos tiendan a violar el derecho internacional"<sup>9</sup>.

#### **Agotamiento de los recursos internos**

En cuanto al agotamiento de la vía administrativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo, en

materia de pruebas, que "el Estado que alega el no-agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse"<sup>10</sup>.

De igual manera, dicha Corte ha sostenido<sup>11</sup>:

*Que si un Estado que alega el no-agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, correspondería a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2.*

Las excepciones que se señalan en dicho artículo son:

- a. *Que no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.*
- b. *Que no haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos o*
- c. *Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.*

#### Argumentos de descargo

La Comisión de Derecho Internacional ha determinado seis causales por las cuales se puede excluir la ilicitud de un acto violatorio del derecho internacional. Estas son:

- El consentimiento del Estado víctima.
- Las contramedidas.
- La fuerza mayor y el caso fortuito.
- El peligro extremo.
- La legítima defensa, y
- El estado de necesidad.

A propósito de este último, la misma Comisión estableció en su informe que al hablar de un "estado de necesidad" se refería a una "necesidad del Estado":

*La situación de grave peligro está representada por un "peligro grave para la existencia del Estado mismo, para su supervivencia política o económica, para la preservación de la posibilidad de funcionamiento de sus servicios esenciales, para el mantenimiento de su paz interna, para la supervivencia de una parte de su población, para la conservación ecológica de su territorio o de una parte de su territorio..."<sup>12</sup>.*

Ciertamente es importante señalar que dada la fuerte oposición a dicha doctrina, la Comisión ha señalado que "no se podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud si la obligación internacional es violada"<sup>13</sup>.

#### Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En vista de la internacionalización de los derechos humanos a través de un conjunto de normas jurídicas internacionales de protección al individuo en sus derechos y libertades, podemos hablar de un Derecho Internacional y los Derechos Humanos, con lo cual existe una rama específica del derecho internacional que corresponde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por lo tanto, los derechos humanos son materia de derecho internacional<sup>14</sup>.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos regula las relaciones entre los Estados y los seres humanos. La protección de los derechos fundamentales de éstos es el fin y objeto de los tratados modernos de derechos humanos. Si para el Derecho Internacional Común los sujetos son siempre los Estados así como otras personas de derecho internacional (organizaciones internacionales), para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los sujetos son por una parte los Estados y por otra los seres humanos, como sujetos por excelencia, titular de los derechos que constituyen el objeto de esa rama jurídica.



Otra particularidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos radica en la estructura del objeto de regulación; el Derecho Internacional Común es un derecho de coordinación, por lo tanto regula relaciones inter pares, es decir que las partes son creadores de la obligación. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos regula relaciones entre una parte creadora de la relación jurídica, siendo simplemente sus beneficiarios. En ese sentido, las fuentes de derecho internacional modernas relativas a los derechos humanos tienen como objeto y fin la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos sin distinción de nacionalidad. Los Estados que se obliguen internacionalmente por estos tratados asumen una obligación no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Finalmente, el Derecho Internacional Común es un derecho dispositivo, o sea que los Estados que lo crean lo tienen a su disposición para modificarlo o ampliarlo. En su lugar, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es imperativo por su naturaleza (*ius cogens*), es decir que es creado por los Estados pero éstos no pueden deshacerlo ya que en su contenido es a favor de terceros a los que se les reconoce derechos derivados de su propia e intrínseca dignidad.

Vale la pena rescatar el hecho de que el gobierno chileno no presentó ante su homólogo británico ninguna solicitud de extradición del Senador Pinochet, por lo cual no puede invocar ninguna disposición del derecho internacional para excluir la jurisdicción española en el caso que se le sigue a Pinochet. Aun en el caso de que el gobierno de Chile estuviera en disposición y en la capacidad de llevar adelante un juicio en su país, esto no obliga a las autoridades británicas a extraditar al Senador Pinochet a Chile.

#### **Inmunidad del Senador Pinochet**

Los privilegios e inmunidades diplomáticas se han otorgado históricamente en reconocimiento al agente diplomático quien representa una soberanía diferente.

Con el afán de que, en el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas —en su calidad de representantes de los Estados— los privilegios e inmunidades tienen por objeto contribuir al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social. De acuerdo con el Convenio de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Diplomáticas, el agente diplomático es inviolable en su persona, lo mismo que su residencia particular, los locales de la misión así como sus documentos y correspondencia. Sin embargo, la inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.

Aún cuando el Estado acreditante nombra libremente al personal de la misión diplomática, la posesión de un pasaporte diplomático no convierte a su portador en agente diplomático. Para que el jefe de misión asuma sus funciones se requiere de la presentación de cartas credenciales o al menos haber comunicado su llegada, haber presentado copia de estilo de las mismas ante el Ministerio correspondiente. El nombramiento del personal de una misión por parte del Estado acreditante no es garantía de su aceptación por parte del Estado receptor. Los funcionarios deben contar además con el aval de dicho Estado para fungir como agente debidamente acreditado; sólo en estos casos dicho agente gozará de los privilegios e inmunidades a que se refiere la citada convención.

De acuerdo con el Derecho Internacional, los Monarcas, Jefes de Estado y Agentes Diplomáticos están exentos de la jurisdicción de los tribunales del país extranjero en que se encuentren en materia penal y civil, gozando de los privilegios e inmunidades antes referidos. Las excepciones a los casos aludidos incluyen la figura del Jefe de Estado, cuando éste no esté en el ejercicio del poder público. Es decir que el individuo que deja el cargo público de Jefe de Estado, no goza más de los privilegios e inmunidades anteriormente citados.

Como se mencionó antes, las prerrogativas contempladas en la Convención de Viena tienen lugar en razón de

procurar un desempeño eficaz de las funciones diplomáticas de los agentes debidamente acreditados y reconocidos como tales. La pérdida de la categoría de agente diplomático, conlleva *ipso facto* a la pérdida de su inmunidad y privilegios, en vista de que no ejerce más de una representación del Estado (agente diplomático, Jefe de Estado).

#### Fundamento legal para la detención de Pinochet

La justicia española a través del juez Baltasar Garzón solicitó a la policía británica la detención y arresto de Augusto Pinochet a raíz de una solicitud de extradición en su contra con el fin de interrogarle acerca de la muerte de ciudadanos españoles en Chile entre los años 1973 y 1983. La investigación del juez Garzón sobre la "Operación Cóndor", red secreta de cooperación entre las dictaduras de eliminación de opositores, de la cual Pinochet sería la cabeza, tendría su sede en las oficinas de la policía militar chilena. La orden de arresto dictada en su contra, acusado de graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, inició un largo proceso que rompió viejos paradigmas relativos a la inmunidad de los exjefes de Estado, basado en una ley británica de 1978 que garantiza la inmunidad de demandas criminales.

#### Crímenes y delitos internacionales

De acuerdo con la codificación del régimen jurídico llevada a cabo por la Comisión de Derecho Internacional, los crímenes internacionales se definen como "una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida por esa comunidad internacional en su conjunto"<sup>15</sup>. Al respecto se señalan varios ejemplos de entre los cuales vale la pena rescatar:

- c. Una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid"<sup>16</sup>.

#### Delito de genocidio

La convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del año 1948 en su artículo 2 se refiere al genocidio así:

*En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:*

- a. *Matanza de miembros del grupo;*
- b. *Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c. *Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d. *Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;* y
- e. *Traslado por fuerza de niños del grupo y otro grupo.*

De acuerdo con la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en su artículo 4 se establece que:

*Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 [asociación para cometer genocidio, instigación directa y pública a cometer genocidio y complicidad en el genocidio], serán castigados, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.*

Además de ello, la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas, condenado por el mundo civilizado.



### Delito de tortura

La Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece en su artículo 1:

1. *A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de una tercera información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.*
2. *El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.*

Siendo que Pinochet está acusado en España por crímenes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico británico son el equivalente a un intento de conspiración para cometer asesinatos, torturas, secuestro y conspiración para secuestrar, el proceso legal estaría amparado en dichas causas, aunque de acuerdo con la argumentación del Ministerio Británico del Interior, Jack Straw, "el contenido de pedido de extradición español no cumple con la definición relativa a los crímenes de genocidio y asesinato". Esto quiere decir que la solicitud española en ese sentido no está debidamente fundamentada, lo cual no excluye la responsabilidad del acusado sobre todo en lo referente a las causas de tortura contempladas en la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Siguiendo la causa por los delitos de tortura, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del año 1985, establece en los párrafos 2 y 3 del artículo 2 que:

2. *En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.*
3. *No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.*

### La causa de extradición

La extradición consiste en una facultad del Estado de solicitar la entrega de personas que hayan infringido alguna ley penal y deben ser juzgados por los tribunales competentes. En otras palabras, "la extradición es el método legal para obtener posesión sobre un fugitivo"<sup>17</sup>. Más allá de consideraciones formales, en el plano operacional, la extradición puede adquirir el carácter de un deber moral u obligación jurídica internacional. Al atender la solicitud de la justicia española, ni Gran Bretaña ni España se colocan en una situación que cercene la soberanía chilena no los derechos de la persona involucrada (el Senador Pinochet); por norma general del derecho internacional, las disposiciones del derecho interno de un Estado no pueden ser invocadas por éste para eludir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

La soberanía no solamente debe entenderse como el poder físico capaz de dar vigencia a la ley, sino también en una función realizadora de derecho. La soberanía entendida en su carácter medieval absoluto establece límites a los intereses de la comunidad internacional, la soberanía de que gozan los Estados puede ser puesta al servicio de los fines internacionales.

### Extradición o secuestro

La detención y encarcelamiento del Senador Pinochet abre la posibilidad de relacionar la causa con un posible secuestro y raptó a su persona. Detrás de un secuestro está la entrega de una persona, con o sin su consentimiento, por un Estado a otro, práctica que se considera fuera de la ley. Cuando el proceso de extradición falla crece la tentación de recurrir a un acto ilegal<sup>18</sup>.

La extradición es, por su naturaleza, un acto público, el cual, dada la delicadeza de la materia internacional (se pueden ver afectadas las relaciones internacionales), requiere un proceso largo. El caso que nos ocupa presenta los siguientes elementos a considerar:

- La orden de detención y arresto de Pinochet se fundamenta en el seguimiento del proceso legal y formal según la ley británica.
- Al encontrarse Pinochet en suelo británico, queda automáticamente bajo la jurisdicción de dicho Estado.
- La presencia de Pinochet en suelo británico no obedece a una sustracción ilegal de su persona sino a su propia voluntad.
- En un eventual fallo contrario a la solicitud de extradición Pinochet podría quedar bajo arresto en Gran Bretaña. ¿Previendo la posibilidad de que la extradición falle, estaría siendo Pinochet "víctima" de un secuestro evitando así que las autoridades británicas continúen con la causa que se le sigue?
- Si la solicitud de extradición a España no prospera y Pinochet permanece en suelo británico para ser juzgado allí, podría pensarse que de antemano habría sido detenido ilegalmente (¿raptado?) por las autoridades de dicho país.

### Los delitos de genocidio y tortura

De acuerdo con el artículo 6 de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,

*Las personas acusadas de genocidio... serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.*

En su artículo 7 se lee lo siguiente: "A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo 3 [asociación para cometer genocidio, instigación directa y pública a cometer genocidio, tentativa de genocidio y complicidad en el genocidio], no serán considerados delitos políticos.

Las partes contratantes se comprometen a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes".

Por otra parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes establece en su artículo 8:

1. *Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 [tortura, tentativa de cometer tortura, complicidad o participación en la tortura], se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre los Estados Partes.*
4. *A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.*

En lo que se refiere al artículo 5 en su párrafo 1, la citada convención establece que:



Todo Estado dispondrá lo que sea necesario para instruir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

- a. Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción.
- b. Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado.
- c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

En preámbulo de la determinación del Ministro del Interior Británico contempla que "...según la convención europea relativa a las extradiciones, la obligación del Reino Unido es extraditar al senador Pinochet hacia España". Además, en el caso de que la extradición no prospere, nos remitimos al artículo 7 de la citada convención cuyo enunciado es el siguiente:

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

#### **Invocación de razones humanitarias**

La decisión tomada por el titular de la cartera británica del Interior, señala que Pinochet "...no goza de ninguna inmunidad en relación con los crímenes de los que se le acusa", y agrega que "Pinochet está en estado de ser juzgado, trátese de su salud o de su edad".

#### **La doctrina Anglo-Americana**

Las circunstancias históricas de las condiciones geográficas han sido un elemento determinante en el desarrollo del derecho británico. Al respecto señalaremos tres ejemplos que se avienen al caso referido:

#### **1. Sistema territorialista:**

La ley se aplicará únicamente a los individuos que se encuentren dentro de ese territorio, ya que un Estado no puede aplicar leyes sobre cosas o individuos que aunque estén bajo su mando porque allí hayan nacido, se encuentren fuera del territorio.

#### **2. "Comity":**

Se puede admitir la aplicación de la ley extranjera por al "Comity", que es la voluntad del Estado que la emplea, por la mutua conveniencia y necesidades recíprocas de las naciones de darle fuerza extraterritorial a la ley. No es la voluntad del Juez sino del Estado mismo.

#### **3. Domicilio:**

Es el domicilio y no la nacionalidad, de donde se debe partir para determinar el efecto extraterritorial de las leyes, entendiendo por domicilio, "el lugar o país que en realidad concluye la residencia permanente de un individuo, y en ciertos casos, el lugar o país en que la ley supone que reside, aunque de hecho no sea así".

#### **Recurrencia a los Tribunales Internacionales**

La relación pacífica entre los sujetos internacionales puede verse en situación de crisis por muy diversas razones. Sin dejar de lado las causas que puedan estar al origen de una diferencia internacional, el derecho internacional tiene previsto una serie de mecanismos que funcionan como medios de solución de diferencias.

#### **Solución pacífica de diferencias internacionales**

Para el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, "una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas"<sup>19</sup>. Aunque la doctrina reconoce dos tipos de diferencias —jurídicas y políticas—, lo cierto es que "toda discrepancia reúne a la vez un

matiz político y una dimensión jurídica”<sup>20</sup>. Otro tipo de diferencias tiene que ver con la “competencia jurisdiccional” del caso en sí, es decir, la existencia o no de acuerdo entre las partes para someter la diferencia a arreglo arbitral o judicial. Es importante destacar que éstos pertenecen ambos a medios jurídicos de solución de diferencias.

#### Jueces *ad hoc*

Para aquellos casos en los cuales  
*Ninguna de las partes en el litigio, o una sola de ellas, cuente con magistrados de su nacionalidad en la Corte [Internacional o de Justicia], estos otros Estados litigantes podrán designar a una persona de su elección, para que tome asiento en calidad de magistrado*<sup>21</sup>.

Hay que hacer la salvedad de que esta figura de juez *ad hoc*, prevista en el artículo 31 del Estatuto de la Corte, no pretende constituir con ello un tribunal *ad hoc*. Un tribunal internacional no tiene dicho carácter, por el contrario, es un cuerpo estable, institucionalizado, pre-existe a la controversia y que la sobrevive. En los propios términos de la Corte: “no es un tribunal arbitral constituido por el acuerdo especial de las partes con vistas a resolver una diferencia particular, sino una institución preestablecida por un instrumento internacional que define su jurisdicción y regula su funcionamiento”<sup>22</sup>.

#### Equiparación con los Tribunales de Nuremberg y Tokio

Respecto al caso que nos ocupa se ha insistido en llevar a cabo una especie de homologación entre la causa jurídica que se le sigue al Senador Pinochet con los Tribunales Internacionales de Nuremberg y Tokio, lo cual hace necesaria referencia al respecto para delimitar los fines y alcances en ambos sentidos.

La experiencia de Nuremberg y Tokio corresponde a la puesta en práctica de manera excepcional, del derecho internacional para la reglamentación internacional de los

conflictos armados al término de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo con el derecho internacional, los Convenios de Ginebra de 1949 diferenciaron el “conflicto armado internacional” de los “conflictos armados sin carácter internacional”<sup>23</sup>. Siendo así que, los tribunales de Nuremberg y Tokio se caracterizan por ser de corte militar, cuyo propósito consistió en juzgar las acusaciones de crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. La normativa jurídica que regula la materia señalada —que compete a la rama del Derecho de los conflictos armados— dio lugar a la elaboración de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, que corresponden a una codificación del derecho de la guerra, así como a los Convenios de Ginebra de 1949, más conocido como Derecho humanitario bélico, instrumentos que le sucedieron a los conocidos *Summa de penitentia* de San Raimundo de Peñafort y *De juri belli ac pacis* de Hugo Grocio.

Basta decir que la alteración del *statu quo* durante el régimen golpista de Pinochet no califica dentro de los límites del “estado de guerra” y por lo tanto no sería posible establecer un paralelo entre la causa antes referida y la presente.

#### Reflexiones finales

La elaboración del presente ensayo tiene entre sus finalidades el colaborar humildemente con el debate académico riguroso que sobre un tema tan controvertido ha estado en las planas de los medios nacionales e internacionales y sobre el cual, a la fecha de redactar estas líneas, aún no se vislumbra una conclusión al mismo.

El derecho se alimenta de una multiplicidad de fuentes que constituyen hechos reales o naturales entre los que cabe destacar los factores políticos, aunque con la particularidad de que, en el plano internacional, el peso recae en las manifestaciones formales o derecho vigente, y no tanto en las causas que dan origen al derecho.

Para sopesar los argumentos que se pueden plantear en un caso, la Corte Internacional de Justicia, en el artículo



38 de su estatuto, estableció un orden jerárquico de las fuentes de derecho internacional. A pesar del esfuerzo por codificar dichas fuentes, algunas de ellas quedaron por fuera (tal es el caso de los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de algunas organizaciones internacionales).

Es muy factible que la jurisprudencia que se dicte en el presente caso coadyuvará a eliminar ciertas lagunas jurídicas y volcará la atención hacia un nuevo replanteamiento de los derechos humanos, fomentando una educación para la paz en el ámbito global.

#### BIBLIOGRAFIA

Carrillo Salcedo, J. A. **El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio**. Editorial Tecnos. Madrid, 1984.

Díez de Velasco, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. Editorial Tecnos. Madrid, 1993.

**Digestos de Legislación Internacional**. Vol. 1.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo. **El Derecho Internacional Contemporáneo**. Editorial Tecnos. Madrid, 1980.

Navarro del Valle, Hermes. **Secuestros ilegales como alternativa a una extradición**. Relaciones Internacionales, Segunda Epoca N° 42. Escuela de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Heredia. Primer Trimestre de 1993.

Ortiz Martín, Gonzalo. **El Derecho Internacional Privado de Costa Rica**. Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica, 1969.

Palma, Hugo. **Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas**. El sistema internacional en sus textos. Centro Peruano de Estudios Internacionales, volumen 1, s/f.

Palma, Hugo. **Convención sobre las Misiones Especiales**. El sistema internacional en sus textos. Centro Peruano de Estudios Internacionales, volumen 1, s/f.

Saborío Valverde, Rodolfo. **Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica**. 1ª edición. Ediciones SEINJUSA, San José 1993.

Vargas Carreño, Edmundo. **Introducción al Derecho Internacional**. 2ª edición. Editorial Juricentro, San José, 1992.

#### NOTAS

1. Vargas Carreño (277:1992).
2. Ortiz Martín (10: 1969).
3. Carrillo (183:1984).
4. Ortiz Martín (op. cit.) p. 276.
5. Vargas Carreño (op. cit.) p. 43.
6. Carrillo (op. cit.) p. 215.
7. Ortiz Martín.
8. *Ibíd.*
9. Hernández Valle (66:1993).
10. Jiménez de Aréchaga (74: 1980).
11. Sentencia sobre las Excepciones Preliminares de Honduras, del 26 de julio de 1987.
12. Jiménez de Aréchaga (op. cit.) p. 48.
13. *Ibíd.*, p. 49.
14. Vargas Carreño, p. 277.
15. Jiménez de Aréchaga (op. cit.) pp. 44-45.
16. *Ibíd.*
17. Hernández Valle (op. cit.) p. 68.
18. *Ibíd.*
19. Díez de Velasco (620: 1993).
20. *Ibíd.*
21. Jiménez de Aréchaga (208:1980).
22. *Ibíd.*, p. 203.
23. Díez de Velasco (op. cit.) pp. 703 y 735.

