

456



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"LA INMUNIDAD DE LOS EX JEFES DE ESTADO EN
EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORANEO"
(CASO AUGUSTO PINOCHET)**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A**

FRANCISCO QUINTANA GARCIA



ASESOR: DR. MIGUEL ACOSTA ROMERO

MEXICO. D. F.

478457

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
Presente.

Distinguido Sr. Director:

El pasante de Derecho FRANCISCO QUINTANA GARCIA, inscrito en el Seminario de Derecho Internacional a mi cargo, elaboró la tesis profesional titulada "LA INMUNIDAD DE LOS EXJEFES DE ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORANEO, CASO AUGUSTO PINOCHET", investigación que fue dirigida por el Dr. Miguel Acosta Romero.

Tesis, que una vez revisada por quien suscribe fue aprobada.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito de usted, ordene la realización de los trámites correspondientes para la celebración del Examen Profesional de Licenciado en Derecho del Sr. Francisco Quintana García.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., abril 4, 2000.


DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA
Directora del Seminario

Nota: "El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados día a día), a aquel en que le sea entregado el presente oficio en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo profesional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

MEMyM/lgi*

DR. MIGUEL ACOSTA ROMERO
Petén 639-1, Col. Vertiz Narvarte
Delegación Benito Juárez
C. P. 03600 - México, D. F.
Teléfono y fax: 601-04-33
601-27-97 601 04 33.

México D.F. a 9 de marzo del año 2000.

DRA. MA. ELENA MANSILLA Y MEJIA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

P R E S E N T E

Muy distinguida Maestra:

Como asesor de tesis del alumno Francisco Quintana García, he realizado detenidamente el análisis del trabajo titulado "La Inmunidad de los Ex Jefes de Estado en el Derecho Internacional Contemporáneo (Caso Augusto Pinochet)." que para obtener el Título de Licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, presenta el alumno antes mencionado.

El trabajo recepcional cuenta con la debida introducción donde marca el objeto de estudio, esta conformado por cuatro capítulos, conclusiones concretas y bien definidas, y por último una extensa bibliografía, llevando así, en cuanto a la forma, una correcta disciplina, por lo que se denota que la



investigación se ha realizado de forma seria y profesional como se requiere en estos casos.

Esta investigación desde mi punto de vista, está bien manejada, la metodología utilizada ha sido la correcta lo cual le otorga valor científico a esta investigación.

Esta tesis es cuidadosamente analítica en cuanto al tema referido, por lo que ha llevado al Señor Francisco Quintana García a conclusiones de fondo, interesantes que reflejan una realidad internacional certera.

Es de señalar la extensa bibliografía con la que cuenta este trabajo puesto que debido al tema que se aborda, los instrumentos que se usan para la investigación son variados y dentro de ésta tesis fueron agotados todos, lo que por obvias razones le da mucho más fuerza científica a la misma.

También es de mencionar lo actual del tema, debido a las consecuencias y traumas sociales que ha traído este problema no solo a la sociedad chilena, sino a muchos grupos en varios países y pensemos que no solo es el caso de Chile, en América del sur existieron varias dictaduras dentro del siglo pasado, en Haití y en muchos países mas. Las heridas no terminan y la justicia sigue esperando a que sea requerida.

Es una tesis sin duda vanguardista y muy bien documentada, debo felicitar al alumno Francisco Quintana García por el trabajo elaborado y por tanto, no hay duda que esta tesis tiene calidad intelectual, profesional, analítica y científica. Es por eso que con mucho agrado extiendo mi voto

A handwritten signature in black ink, enclosed within a hand-drawn oval border. The signature is stylized and appears to be the name of the evaluator.

aprobatorio, toda vez que desde mi punto de vista los requisitos académicos y de calidad que exige nuestra Universidad Nacional Autónoma de México están plenamente cumplidos.

Aprovecho la ocasión para reiterarle las seguridades de mi más atenta y distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E



DR. MIGUEL ACOSTA ROMERO

**PROFESOR DE CARRERA DE TIEMPO
COMPLETO DEFINITIVO DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM
INVESTIGADOR NACIONAL NIVEL III
MAESTRO EMÉRITO DE LA UNIVIERSIDAD
AUTÓNOMA DE NAYARIT. DOCTOR
HONORIS CAUSA DE LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN.**

A mis padres
Sra. Cristina García Verver y Vargas
Dr. Carlos Francisco Quintana Roldán

A la Universidad Nacional Autónoma de México

In memoriam
Lic. Victor Carlos García Moreno

Índice General

Introducción.....	V
Capítulo I	
La Inmunidad Soberana	
1.1. Inmunidad Soberana	
1.1.1. Marco Teórico General.....	1
1.1.2. Concepto de Inmunidad	2
1.1.3. Antecedentes de la Inmunidad Soberana	5
1.1.4. Fundamento de la Inmunidad Soberana	7
1.1.5. Teorías sobre la Inmunidad Soberana	10
1.1.5.1. Teoría de la Inmunidad Absoluta	
1.1.5.2. Teoría de la Inmunidad Restringida	
a. Actos <i>Jure Imperii</i>	
b. Actos <i>Jure Gestionis</i>	
1.1.6. Órganos a los que se extiende la Inmunidad Soberana.....	14
1.1.7. Práctica Internacional.....	15
1.1.7.1. Reino Unido	15
1.1.7.2. Estados Unidos de América	16
1.1.7.3. Bélgica	17
1.1.7.4. Italia	17
1.1.7.5. Suiza.....	18
1.1.7.6. Francia.....	18
1.1.7.7. Alemania	18
1.1.7.8. Otros países.....	19
1.1.7.9. Unión Europea	19
1.1.8. Críticas a la Aplicación de los Criterios de Inmunidad.....	20
1.2. Doctrina del Acto de Estado	
1.2.1. Inmunidad Soberana, Acto de Estado y Admisibilidad de la Queja.....	22
1.2.2. Origen de la Doctrina del Acto de Estado	25
1.2.3. La Doctrina del Acto de Estado y los Derechos Humanos	28
1.2.4. La Doctrina del Acto de Estado en los Estados Unidos de América	29
1.2.5. Instrumentos Internacionales	31
1.2.5.1. Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972.....	31
1.2.5.2. Ley de Inmunidad del Estado del Reino Unido, del 20 de julio de 1978 ...	36
1.2.5.3. Ley de Inmunidad del Estado Extranjero de los Estados Unidos de Norteamérica, del 21 de octubre de 1976, modificada en 1989	38
1.3. Doctrina y Legislación Mexicana	39

Capítulo II Inmunidad Diplomática

2.1. Marco Teórico General	
2.1.1. Antecedentes	43
2.1.2. Fundamento de la Inmunidad Diplomática	47
2.1.3. Definición de Inmunidad Diplomática	48
2.2. Teorías sobre la Inmunidad Diplomática	
2.2.1. Teoría de la Representación Personal	50
2.2.2. Teoría de la Extraterritorialidad	51
2.2.3. Teoría de la Necesidad Funcional	52
2.3. Aplicación y Regulación de la Inmunidad Diplomática	53
2.4. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Generalidades	
2.4.1. Personal de la Misión	59
2.4.2. Funciones de la Misión Diplomática	59
2.5. Codificación de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos	
2.5.1. Privilegios	61
2.5.2. Inviolabilidad de los Agentes Diplomáticos	62
2.5.3. Inviolabilidad de los Locales de la Misión y Documentos Oficiales	63
2.5.3.1. Locales de la Misión	63
2.5.3.2. Documentos, Correspondencia Oficial y Valija Diplomática	64
2.5.3.3. Asilo	64
2.5.4. Inmunidad de la Jurisdicción Local	65
2.5.4.1. Aspectos Generales	65
2.5.4.2. Inmunidad de la Jurisdicción Civil y Administrativa	67
2.5.4.3. Inmunidad de la Jurisdicción Criminal	68
2.5.4.4. Renuncia	68
2.5.4.5. Duración de la Inmunidad para Actos Oficiales	69
2.6. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963	69
2.7. Otros Instrumentos Internacionales	70
2.8. Incidentes y Decisiones Internacionales Recientes	
2.8.1. Reino Unido	71
2.8.2. Estados Unidos de América	73
2.8.3. Corte Internacional de Justicia	73
2.9. Ley del Servicio Exterior Mexicano	75

Capítulo III

Immunidad de los Funcionarios Oficiales en el Derecho Penal Internacional

3.1. Responsabilidad del Individuo en el Derecho Internacional	
3.1.1. El Individuo como Sujeto del Derecho Internacional	78
3.1.2. Responsabilidad Criminal Internacional	81
3.2. Jurisdicción Criminal Internacional	
3.2.1. Principio de Territorialidad.....	88
3.2.2. Principio de Nacionalidad.....	91
3.2.3. Principio de Protección.....	92
3.2.4. Principio de la Personalidad Pasiva	92
3.2.5. Principio de Universalidad.....	93
3.2.5.1. Piratería	94
3.2.5.2. Crímenes de Guerra	95
3.2.5.3. Crímenes de Lesa Humanidad.....	95
3.3. Inmunidad y Jefes de Estado	
3.3.1. Ausencia de Inmunidad.....	102
3.3.2. Tratados Internacionales.....	102
3.4. La Extradición en el Derecho Internacional	106
3.5. El Derecho Internacional Penal en el Orden Jurídico Mexicano	108

Capítulo IV

Análisis Jurídico del Caso Augusto Pinochet

4.1. Antecedentes Históricos (1971-1998)	
4.1.1. Las Dictaduras Latinoamericanas	111
4.1.2. Chile (1973-1990).....	113
4.1.3. Reportes Internacionales y Oficiales	114
4.1.4. El Largo Camino del Arresto	116
4.2. El Caso Pinochet	
4.2.1. El Arresto del Senador Vitalicio.....	118
4.2.2. La Causa Internacional ante la Audiencia Nacional Española	121
4.3. Análisis de las Decisiones Judiciales Inglesas	
4.3.1. Tribunal Superior de Justicia Británico (28 de octubre de 1998).....	124
4.3.2. Sentencia Inédita de la Cámara de los Loes (25 de noviembre de 1998)....	130
4.3.3. Anulación de la Sentencia de los Loes (17 de diciembre de 1998).....	144
4.3.4. Pinochet pierde "en parte" su Inmunidad (24 de marzo de 1999)	148
4.3.5. Londres decide la Extradición de Pinochet (8 de octubre de 1999)	151
4.3.6. Pinochet regresa a Chile.	152

4.4. Imposibilidad de Juzgar a Pinochet en Chile	153
4.6. Necesidad de una Corte Penal Internacional	155
4.7. Estado y Derechos Humanos	158
Conclusiones	160
Bibliografía	167

Introducción

El presente trabajo nace de una necesidad de comprender los asuntos internacionales desde un punto de vista estrictamente jurídico internacional. La evolución y el estudio del derecho internacional no pueden estar aislados de la problemática sociológica internacional, es decir, de los factores que influyen en su desarrollo. El surgimiento de nuevos sujetos en el derecho internacional, agrupaciones de Estados, los derechos y obligaciones consagrados al individuo son fundamentales en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. De igual manera al estudiar un tema de trascendencia internacional, se debe tener siempre presente y al mismo tiempo analizar detalladamente la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los actores involucrados; las fuentes del mismo derecho internacional; los principios fundamentales que rigen las relaciones entre los Estados, entre otros principios.

El Caso Pinochet comienza en una época de transición en los ámbitos político, económico, social, e inclusive militar. El término de la guerra fría a finales de la década de los ochenta, permite que puedan ser analizados los temas políticos que dividieron a la comunidad internacional en un ambiente más objetivo. La globalización de la economía resulta de gran influencia, perjudicial para los juristas internacionales, en la toma de decisiones que abarcan desde una simple transacción comercial y se extiende hasta la vigilancia de los Derechos Humanos. Sudamérica representa un ejemplo claro de la influencia del poder militar en los gobiernos que avanzan hacia un sistema cada vez más democrático. En particular la República de Chile ha sido de las últimas en lograr desprenderse de esa hegemonía militar. Los resultados del Caso Pinochet para la reconciliación plena del país andino no podrán ser vistos a corto plazo. Sin duda alguna el Caso Pinochet ha servido como un detonador clave para retomar, o en algunos supuestos comenzar, el esclarecimiento de las atrocidades cometidas durante su dictadura.

Desde su arresto en la Clínica de Londres, el Caso Pinochet suscitó toda una serie de controversias que fueron dadas a conocer por activistas internacionales y los medios

de comunicación. Es evidente el desconocimiento por la mayoría de estos interlocutores de los aspectos jurídicos, sin menospreciar el gran valor moral y social de sus declaraciones, que se involucraron en el caso. Inclusive en los más altos órganos judiciales, tanto del Reino Unido como de España, se puede comprobar lo difícil que resultó el investigar y decidir sobre asuntos tan delicados en la esfera internacional. Temas tales como la inmunidad, los actos que deben ser considerados oficiales, la aplicación extraterritorial de la ley, los principios aplicables a la extradición, los Derechos Humanos, las razones humanitarias, la clasificación y alcance de los crímenes de guerra, no pueden ser esclarecidos por decisiones apresuradas y mal fundamentadas.

La investigación que a continuación se presenta tiene como su primordial objetivo ofrecer un análisis de los diferentes instrumentos y aspectos jurídicos que se vieron involucrados en el procedimiento seguido contra el Senador Pinochet en el Reino Unido. Es importante señalar que el Caso Pinochet encuentra sus inicios en la judicatura Española varios años antes de la aplicación formal de la orden de arresto. Los fundamentos de las Cortes Españolas no están exentos de una crítica en cuanto al fondo del asunto que trataron, así como las decisiones inglesas no obtienen la aprobación generalizada de la comunidad internacional.

Los tres primeros capítulos del presente trabajo desarrollan las argumentaciones sobre las cuales, los gobiernos chileno, británico y español, basaron su jurisdicción o interés jurídico en el caso. El Capítulo Primero analiza la evolución de la Inmunidad Soberana. Su estudio resulta necesario por la concepción clásica del Estado y la vinculación que tienen sus agentes con el mismo órgano que representan. La figura del soberano por largo tiempo fue equiparada al Estado mismo, por lo cual se consideraba inviolable. El primer paso para poder juzgar a un Estado soberano en cortes nacionales se dio por la evolución de una necesidad que el comercio imponía, es decir, una competencia justa entre particulares. El Estado en sus operaciones comerciales no podía seguir gozando de una protección absoluta frente a su contraparte, v.g. empresas o individuos. La evolución del principio de la inmunidad restringida es aceptado en operaciones civiles y mercantiles, pero es necesario analizar su alcance en la aplicación de dicho principio

en el área del derecho penal internacional. La doctrina de la inmunidad soberana es aplicada paralelamente con dos doctrinas: la del acto de Estado y la no admisibilidad de la queja. Estas doctrinas se ven influenciadas en su mayoría por decisiones políticas más que jurídicas, en algunos casos dependen de una decisión o declaración del poder ejecutivo.

El Segundo Capítulo se enfoca al análisis de la Inmunidad Diplomática. Los privilegios e inmunidades que gozan los representantes de los Estados han evolucionado en mayor medida en el Derecho Diplomático. El General Augusto Pinochet pretendió hacer valer la inmunidad diplomática en su carácter de senador vitalicio. El problema de fondo en el Caso Pinochet se complicaría por varios aspectos: no era claro si el Reino Unido reconocía la inmunidad parlamentaria en una visita no oficial; el pasaporte diplomático del senador vitalicio estaba vencido; su calidad, en el momento del arresto, era la de un ex jefe de Estado, y no era clara la inmunidad concedida a éstos. Las reglas establecidas en los instrumentos que codifican las inmunidades y privilegios diplomáticos representan una de las áreas más consolidadas del derecho internacional, por lo práctico y funcional de su aplicación, pero al parecer conserva una inmunidad absoluta en materia criminal.

El Tercer Capítulo analiza la Jurisdicción Criminal Internacional. El principio de la jurisdicción criminal se fundamenta, principalmente, en su aplicación territorial. La evolución de los crímenes internacionales hace que este principio sea superado por el de la jurisdicción universal. El principio de la jurisdicción universal ha sido aceptado desde el siglo XVII, con la persecución y castigo del crimen de piratería. Es necesario analizar y hacer analogías para poder comprender la aplicación de dicho principio desde épocas tan remotas. Los supuestos en que se presentan los crímenes internacionales, como la tortura y el genocidio, varían fundamentalmente al crimen internacional de piratería, en que este último era cometido en alta mar, donde ningún Estado ejercía su jurisdicción. La desigualdad de los Estados en la conducción de sus relaciones internacionales es el principal impedimento para la aceptación uniforme y generalizada de este principio.

El Capítulo final se limita al análisis jurídico de las sentencias dictadas en Inglaterra y las órdenes de aprehensión españolas. El seguimiento del caso a través de sus distintas etapas nos revela que los temas involucrados no están del todo consolidados en la práctica de los Estados y en la doctrina. Las decisiones judiciales británicas se encuentran llenas de contradicciones, y en algunos casos de razonamientos que retrasan la evolución del derecho internacional. Es importante analizar el procedimiento llevado a cabo en Inglaterra, el cual se limitaba a la declaración del alcance de la inmunidad que gozaba el senador vitalicio y en una segunda etapa a un proceso de extradición interno. Pinochet no sería, al menos en esta etapa, juzgado por los crímenes que cometió en su país. Al parecer ni siquiera los mismos jueces ingleses tenían claro este cometido, ya que en varias de sus resoluciones fueron más allá de lo que realmente necesitaban decidir, calificando en casi todas ellas, como un caso "inusual".

El análisis del Caso Pinochet inevitablemente lleva a la consideración de los temas más actuales en el desarrollo del derecho internacional: la correcta aplicación de los Derechos Humanos; la creación de una Corte Penal Internacional; la no intervención en los asuntos internos de los Estados, aún por razones humanitarias, entre otros.

Capítulo I

La Inmunidad Soberana

1.1. Inmunidad Soberana

1.1.1. Marco Teórico General

La inmunidad del Estado o inmunidad Soberana debe entenderse como una doctrina judicial que prohíbe demandar a un gobierno sin su consentimiento.¹ Esta doctrina fue principalmente desarrollada en los países del sistema del *Common Law*, en especial en las Cortes de los Estados Unidos de América y el Reino Unido. En el caso *Maryland Port Admin. vs I.T.O. Corp. of Baltimore*, el poder judicial norteamericano señaló que el gobierno o sus subdivisiones políticas no pueden ser declarados responsables por los actos de sus oficiales o agentes, a menos de que la inmunidad de la cual goza el Estado haya sido expresamente renunciada por una ley o por inferencia necesaria de un acto legislativo.²

Para el caso particular de los Estados Unidos la inmunidad del gobierno federal en el caso de acciones de “non-tort” ha sido renunciada en la Ley Tucker y la inmunidad contra el “tort”³ en la Ley de Reclamos contra Torts. En 1820 el poder judicial del Reino Unido, en el caso *The Prins Frederick* de 1820,⁴ confirmó la norma constitucional que establecía la inmunidad de la Corona frente a la jurisdicción de los tribunales locales.

Es el mismo Estado el que puede autodelimitarse ejerciendo su soberanía en su ámbito territorial. Pero cuando se trata de interactuar con otros sujetos del derecho

¹ Campbell Black Henry, et. al., *Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, sixth edition, West Publishing Co., St. Paul Minn., U.S.A., 1990., p. 1396.

² *Maryland Port Admin. vs I.T.O. Corp. of Baltimore*, 40 Md.App. 697, 395 A.2d. 145, 149.

³ Cfr. López Monroy Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, Porrúa, primera edición, México, 1999, p. 67; Según el autor López Monroy, “la responsabilidad del “tort” surge del rompimiento de un deber elemental señalado por el derecho”, señala que puede definirse como un agravio o una injuria, aunque en la práctica su aplicación es muy amplia y difícil de definir en un concepto único.

⁴ Mariño Menéndez Fernando., *Derecho Internacional Público*, parte general, segunda edición, ed. Trotta, España, 1995, p. 100.

internacional, pueden presentarse problemas derivados de la inmunidad soberana de un Estado extranjero. La soberanía puede analizarse bajo la perspectiva de dos principios fundamentales: el principio de igualdad de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos que son de la jurisdicción exclusiva de otros Estados.⁵

La igualdad de los Estados, reconocida como uno de los principios fundamentales en la Carta de las Naciones Unidas, da un reconocimiento jurídico al mismo nivel a todos los Estados. La voluntad de cada Estado es igualmente libre para el derecho internacional. Cada Estado es libre de apreciar el sentido de sus obligaciones internacionales y no tiene por qué estar sometido a la determinación o interpretación que un tercer Estado pueda hacer de sus actos.

El principio de no intervención se ha desarrollado alrededor del uso de la fuerza armada, política y económica. Sin embargo no se puede descartar la posibilidad de que un Estado intervenga en la jurisdicción exclusiva de otro, por medio de actos que correspondan a sus órganos legislativos o judiciales. Los casos en que se ha ejercido jurisdicción contra un Estado extranjero, generalmente se han planteado sobre controversias de actos de carácter privado y no de asuntos de orden oficial.

1.1.2. Concepto de Inmunidad

El concepto de inmunidad se ha desarrollado tanto en el ámbito nacional, como en el internacional. Es en el Derecho Parlamentario donde se encuentra el origen de los conceptos de privilegios e inmunidades. Señala Biedegain que la finalidad de los privilegios e inmunidades está ligada primordialmente con la preservación de la libre expresión de la voluntad del individuo, así como facilitar el cabal cumplimiento de sus funciones.⁶

⁵ *Idem.*, p. 86.

⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XV, Driskill S.A., Argentina, 1990, p. 936.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el fuero constitucional es el nombre dado a la inmunidad en el derecho nacional.⁷ El máximo tribunal mexicano al definir el fuero precisó que éste “es un privilegio que se confiere a determinados servidores públicos para salvaguardarlos de eventuales acusaciones sin fundamento, así como para mantener el equilibrio entre los poderes del Estado, dentro de regímenes democráticos”.⁸

El Estado, que se encuentra involucrado en un orden internacional, debe respetar la soberanía y la igualdad de los demás Estados, respetando el principio de no intervención en los asuntos internos de aquellos. Por ello debe abstenerse de juzgar o cuestionar mediante sus órganos de gobierno las actividades de los agentes y oficiales de otros Estados. Es en este sentido que el concepto de jurisdicción, en un nivel internacional, está ligado a los principios de soberanía, igualdad de los Estados y no intervención. La inmunidad soberana de un Estado extranjero se basa en la necesidad de respetar la integridad territorial y la independencia política de los propios Estados.⁹

La inmunidad puede abarcar dos modalidades: la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. La primera se refiere a la imposibilidad de que un Estado extranjero sea demandado o sometido a juicio ante tribunales de otro Estado. A su vez la inmunidad de ejecución se refiere a que un Estado extranjero no puede ser objeto de medidas de ejecución o de aplicación de las decisiones tomadas por los órganos de otro Estado.

El profesor español Mariño Menéndez define a la inmunidad como “una institución que cumple su función en el derecho procesal y no en el Derecho sustantivo.”¹⁰

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Fuero Constitucional*, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LXXXVIII, Aislada, No. de Registro 304,181, p. 327.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversias Constitucionales. Fuero, Concepto de.*, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Tomo III, Junio de 1996, Tesis P./J. 37/96, Jurisprudencia, No. de Registro 200,104, p. 388.

⁹ Shaw Malcolm, *International Law*, fourth edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 1997, p. 491.

¹⁰ Mariño Menéndez, *op. cit.*, p. 103.

El profesor Víctor Carlos García Moreno señala que la inmunidad, en general, es “el privilegio de no estar sujeto al procedimiento ordinario vigente en un determinado país, y que se concede a las personas, sean físicas, sean morales o jurídicas, en virtud de ciertas normas admitidas y aceptadas, nacional o internacionalmente”.¹¹

La inmunidad, según la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se puede entender como “la abstención de ejercer jurisdicción en un procedimiento ante tribunales contra otro Estado.”¹²

El tratadista español Díez de Velasco da a la inmunidad el carácter de un derecho que tiene una persona, o un Estado, frente a otra persona, o Estado, que “no puede ejercer su poder”.¹³

Cabría aclarar que un Estado no puede dejar de ejercer su poder. El Estado perdería uno de los atributos de su soberanía, como es la jurisdicción que ejerce sobre su territorio y su población. Sin embargo el Estado consiente en limitar su soberanía, como una expresión de la autolimitación al poder derivado de su reconocimiento como Estado. Es muy discutible el ámbito de ejercicio de la jurisdicción de un Estado, ya que se encuentra relacionado entre otros temas con la calidad del asunto, ya civil o criminal; a más de otros elementos como la territorialidad, la nacionalidad, entre otros.

Podemos afirmar que un derecho, como lo es la inmunidad, no puede eliminar el ejercicio del poder, sino solamente limitarlo. Si esencialmente hablamos de un derecho a la inmunidad, corresponde al sujeto, al que se le opone el ejercicio de su jurisdicción, la obligación de no ejercer su propio poder. En el ámbito internacional no está definido en la actualidad si el derecho a la inmunidad soberana, en todos los ámbitos de su aplicación, se ha convertido en una norma consuetudinaria de derecho internacional, o

¹¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I-O, tercera edición, Porrúa-UNAM, México, 1989, p. 1731.

¹² Proyecto de Artículos sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas el 7 de junio de 1991, A.G. Doc. Off. 46a Session, supp. No. 10 (A/46/10)

¹³ Díez de Velasco Vallejo Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, décima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 287.

si ha logrado ser codificada de manera tal que podría considerarse como un orden normativo obligatorio para todos los miembros de la comunidad internacional.

Dentro de los límites que se han impuesto a la inmunidad soberana, se ha venido considerando si los crímenes contra la humanidad deben estar excluidos de este privilegio, cuestión que se contrasta con muchos de los precedentes relativos a la inmunidad que se han dado sobre materias comerciales o civiles. Pero una suposición en contrario podría contravenir una norma que ha sido calificada como *jus cogens*.

Por mi parte entiendo que una definición integral de inmunidad soberana debe entenderse como el principio renunciable, de carácter procesal, que establece que ningún Estado está sometido a la jurisdicción de tribunales extranjeros y que sus bienes, situados en territorio extranjero, no están sujetos a embargo, secuestro o ejecución, sino solamente de acuerdo con las obligaciones y restricciones que el derecho internacional y el derecho interno establecen, ésto es, en aquellos actos realizados por el Estado en su carácter de sujeto comercial privado.

1.1.3. Antecedentes de la Inmunidad Soberana

Históricamente la inmunidad del Estado tiene su origen en las teorías relativas a la inmunidad personal de los soberanos o Jefes de Estado.¹⁴ La inmunidad del Estado se basaba en el principio medieval "el rey no puede hacer nada mal." En la Edad Media y el Renacimiento era inimaginable el enjuiciar a un soberano por sus acciones. El soberano era una persona superior, a quien se le debía respeto. El ejemplo más representativo es la frase del rey francés Luis XIV: *l'Etat, c'est moi*. No es sino hasta el siglo XIX, que la necesidad de relacionarse jurídicamente en el ámbito internacional presenta cada vez mayores situaciones en las que entidades soberanas se veían involucradas.

¹⁴ Sindair, *The Law of Sovereign Immunity, Recent Development*, RCADI 1980, II, vol. 167, p. 121.

Los Estados comenzaron a relacionarse con otros Estados en asuntos de orden político, comercial, civil o laboral, entre otros. Como consecuencia de las desavenencias resultantes de esas relaciones jurídicas, los Estados se vieron en la necesidad de acudir a los tribunales de otro Estado, como demandantes o demandados. Se dio así el enfrentamiento de dos entidades dotadas de independencia y de soberanía, dos entidades que se encontraban al mismo nivel. Los dos entes relacionados en una controversia encuentran protegidos sus intereses por los principios de la soberanía, independencia, e igualdad de los Estados. El Estado donde serán juzgados los hechos ve resguardados sus intereses por el principio de soberanía territorial y de independencia. Este Estado, el Estado territorial o Estado del foro, puede legislar, juzgar y decidir las relaciones que se desarrollan en el ámbito de su competencia.

Pero de la misma manera y con igual derecho, se encuentra el Estado extranjero tutelado por los principios de soberanía e igualdad de los Estados. Estos principios protegen el interés del Estado extranjero para que, en todo caso, y al menos en determinados supuestos, no deba someterse a los órganos judiciales y administrativos del Estado territorial.¹⁵ Es necesario para la convivencia internacional armonizar los intereses contrapuestos de los Estados y en determinadas circunstancias es necesario aplicar la regla de la inmunidad soberana. Las causas pueden ser variadas, causas políticas, jurídicas, sociales, económicas o por reciprocidad internacional.

Sin embargo, el orden internacional y el respeto a los principios del derecho internacional deben estar por encima de los conflictos entre las naciones. Es aquí donde el derecho internacional se ha planteado las siguientes hipótesis: ¿Cuándo es necesario abstenerse de juzgar una causa?¹⁶; ¿Interfiere la función judicial con el poder ejecutivo en el manejo de las relaciones internacionales?¹⁷; ¿Debe respetarse al Estado extranjero por reciprocidad internacional aún en caso de violación al propio derecho interno o al derecho internacional?

¹⁵ Díez de Velasco, op. cit., p. 287.

¹⁶ En la doctrina británica se utiliza el término "*Judicial Restraint*" para referirse a veces a la inactividad del poder judicial en casos de inmunidad soberana.

¹⁷ Fundamento de la doctrina del acto de Estado.

1.1.4. Fundamento de la Inmunidad Soberana

Para encontrar el fundamento de la inmunidad de los Estados se debe analizar sobre todo las decisiones de los tribunales internos. Se ha aceptado por estudiosos del derecho internacional que este principio es primordialmente un principio de derecho internacional consuetudinario, derivado de la práctica de los foros de los Estados. Del análisis de los diferentes precedentes se desprende que los ámbitos de la inmunidad no han sido abarcados en su totalidad, en especial en la última mitad del siglo XX con relación a los Derechos Humanos.

Señala Brownlie que la inmunidad, a diferencia de otras situaciones jurídicas o políticas, "presupone una materia sobre la cual la jurisdicción podría ejercerse, si no fuera precisamente porque es cubierta por la doctrina de la inmunidad."¹⁸ La descripción propuesta por el publicista inglés sobre la base para la inmunidad cobra fuerza cuando se compara con las doctrinas del acto de Estado y admisibilidad de la queja.

El principio de inmunidad soberana fue expresado en 1812 por el Juez Marshall, presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *The Schooner Exchange vs McFaddon*¹⁹, donde se alegaba la propiedad de un barco que había sido confiscado en alta mar a nombre de Napoleón como emperador de Francia y fue llevado a territorio americano, sin mediar orden judicial alguna. El Procurador de los Estados Unidos sugirió que la embarcación era una de carácter público del gobierno francés y que había llegado a puerto por estar en peligro.

El Juez Marshall señaló que la jurisdicción de los Estados dentro de su territorio es absoluta y exclusiva y que cualquier restricción externa implicaría una disminución de su soberanía. Cualquier excepción que se hiciera a la soberanía de un Estado, debe

¹⁸ Cfr. Brownlie, Ann. IDI 1992, ses. De Bâle, vol. 64-II, pp. 388 ss.

¹⁹ *Schooner Exchange vs. McFaddon* 11 US (7Cranch) 116. (1812).

ser solamente por el consentimiento, ya sea expreso o implícito, del mismo Estado. Al referirse a la igualdad e independencia de los Estados apuntó:

“El mundo compuesto por distintas soberanías, con iguales derechos e independencia, cuyos mutuos beneficios son fruto del intercambio de unos con otros, ... están de acuerdo en la relajación en la práctica, en casos bajo ciertas circunstancias especiales, de la jurisdicción absoluta y completa que la soberanía les confiere dentro de sus respectivos territorios. Esta completa y absoluta jurisdicción territorial siendo un atributo de cada soberano, y siendo incapaz de conceder poder extraterritorial, no contempla Soberanos extranjeros o sus derechos soberanos como sus objetos. Un Soberano que en ningún sentido es responsable ante otro, y estando obligado por obligaciones del más alto nivel a no degradar la dignidad de su Nación, al ponerse el mismo o a sus derechos soberanos dentro de la jurisdicción de otro Estado, puede suponerse que entra en un territorio extranjero solamente bajo consentimiento expreso, o con la confianza de que las inmunidades pertenecientes a su situación soberana independiente... quedan reservadas por implicación y serán extendidas a él”²⁰

La referida sentencia de la Suprema Corte norteamericana declaró que la inmunidad se extiende, no solamente al soberano, sino, también a los diferentes órganos que forman parte del Estado, como son los agentes diplomáticos y las fuerzas armadas.²¹

La doctrina de la inmunidad encuentra su fundamentación en los principios de igualdad soberana y de no intervención. El primer principio se expresa en la máxima *par in*

²⁰ *Idem.*, p. 137.

²¹ Bishop Jr. William W., *International Law, cases and materials*, third edition, Little Brown and Company Limited, U.S.A., 1962, p. 660.

parem non habet imperium.²² Los Estados al encontrarse en un plano de igualdad para el derecho internacional, no pueden someter a otro Estado a su jurisdicción y solamente podrán hacer valer sus derechos mediante los mecanismos y las normas que el mismo derecho internacional establece.²³

La codificación de esta materia se ha visto acrecentada en las últimas décadas con la formulación de leyes específicas, la mayoría de ellas pertenecientes al sistema anglosajón, como son:

- Ley de Inmunidad del Estado Extranjero, del 21 de octubre de 1976, de los Estados Unidos; modificada en 1989;
- Ley de Inmunidad del Estado, del 20 de julio de 1978, del Reino Unido;
- Ley de Inmunidad del Estado, del 1979 de Singapur;
- Ley que regula sobre la Inmunidad del Estado en Cortes Canadienses, del 3 de junio de 1982;
- Ley de Inmunidad de Estados Extranjeros de Australia, del 1 de abril de 1986.

La inmunidad del Estado ha sido materia de convenios y proyectos de convenios internacionales. Entre los más importantes encontramos:

- Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, hecha en Basilea el 16 de mayo de 1972;
- Proyecto Interamericano sobre Inmunidad Jurisdiccional de los Estados, aprobado el 21 de enero de 1983 por el Comité Jurídico Interamericano en el marco de la OEA;
- Proyecto de Artículos sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptado en primera lectura por

²² No se puede ejercer jurisdicción entre iguales.

²³ Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, artículo 2.

la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas el 20 de junio de 1986;

- Otros tratados internacionales hacen mención de algunos aspectos de la inmunidad del Estado en relación con sus individuos, propiedades así como navíos oficiales y militares.²⁴

1.1.5. Teorías sobre la Inmunidad Soberana

La inmunidad en las diversas decisiones judiciales, así como en los instrumentos nacionales e internacionales, ha dado lugar a una dicotomía en su esencia: inmunidad absoluta e inmunidad relativa. La primera teoría concedía una inmunidad ilimitada en su alcance. Es después de la Segunda Guerra Mundial cuando empiezan a coexistir las dos teorías, debido al gran incremento de relaciones comerciales en las que se vieron involucrados los Estados. La teoría de la inmunidad restringida concedía a los Estados inmunidad en relación con sus actos soberanos o de derecho público (*jure imperii*), pero no respecto a sus actos comerciales o de derecho privado (*jure gestionis*).²⁵

1.1.5.1. Teoría de la Inmunidad Absoluta

La teoría de la inmunidad absoluta se desarrolló en tribunales nacionales a fines del siglo XVIII y continuó a través de todo el siglo XIX. La teoría fue mantenida durante muchos años por los tribunales británicos y americanos.

²⁴ Convenios de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y la Zona Contigua; Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982; Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; Convenio de Bruselas de 1926 para la Unificación de ciertas reglas relativas a la Inmunidad de Navíos de Propiedad Estatal

²⁵ Cfr.. Sorensen Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 414.

Bajo esta teoría las cortes nacionales no pueden juzgar los actos de otro Estado, o al Estado mismo y sus agentes, no toman en cuenta la naturaleza o la finalidad de los actos. Por el simple hecho de ser parte del Estado una embarcación, fuese de guerra o de carácter público, tenía derecho a la inmunidad absoluta que gozaba el Estado Soberano. Los Estados estaban obligados a abstenerse de ejercer la jurisdicción *in personam* o *in rem*, con el objeto de obtener el cumplimiento de sus leyes locales contra un Estado extranjero o sus bienes. Las decisiones nacionales se basaban en el principio de soberanía, enunciado por el presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el Juez Marshall.

Esta doctrina es mantenida todavía por algunos países latinoamericanos, como Argentina, Brasil, Colombia y Chile.

1.1.5.2. Teoría de la Inmunidad Restringida

La teoría de la inmunidad restringida surge en la época del intervencionismo del Estado en la economía. Resulta lógica la naturaleza de la inmunidad restringida ya que sería injusta una relación de negocios entre un particular y un Estado, si en el caso de un incumplimiento dicho Estado no pudiera ser declarado responsable ante los tribunales donde se dirimiera la controversia.

La *Cour de Cassation* francesa expresó esta doctrina señalando:

“ la función del Estado consiste en gobernar, ejercer la autoridad legislativa, judicial y administrativa, perdiendo la dignidad e igualdad de un soberano si desciende a un plano comercial.”²⁶

²⁶ *Procurateur général pres de la Cour de cassation c. Vestwig et autres, Cour de cassation*, 5 de febrero de 1946, Rec. Sirey, 1947, 1, p. 139.

Esta concepción restringida o limitada de la inmunidad, fue inicialmente adoptada por Bélgica, Italia, Francia Suiza, Austria, Alemania y posteriormente aceptada por los Estados Unidos y el Reino Unido.

A pesar de la aceptación de esta doctrina, los Estados no interpretan el alcance teórico de la inmunidad con un criterio uniforme. Se han alegado como fundamento de la inmunidad restringida, con sus respectivas limitaciones, las teorías de la renuncia implícita, la reciprocidad o la doble personalidad del Estado.²⁷

El criterio más aceptado ha sido el que distingue entre actos soberanos (*jure imperii*) y actos no gubernamentales o privados (*jure gestionis*).

a. Actos *jure Imperii*

Los actos que se consideran como inmunes a la jurisdicción de las cortes internas de otro Estado son los actos realizados por el Estado en el ejercicio de su soberanía, llamados *acta jure imperii*.²⁸

b. Actos *Jure Gestionis*

Los actos del Estado que no pueden ampararse en la inmunidad, son los actos propios de las actividades de gestión o administración, llamados *acta jure gestionis*. En el Caso el 1º Congreso del Partido la Cámara de los Lores inglesa señaló:

“no es justo que los propósitos del acto sean servir los propósitos del Estado, el acto debe ser por si mismo un acto de gobierno, contrario a un acto que un particular puede realizar.”²⁹

²⁷ Mariño Menéndez, op. cit., p. 107.

²⁸ Díez de Velasco, op. cit., p. 293

²⁹ 1º Congreso del Partido, (1983) AC 244, 267; 64 ILR, pp 307, 318.

Una de las críticas más severas a esta teoría que clasifica los actos del Estado radica en su subjetividad. Lo que para un foro puede ser oficial, para otro puede no serlo. No existen en la actualidad reglas uniformes para definir el problema de fondo, la naturaleza y finalidad del acto. Para algunos tribunales el criterio decisivo radica en saber si el acto del Estado cumple con una función pública. Aunque en la práctica se han relacionado con facilidad actividades netamente comerciales, como lo es un contrato de transporte de mercancías, con una finalidad pública.

Otro criterio para calificar una actividad de un Estado como pública o privada radica en la naturaleza jurídica del acto, que aprecia si el acto, por su naturaleza, solamente puede ser realizado por el Estado: entonces se considera oficial y gozará de inmunidad. Si por el contrario, el acto lo puede realizar un particular, y el análisis de dicho acto no representa un atentado contra la soberanía del país extranjero aún cuando persiga una finalidad pública, entonces dicho acto podrá ser juzgado por los tribunales de otro Estado. Señala Weiss que lo que importa es la naturaleza del acto, por ejemplo un contrato de compraventa, y no la finalidad del mismo, que puede ser una finalidad pública.³⁰

Esta distinción, entre la naturaleza del acto y su finalidad hace que haya una variedad de criterios y la práctica no sea uniforme. El caso concreto se presentó a principios de siglo pasado cuando los tribunales italianos, franceses y norteamericanos, decidieron sobre la compraventa de botas para el Ejército de un Estado. Por su naturaleza meramente administrativa el acto fue calificado por los tribunales italianos como un acto *jure gestionis*.³¹ De manera contraria los tribunales franceses y de norteamericanos calificaron el mismo acto como *jure imperii*.³²

³⁰ Cfr. Díez de Velasco, op. cit., p. 293.

³¹ *Governo Rumeno c. Trutta*, *Giur.it.*, 1926, Pt. I [1], p. 774; *Foro It.* [1925], I, Col. 584.

³² *Gouvernement espagnol c. Casaux*, 22 enero 1849, *Dalloz*, 1849, 1, 5.; *Kingdom of Rumania v. Guarantee Trust Co. of New York*, 250 Fed. 341 [1918].

1.1.6. Órganos a los que se extiende la Inmunidad Soberana

El Estado es una persona jurídica formada por un pueblo, un territorio y un poder representado a través de sus agentes y órganos de gobierno en la esfera internacional. En general, se puede señalar que cuando los actos son realizados por un órgano que no es parte del aparato del Estado, no es inmune a la jurisdicción de las cortes nacionales de otro Estado.³³

La inmunidad del Estado hace referencia al gobierno y a todos los órganos superiores de la administración pública. Las inmunidades y privilegios de estos órganos se regulan por normas internacionales e internas específicas, distintas de las que regulan la inmunidad del Estado en cuanto tal. La inmunidad del Estado, se extiende a:

- El jefe de gobierno
- El jefe de Estado
- El ministro de Relaciones Exteriores
- Las misiones diplomáticas
- Los demás órganos de representación del Estado en el exterior
- Funcionarios consulares
- Fuerzas Armadas

Para poder determinar si un agente u órgano de gobierno tiene derecho a la inmunidad se debe aplicar el examen de la función del órgano y no el de la personalidad del Estado. El hecho de estar contemplado dentro del esquema del gobierno, no es razón suficiente para conceder la inmunidad, ya que se pueden estar realizando operaciones con carácter puramente comercial.³⁴

³³ Shaw, *op. cit.*, p. 511.

³⁴ *Idem.*, p. 513.

1.1.7. Práctica Internacional

1.1.7.1. Reino Unido

El Reino Unido apoyaba con mayor fuerza la teoría de la inmunidad absoluta. Las dos decisiones más importantes que sostuvieron esta teoría fueron de la Corte de Apelación, el caso *The Parliament Belge* de 1880³⁵ y el *Porto Alexandre* de 1920.³⁶ En la primera decisión se trataba de un buque belga propiedad del Estado, tripulado por miembros de la armada belga, que tenía un carácter mixto de buque correo y barco de carga y pasaje. Los tribunales ingleses destacaron su función pública como buque de correo concediendo la inmunidad.

En el Caso *Port Alexandre* se hacía referencia a la propiedad de un buque del Estado portugués, hecho suyo en virtud del derecho de presa durante la Primera Guerra Mundial, reclamado por sus antiguos propietarios alemanes. La corte reconoció la inmunidad a pesar del carácter mercantil de sus actividades.

En ambas decisiones no se tomaron en cuenta la naturaleza de las actividades a las que se dedicaban las embarcaciones, ya que se consideraban embarcaciones públicas, es decir parte del Estado. A pesar de la falta de una decisión del máximo órgano judicial en relación con la inmunidad absoluta, la Cámara de los Lores, en la opinión de Lord Maughan, ha expresado su inconformidad con la doctrina de la inmunidad absoluta en el caso *The S.S. Cristina* desde el año de 1938, cuando señaló que la ley inglesa no estaba definida en favor de conceder la inmunidad a las embarcaciones propiedad del gobierno que participaban en actividades comerciales.³⁷

En la actualidad la posición del Reino Unido demuestra una clara tendencia a la restricción de la inmunidad. Así lo demuestra la promulgación de la Ley de la Inmunidad de los Estados de 1978 y la adhesión a la Convención Europea sobre

³⁵ *The Parliament Belge* (1880, 5 P.D. 197)

³⁶ *The Porto Alexandre* (1920) p. 30; Ann.Dig. 1919-22 n. 100.

Inmunidad Soberana de 1972. Cabe señalar que dichos instrumentos mencionan una renuncia a la inmunidad soberana del Estado en materias esencialmente comerciales, no siendo del todo explícitos en materia penal.

1.1.7.2. Estados Unidos de América

La práctica judicial norteamericana ha transcurrido con mayor frecuencia sobre casos que involucraron naves públicas. La Suprema Corte declaró en 1926, en el caso *Berizzi Bros. Co. vs. S.S. Pessaro*,³⁸ que una nave perteneciente y operada por el gobierno italiano encargada de transportar aceite de olivo a los Estados Unidos, tenía derecho a la misma inmunidad que las naves de guerra. En la sentencia se menciona que si bien en el caso *Schooner Exchange* en 1812, no se señaló nada respecto de las naves comerciales, era porque en ese tiempo no era común que los gobiernos realizaran operaciones comerciales y las embarcaciones comerciales eran de carácter privado. La Corte concedió la inmunidad al barco a pesar de realizar actos de naturaleza comercial, por el simple hecho de pertenecer y ser utilizado por el gobierno para una finalidad pública.³⁹

A partir de la década de los 40 se puede ver que los Estados Unidos no han seguido de manera incondicional la teoría de la inmunidad absoluta. En las decisiones *Ex parte Republic of Peru* de 1943 y en el caso *Republic of México vs. Hoffman* de 1945, se limitó la teoría absoluta indirectamente, denegando la inmunidad a naves mercantes que no estuvieran en posesión del gobierno extranjero.⁴⁰ Fue hasta el año de 1952 cuando el Departamento de Estado, a través de la denominada "Carta Tate", donde se anunció de manera oficial que se seguiría la doctrina de la inmunidad restringida por el incremento de actividades por parte de los gobiernos en transacciones comerciales.⁴¹

³⁷ Cfr. Bishop, op. cit., p. 669.

³⁸ Caso *Berizzi Bros. Co. vs. S.S. Pessaro*, 271, U.S. 536, 574 (1926).

³⁹ Bishop, op. cit., p. 663.

⁴⁰ Sorensen, op. cit., p. 422.

⁴¹ Carta del Asesor Jurídico, Jack B. Tate, al Departamento de Justicia, mayo 19 de 1952, 626 Department of State Bulletin, 984 (1952).

La Suprema Corte de los Estados Unidos expresamente se pronunció a favor de la inmunidad restringida en 1976 en el Caso *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*.⁴² De manera similar al Reino Unido, el gobierno norteamericano promulgó en 1976 la Ley sobre la Inmunidad del Estado Extranjero, donde limita de manera sustancial la inmunidad que goza un Estado en sus tribunales nacionales.

1.1.7.3. Bélgica

Ha aplicado la teoría restrictiva. El caso principal de la Suprema Corte de Bélgica, decidido en 1903, negó la inmunidad a Holanda sobre un contrato de trabajo en una estación holandesa situada en los Países Bajos por considerar que la operación era un acto privado de carácter comercial.⁴³

1.1.7.4. Italia

Desde finales del siglo XIX los tribunales italianos negaron la inmunidad a los Estados basándose en la naturaleza de los actos con un carácter público o privado. Así en 1886, en el caso *Gutteriez vs. Elmilik*, la Corte de Casación de Florencia denegó la inmunidad en un pleito para cobrar honorarios en un contrato de servicios prestados en nombre del gobierno de Túnez.⁴⁴

Una aportación importante de los precedentes italianos radica en la declaración de que las normas o criterios predominantes para precisar la naturaleza de los actos son las que se encuentran en el derecho interno, y no en la ley del Estado que reclama la inmunidad.⁴⁵

⁴² *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 US 682 (1976); 15 ILM (1976).

⁴³ *Société anonyme des chemins de fer Liégeois-Luxembourgeois vs. État néerlandais (pasicisie Belge)*, 1908, vol. I, p. 294.

⁴⁴ *Gutteriez vs. Elmilik*, Corte de Casación de Florencia, Foro Italiano 1886, vol. I p. 913.

⁴⁵ *Floridi vs. Sovexportfilm*. 49, AJIL, p. 98 (1955); *Borga vs. Russian Trade Delegation*, ILR, 1955, p. 235.

1.1.7.5. Suiza

Los tribunales suizos adoptaron la teoría restringida desde principios del siglo XX. En 1918 la Corte Suprema de Suiza otorgó el carácter privado a la relación jurídica creada por empréstitos públicos entre el ministro de finanzas del Estado extranjero y los tenedores de bonos suizos.⁴⁶ En la práctica jurídica suiza para conceder la inmunidad a un Estado, además de ser un acto de carácter comercial o privado, es necesario que el acto tenga alguna conexión con el territorio suizo.⁴⁷

1.1.7.6. Francia

A pesar de mantener una posición a favor de la inmunidad absoluta durante todo el siglo XIX, Francia se puede considerar dentro de la práctica de la inmunidad restringida a partir del rotundo cambio en el Caso *Roumania vs. Pascalet*, en donde el Tribunal de Marsella,⁴⁸ declaró que aún la “compraventa de mercancías para su reventa a nacionales era un acto de comercio”, por lo cual se abstuvo de conceder la inmunidad al Estado extranjero. Los tribunales franceses ponen especial atención a la evidente separación entre el organismo y el gobierno.⁴⁹

1.1.7.7. Alemania

El concepto de inmunidad absoluta fue abandonado por los tribunales alemanes a través del campo del derecho marítimo en 1938, siguiendo los principios de la Convención de Bruselas de 1926 en el caso *Visurgis y Sienna*⁵⁰.

⁴⁶ *K.K. Osterreichische Finanzministerium vs. Dreyfus*, ESB-G, vol. 44, p. 49.

⁴⁷ En 1930, en el caso *Hellenische Republik vs. Obergericht Zurich*, la Corte concedió la inmunidad porque el contrato origen del litigio se había ejecutado fuera de Suiza.

⁴⁸ *Caso Roumania vs. Pascalet*, Tribunal de Marsella, A.D. 1923-24, Caso No. 68.

⁴⁹ Sorensen, op. cit., p. 424.

⁵⁰ *Caso Visurgis y Sienna*, AD 1938-40, caso No. 94.

En un pleito instaurado por una firma alemana en cobro de una cuenta por reparaciones al edificio de una embajada extranjera la Corte Constitucional Alemana declaró que el derecho internacional no impide el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales locales en casos que comprenden las actividades *jure gestionis* de un Estado extranjero.⁵¹

1.1.7.8. Otros países

Los tribunales griegos y austríacos han seguido el modelo de la inmunidad restringida desde principios del siglo XX. La Suprema Corte de Austria en 1950 determinó que a la luz de la creciente actividad de los Estados en el campo comercial la doctrina clásica de la inmunidad absoluta había perdido su significado y no era más una regla de derecho internacional.⁵² De igual manera se puede encontrar apoyo a la teoría restrictiva en las decisiones de los tribunales de Irlanda y Egipto.

1.1.7.9. Unión Europea

El caso de la Unión Europea fue analizado por la Corte de Apelación Inglesa en 1988 y señaló que a la Comunidad Europea, al no ser un Estado, no se le podía aplicar la Ley sobre Inmunidad de los Estados de 1978, pero se discutió si le sería aplicable, por analogía, la inmunidad soberana bajo las reglas del *Common Law*.⁵³

El Juez Kerr calificó esta proposición como "enteramente incorrecta".⁵⁴ Se reconoció la personalidad internacional de la cual goza la Comunidad Europea y el ejercicio de ciertos poderes y funciones análogas a la de los Estados. Pero no se aplicó el principio de inmunidad soberana porque este principio es una derogación del normal ejercicio de la jurisdicción de las cortes y solamente puede ser establecido en casos concretos.

⁵¹ Cfr. Sorensen, op. cit., p. 425.

⁵² Caso *Dralle v. Republic of Czechoslovakia*, 17 ILR, p. 155 (1950)

⁵³ Caso *Maclaine Watson v. Department of Trade Industry*, (1988) 3 WLR 1033; 80 ILR, p. 49.

⁵⁴ Shaw, op. cit., p. 516.

La Corte se refirió a la omisión expresa respecto de la inmunidad de jurisdicción por parte de los tratados, de 1957 y 1965, que constituyeron a la Comunidad Europea.

1.1.8. Críticas a la Aplicación de los Criterios de Inmunidad

Afirma Sorensen que no hay suficientes decisiones judiciales o laudos arbitrales sobre el alcance de la inmunidad o sus restricciones.⁵⁵ Aunque las decisiones judiciales en la materia son escasas, de ellas se puede desprender la distinción primordial de los actos del Estado. Uno de los problemas más difíciles de resolver en esta materia se presenta cuando se cuestiona el respeto a los Derechos Humanos. ¿Es posible que la violación a los mismos pueda ser considerada como un acto de Estado?

La Suprema Corte norteamericana en el Caso *Saudi Arabia v. Nelson*⁵⁶ sostuvo que el supuesto arresto ilegal, encarcelamiento y tortura por el gobierno saudí de Nelson se consideraba como un abuso del poder de su política por ese gobierno y “el ejercicio del poder por un Estado extranjero de su propia política ha sido por mucho tiempo entendido para los propósitos de la teoría restrictiva particularmente como soberano”.⁵⁷

La Corte de Apelaciones del Reino Unido en el Caso *Al-Adsani v. Government of Kuwait*⁵⁸ al tratar el tema de la tortura otorgó la inmunidad, aún cuando el acto era claramente contrario al derecho internacional, por tratarse de una acción civil.

Afirma el profesor inglés Brownlie que los diferentes instrumentos que contienen el principio de la inmunidad restrictiva no aportan una solución de carácter uniforme.⁵⁹ Lo que podemos encontrar en los cuerpos normativos, tanto nacionales e internacionales,

⁵⁵ Sorensen, op. cit., p.415

⁵⁶ *Saudi Arabia v. Nelson*, 123 L.Ed. 2d 47, 61 (1993); 100 ILR, pp 544, 533.

⁵⁷ Shaw, op. cit., p. 505

⁵⁸ *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, (1996) 1 Lloyd's Reports 104.

⁵⁹ Brownlie Ian, *Principles of International Law.*, fourth edition, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 330.

son un número de excepciones que siempre han sido reconocidas de manera general al principio de inmunidad.

El mismo publicista inglés critica severamente los criterios de la teoría restringida, el de la finalidad y la naturaleza del acto, por considerarlos poco claros y subjetivos. Las cortes nacionales al aplicar este principio han producido una clasificación complicada en materias tan diversas, como la adquisición de equipo militar, la operación de vías férreas estatales, la promoción hecha por oficinas gubernamentales, entre otros temas.

Un método objetivo y razonable para clasificar los actos de los Estados es el que utilizan la ley inglesa, australiana y norteamericana. Un método más homogéneo debe fijarse tres elementos: aceptar un principio general de inmunidad a la jurisdicción de las cortes nacionales, un listado de las excepciones validas a dicha inmunidad, y dar garantía de que la ejecución de la sentencia podrá ser llevada a cabo contra el Estado extranjero respecto de la propiedad que ha sido utilizada con fines comerciales.⁶⁰

Un segundo método, propuesto por el profesor británico, se basa en la combinación de dos criterios, los cuales no necesariamente deben prevalecer el uno sobre el otro, sino analizarse y aplicarse conjuntamente. El criterio a seguir es comprobar la competencia o incompetencia del foro.⁶¹

Se proponen, de manera indicativa, más no limitativa, algunos criterios para declarar la incompetencia sobre el asunto (*ratione materiae*) por parte del sistema legal del Estado del foro. Se menciona que no podrán ser materia de juicio en cortes nacionales la validez, significado o efecto de operaciones hechas por los Estados o de sus actos legislativos o administrativos internos en términos de derecho internacional público. De igual manera, no podrán ser juzgados en cortes nacionales el contenido, conducta o forma de implementar las políticas exteriores o de defensa de otros Estados; las operaciones referentes a la validez, significado y aplicación de un acuerdo entre gobiernos para la creación de agencias, instituciones o fondos.

⁶⁰ *idem*, 333

⁶¹ *Ibidem*.

El criterio para declarar la competencia en cuanto al asunto (*ratione materiae*) puede analizarse bajo los siguientes supuestos: en cuestiones comerciales, y a falta de disposición en contrario, las cortes nacionales son competentes para juzgar a un Estado extranjero parte en la controversia; disputas relacionadas con controversias de derecho privado, como contratos, préstamos, garantías o acciones reales, entre otras; procedimientos relacionados con la muerte o lesiones a una persona o pérdida o daño a una propiedad por un acto o una omisión del Estado extranjero. También se hace mención de la competencia *ratione materiae* en materia fiscal, aduanas y derechos cuando se manifiesten en relaciones comerciales.⁶²

1.2. Doctrina del Acto de Estado

1.2.1 Inmunidad Soberana, Acto de Estado y Admisibilidad de la Queja

La inmunidad soberana está relacionada con dos doctrinas legales, la doctrina del acto de Estado y la de doctrina de la admisibilidad de la queja. Estas dos doctrinas, al igual que la doctrina de inmunidad soberana, encuentran su fundamentación en los principios de la igualdad e independencia de los Estados, y el principio de no intervención, pero cada una tiene características propias.

La doctrina de la inmunidad presupone la existencia de la materia sobre la cual será aplicada la jurisdicción de las cortes locales. Existen ciertas materias en las que los tribunales internos carecen de toda jurisdicción, sobre las bases de otras normas o principios del Derecho Internacional, independientemente del principio de inmunidad.⁶³

El derecho anglosajón reconoce el término de *non-justiciability* o *inadmissibility* para señalar el supuesto en que no existe base legal para ejercer la jurisdicción de las

⁶² Idem., p. 336

⁶³ Mariño, op. cit, p. 103.

cortes nacionales en un asunto.⁶⁴ Brownlie señala que se puede explicar la inadmisibilidad como el supuesto en que las cortes no tienen "competencia para hacer valer su jurisdicción".⁶⁵

En las doctrinas de la admisibilidad de la queja y del acto de Estado, los autores de derecho internacional señalan que es difícil diferenciar cuando se deben aplicar dichas teorías. Las distintas teorías pueden ser ejercidas en una misma controversia y en algunas ocasiones con respecto un mismo punto petitorio.⁶⁶

El principio de admisibilidad descansa primordialmente sobre el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Resulta difícil catalogar las áreas a las cuales aplica este principio pero las cortes locales se ven constreñidas a no juzgar el asunto por no ser un foro apropiado dependiendo del fondo de la controversia.⁶⁷

Un ejemplo de la admisibilidad de la demanda sería la inmunidad que gozan los árbitros internacionales de los foros donde se lleva a cabo el arbitraje.⁶⁸ Las cortes nacionales tampoco pueden decidir sobre el incumplimiento o alcance de un acuerdo internacional celebrado por Estados soberanos, esta solución solamente puede buscarse en un plano internacional.⁶⁹ Cuando el fondo del asunto es considerado un asunto político delicado, las cortes nacionales han aplicado la doctrina denominada de la "cuestión política", cuyo fundamento descansa en la conveniencia de llevar una política exterior sana.⁷⁰

⁶⁴ Shaw, op.cit., p. 129. La doctrina española utiliza el término de "admisibilidad de la demanda" y el profesor Sèpulveda se refiere al término "no justiciable".

⁶⁵ Brownlie, op. cit., p. 323.

⁶⁶ *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, 1987, reporter's note 11 p.16.

⁶⁷ Brownlie, op. cit., p. 325.

⁶⁸ *Secretary of State vs. Kamachee Boye Sahaba* (1859), 13 Moo. PC 22.

⁶⁹ *Maclaine Watson v. Department of Trade Injury, House of Lords*, (1989) 3 All ER 523, 544, el caso estaba relacionado con la creación del desaparecido Consejo Internacional de Estaño (International Tin Council) que involucraba la decisión de los derechos y obligaciones de cuatro soberanías; *British Airway Board v. Laker Airways Ltd.* (1985) AC 58, 85-6.

⁷⁰ *Greenham Women against Cruise Missiles v. Reagan Case*, 591 F.Supp. 1332 (1984) relacionado con misiles en el Reino Unido.

Los conceptos de admisibilidad de la queja y acto de Estado son distintos tal como se señaló en el caso *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC*:

"los dos conceptos son similares ya que reflejan la necesidad de respetar la soberanía de un Estado extranjero, pero se diferencian en que la admisibilidad de la queja se enfoca en la jurisdicción de la corte y es un principio de derecho internacional, mientras que la doctrina de acto de Estado, constituye una doctrina de prudencia de un derecho interno teniendo como raíces un orden constitucional."⁷¹

La doctrina de inmunidad jurisdiccional de los Estados debe distinguirse de la doctrina llamada "Acto de Estado". En general esta doctrina da eficacia en el orden jurídico del Estado del foro a cualquier acto que un Estado extranjero haya realizado en ejercicio de su propio poder público, aunque dicho acto fuera en contra de las leyes del Estado del foro, y en algunos casos en contra del propio derecho internacional. Se pueden considerar actos de Estado: las reformas o enmiendas constitucionales, leyes nacionales, decretos y en algunas circunstancias a actos físicos tales como la ocupación de una propiedad por las fuerzas militares de un Estado bajo una política pública. Un pronunciamiento oficial de un gobierno extranjero describiendo un determinado acto como público puede considerarse como evidencia fehaciente de que el acto tiene un carácter oficial.⁷²

La teoría de la inmunidad del Estado la podemos definir como una "situación jurídica subjetiva", de la que es titular el Estado.⁷³ A diferencia de la excepción de la inmunidad soberana de jurisdicción, que la puede hacer valer el mismo Estado o la puede renunciar. En la doctrina del acto de Estado no importa si el Estado extranjero alega esta doctrina o no, la decisión de considerarla recae totalmente en la Corte del foro. La

⁷¹ *Caso International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC*, 649 F.2d. 1354, 1359; 66 ILR, pp. 413, 418.

⁷² *Restatement Third 1987*, op. cit., comment i.

⁷³ Mariffo, op. cit., p. 103.

excepción a la jurisdicción por medio de la doctrina del acto de Estado en ningún momento es renunciable.⁷⁴

Una de las mayores diferencias entre la inmunidad soberana y la doctrina del acto de Estado, se encuentra en que la primera se enfoca en el análisis judicial de los actos de Estados extranjeros cuando tienen relación o son tomados en contra del Estado del foro.⁷⁵ En contraste, la doctrina del acto de Estado se refiere al análisis de los actos del Estado extranjero en su propio territorio.⁷⁶

1.2.2. Origen de la Doctrina del Acto de Estado

La doctrina del acto de Estado se deriva de dos decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos: los casos *Underhill v. Hernández* de 1897 y el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* de 1964.⁷⁷

En el caso *Underhill v. Hernández*, la Suprema Corte señaló:

“Todo Estado Soberano está obligado a respetar la independencia de todos los demás Estados soberanos, y las cortes de un país no juzgarán los actos de los gobiernos de otros países realizados dentro de su territorio. La reparación por los agravios sufridos por dichos actos deberán ser obtenidos por los medios que hayan sido aceptados por los mismos Estados soberanos”.⁷⁸

⁷⁴ *Restatement Third* 1987, op. cit., comment e.

⁷⁵ *idem*, reporter's note 11.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Idem*, reporter's note 1.

⁷⁸ *Underhill v. Hernández*, 168 US 250, 252, 18 S.Ct. 83, 84, 42 L.Ed. 456, 457 (1897)..

En 1964, en el caso *Sabbatino*, la Suprema Corte norteamericana, basándose en el caso *Underhill*, sostuvo:

“el poder judicial no examinará la validez de una confiscación de propiedad hecha dentro del propio territorio de un gobierno soberano extranjero, reconocido por este país al momento de la demanda, en ausencia de un tratado u otro acuerdo inequívoco relacionado con los principio legales aplicables, aún si la queja es hecha alegando que la confiscación viola el derecho internacional consuetudinario.”⁷⁹

La doctrina del acto de Estado prohíbe el examen judicial de la legalidad de un acto de un Estado extranjero, ya sea bajo la ley del mismo Estado que emitió el acto, del derecho internacional o de la ley del foro. Siguiendo el principio de que los Estados deberán arreglar las controversias que se susciten entre ellos solamente por los medios que ofrezca el derecho internacional.

El profesor Henkin, al defender la aplicación de la doctrina del acto de Estado, señala que el derecho internacional “no dice a los Estados como reaccionar a los actos que violan el derecho internacional. Los Estados son libres de condenar, perdonar, acceper, o incluso aplaudir dichos actos”.⁸⁰

La polémica surge cuando un acto de gobierno que viola el derecho internacional es reconocido por una corte nacional, por aplicar la doctrina del acto de Estado, y es ejecutado en el Estado del foro. Se podría decir que el Estado del foro está dando validez a un acto ilegal, por lo tanto violaría el derecho internacional.⁸¹

⁷⁹ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 US 398, 428, 84 S.Ct. 923, 940, 11 L.Ed. 2d. 804, 823-24 (1964).

⁸⁰ Henkin, *Act of State Today: Recollections in Tranquility*, 6 Colum. J. Transnat'l L. 181 (1967)

⁸¹ De acuerdo con el Proyecto de Responsabilidad del Estado de las Comisión de Internacional en su artículo 27 señala que el Estado que ayude a asista a otro Estado en la comisión de una violación al derecho internacional comete una violación al mismo derecho internacional.

La doctrina del acto de Estado fue desarrollada como un principio de “restricción judicial”, esencialmente para evitar la falta de respeto a Estados extranjeros, ya que al analizar los actos de gobiernos extranjeros se pondrían en peligro las relaciones de amistad con otros gobiernos y por lo tanto la paz mundial.⁸² Señala el profesor Sepúlveda que el objetivo de esta teoría, es determinar el alcance de las relaciones con otros gobiernos, una función que normalmente corresponde al Ejecutivo.⁸³

Poco tiempo después de emitido el fallo en el Caso *Sabbatino*, el Congreso de los Estados Unidos adoptó la llamada “*Enmienda Hickenlooper*” que daría un giro completamente diferente a la aplicación de la doctrina del acto de Estado. Esta enmienda excluía de la aplicación de la doctrina a ciertos tipos de acciones de Estados extranjeros que tenían como consecuencia la privación de propiedad en los Estados Unidos⁸⁴.

La práctica judicial de la doctrina del acto de Estado ha empleado algunas excepciones en relación con los actos que son meramente de carácter comercial y no involucran de ninguna manera el ejercicio de la soberanía.⁸⁵ En el caso *Dunhill* se justifica la excepción de la doctrina en materia comercial haciendo referencia a la práctica que es similar en la inmunidad soberana y al consenso internacional sobre el derecho aplicable en operaciones comerciales.

La doctrina del acto de Estado no ha sido aceptada para los casos que involucran daño a las personas en los Estados Unidos, Caso *Letelier v. República de Chile* de 1980, y en casos que involucren actos privados de ex jefes de Estado como en el caso contra el ex presidente de Filipinas, Ferdinand Marcos.⁸⁶

En algunas ocasiones el papel del poder ejecutivo en la doctrina del acto de Estado ha

⁸² *Oetjen v. Central Leather Co*, 246 U.S. 297, 304, 38 S.Ct. 309, 311, 62 L.Ed. 726 (1918).

⁸³ Sepúlveda César, *Derecho Internacional*, decimoquinta edición, Porrúa, México, 1986, p. 263.

⁸⁴ *Restatement Third* 1987, op. cit., reporter's notes 2.

⁸⁵ *Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba*, 425, U.S. 682, 96 S.Ct. 1854, 48 L.Ed. 2d 301 (1976).

⁸⁶ *Republic of Philippines v. Marcos*, 806 F.2d 344 (2d Cir. 1986).

sido de mayor trascendencia que la jurisdicción ejercida por las cortes nacionales. La doctrina se basa en la competencia y funcionamiento del poder judicial así como en las facultades del poder ejecutivo para ordenar las relaciones internacionales de un país. La doctrina supone que las disputas que se originen de los actos de Estados extranjeros deben solucionarse entre los gobiernos y no en las cortes nacionales.

Esta doctrina ha sido fuertemente criticada por contravenir el principio de división de poderes. El poder judicial se ve subordinado a la decisión que tenga el Ejecutivo sobre la conveniencia de juzgar o no un caso. Las cortes se han visto limitadas no por falta de jurisdicción en la materia, sino por una decisión que es meramente política. En la práctica norteamericana esta intervención se ve expresada por medio de las declaraciones que hace el Departamento de Estado a las cortes nacionales de no juzgar en un determinado caso por no considerarlo prudente para la práctica de la política exterior norteamericana. Esta forma de expresar su opinión se conoce como la "*Carta Bernstein*".⁸⁷

1.2.3. La Doctrina del Acto de Estado y los Derechos Humanos

Los casos donde se desarrolló esta doctrina se referían principalmente a situaciones que involucraban la expropiación de propiedad privada. El gobierno cubano post revolucionario ha contribuido en gran medida a la formación de la doctrina del acto de Estado.⁸⁸ En la práctica judicial se encuentra poca referencia, o podríamos decir que ninguna, a la aplicación de esta doctrina en otras materias distintas a la privación de propiedad privada, ya sea en el territorio donde fue realizado el acto de Estado o fuera de él.

⁸⁷ *Bernstein v. Van Heyghen Freres, S.A.*, 163 F.2d. 246, 251 (2d.Cir.)

⁸⁸ Cfr. *Sabbatino Case*, op.cit.; *First National City Bank of New York v. Banco Nacional de Cuba*,

La Tercera Declaración de la Política Exterior de los Estados Unidos de 1987, señala:

“una queja por la supuesta violación de derechos humanos fundamentales, por ejemplo una demanda basada en tortura o genocidio, podría (si es comprobada) no ser invalidada por la doctrina del acto de Estado, ya que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es bien reconocido por la comunidad internacional y contempla escrutinio externo a sus posibles violaciones.”⁸⁹

La validez de esta argumentación no es muy clara en el plano internacional, por las siguientes razones: en primer lugar, su peso específico como fuente para la formación del derecho internacional es discutible, ya que es solamente un comentario a una norma interna; en segundo lugar, el mismo texto del comentario hace referencia a una posibilidad ya que la doctrina del acto de Estado “podría” ser o no aplicada por la corte en controversias de Derechos Humanos.

Finalmente, el requisito de que el derecho internacional de los Derechos Humanos permite una vigilancia a su cumplimiento por parte de la comunidad internacional podría, ser igualmente aplicable a otras áreas del derecho internacional que permiten, de igual manera, dicho escrutinio en caso de su incumplimiento. Por ejemplo: la violación a los tratados, el trato a los extranjeros, crímenes contra personas protegidas internacionalmente, entre otros.

1.2.4. La Doctrina del Acto de Estado en los Estados Unidos de América

La Tercera Declaración de la Política Exterior de los Estados Unidos, al abarcar la doctrina del acto de Estado, en su artículo 443, primer párrafo, señala:

⁸⁹ *Restatement Third 1987*, op. cit., comment c.

“(1) En ausencia de un tratado u otro acuerdo inequívoco relacionado con los principio legales aplicables, las cortes de los Estados Unidos se abstendrán, generalmente, de examinar la validez de una privación de propiedad por un Estado extranjero dentro de su propio territorio, o de juzgar actos de carácter gubernamental hechos en su propio territorio y aplicables en él.”⁹⁰

La redacción de este artículo toma en consideración todos los precedentes de la doctrina. En primer lugar hace mención a la falta de un tratado o de principio aplicables, según el razonamiento formulado en el caso *Sabbatino*. En la redacción de la Declaración anterior, y en los proyectos de anteriores declaraciones sobre la materia, no se contemplaba mención alguna a la relación entre el acto y los tratados. El mismo dicta de *Sabbatino* no era muy claro al respecto.

En el caso *Callejo v. Bancamer*⁹¹ la Corte de Apelación señaló que no había en el caso *Sabbatino* indicios para aplicar la doctrina del acto de Estado en caso de existir un tratado, ya que su redacción fue hecha en términos negativos.

El artículo se presenta de una manera muy conveniente a los intereses de los Estados Unidos. De una manera deliberada se encuentra la expresión “generalmente”, lo que da la posibilidad a las cortes de aplicar el precepto aún en la ausencia de un tratado o de principio de derecho internacional. Al hacer mención de los actos con carácter gubernamental no se limita a casos de expropiación ni exclusivamente relacionados con propiedad privada, como anteriormente lo hacían los precedentes judiciales, pero omite la mención de ciertas áreas de importancia global como lo son las violaciones a los crímenes contra la humanidad o violaciones a los derechos humanos.

⁹⁰ Idem, apartado 443.

⁹¹ *Callejo v. Bancamer*, S.A. 764 F.2d 1101, 1116-21 (5th Cir. 1985), referente a la violación del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional.

Se respeta el principio de territorialidad al referirse a los actos que son realizados y aplicados dentro del territorio del Estado extranjero. Los problemas de extraterritorialidad de los actos de un gobierno pueden ser analizados bajo normas y principios diferentes aceptados por el derecho internacional. Por último cabe señalar que la Declaración de 1987, contempla de manera directa la subordinación que sufre el poder judicial hacia el Ejecutivo en esta materia. En su artículo 444, menciona que la doctrina del acto de Estado está sujeta, en algunos casos para su aplicación, en la determinación que al respecto haga el presidente.⁹²

1.2.5. Instrumentos Internacionales

La codificación de la inmunidad soberana, tanto a nivel nacional como internacional, ayudan al desarrollo de esta materia y proporcionan evidencia de la aceptación de la teoría restringida. La Convención Europea, la Ley Inglesa y la Ley Norteamericana, son los principales instrumentos vigentes que enumeran las distintas definiciones y excepciones de la inmunidad soberana.

1.2.5.1. Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972.

La Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados fue firmada en Basilea el 16 de mayo de 1972.⁹³ Esta Convención representa un compromiso por parte de los Estados a la aplicación de las doctrinas absoluta y restringida de la inmunidad. En su preámbulo señala como su objetivo el de alcanzar una mayor unidad entre sus miembros, tomando en cuenta el hecho de que existe una tendencia a restringir los casos en que un Estado pueda hacer valer la inmunidad en las cortes nacionales y

⁹² *Restatement Third 1987*, op. cit., artículo 444 "En ausencia de una determinación presidencial en contrario, la doctrina del acto de Estado no se aplicará en un caso que involucre una queja por la posesión de un derecho de propiedad, cuando la queja sea basada en una proposición de que un Estado Extranjero confiscó la propiedad en violación del Derecho Internacional".

⁹³ Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, Basilea, 16 de mayo de 1972, 11 ILM (1972), 470.

establecer reglas comunes para el alcance de la inmunidad soberana. El preámbulo también menciona la importancia de asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas en contra de otro Estado.

El Capítulo I de la Convención, denominado "Inmunidad de Jurisdicción", en su artículo primero señala que un Estado se somete a la jurisdicción de las cortes de otro Estado, cuando instituye o participa en procedimientos ante dichas cortes, lo cual también es aplicable en caso de reconvencción. En el caso de participar en algún proceso judicial solamente se podrá invocar la inmunidad, si comprueba que desconocía los hechos sobre los cuales basa dicha inmunidad.⁹⁴ El consentimiento es la renuncia formal a la inmunidad soberana. Las formas de expresar el consentimiento de someterse a la jurisdicción de otro Estado se puede expresar a través de un tratado, por consentimiento expreso en un acuerdo por escrito, o por consentimiento expreso después de que la disputa haya surgido.⁹⁵

El artículo 7, habla sobre las actividades de naturaleza comercial, siguiendo la teoría restringida, pero sin hacer mención expresa a ella. La inmunidad del Estado no se aplicará cuando el Estado extranjero tenga en el territorio del foro oficinas o agencias que lleven a cabo, tal como lo haría un particular, actividades industriales, comerciales o financieras.

La Convención Europea, en síntesis, menciona que no existe inmunidad en las siguientes materias:⁹⁶

- Obligaciones contractuales que deban ejecutarse en el territorio del Estado del foro,⁹⁷ excluye los tratados internacionales y la renuncia por escrito como regla general que se presenta en la Convención;

⁹⁴ Idem, artículo 3(1).

⁹⁵ Idem, artículo 2

⁹⁶ La Convención enumera las materias que no gozan de inmunidad, aplicando el método inglés.

⁹⁷ Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, op. cit., artículo 4.

- Contratos de trabajo con personas físicas siempre que el trabajo deba realizarse en el territorio del Estado del foro, no aplica esta disposición si el empleado es nacional del país contratante;⁹⁸
- Participaciones sociales con personas privadas en sociedades y personas jurídicas con sede en el país del foro;⁹⁹
- Casos de Propiedad Intelectual que sean registrados en el país del foro y sus violaciones;¹⁰⁰
- Derechos reales sobre inmuebles situados en el territorio del Estado del foro;¹⁰¹
- Derechos de carácter sucesorio y sus donaciones;¹⁰²
- Reparación por daños materiales o personales derivados de hechos ocurridos en el territorio del Estado del foro cuando el autor de esos daños se encuentre presente en el territorio al momento de ocurrir los hechos;¹⁰³
- Compromisos de someterse a arbitraje en asuntos civiles o mercantiles.¹⁰⁴

La Convención reconoce el derecho a la inmunidad cuando los procedimientos no se encuentren en los supuestos señalados en su Primer Capítulo, aún cuando el Estado no comparezca ante las cortes.¹⁰⁵

El Capítulo II de dicho instrumento, establece las reglas del procedimiento a seguir y designa la vía diplomática como el canal oficial para presentar los escritos de demanda y notificaciones a través del Ministerio de Relaciones Exteriores del país demandado.

⁹⁸ Idem, artículo 5.

⁹⁹ Idem, artículo 6.

¹⁰⁰ Idem, artículo 8.

¹⁰¹ Idem, artículo 9.

¹⁰² Idem, artículo 10.

¹⁰³ Idem, artículo 11.

¹⁰⁴ Idem, artículo 12.

¹⁰⁵ Idem, artículo 15.

Señala también las reglas para los vencimientos de plazos y entrega de documentos así como el caso de litispendencia en cortes del Estado involucrado.¹⁰⁶

El Capítulo III se refiere a la ejecución de la sentencia. Señala la obligación de ejecutar las mismas que sean dictadas en contra de los Estados extranjeros por una corte nacional, si cumple con los siguientes requisitos:

- si de acuerdo con la Convención el Estado no tenía derecho a la inmunidad, y;
- si el fallo judicial no es susceptible de anulación o de apelación o cualquier otro medio ordinario de revisión¹⁰⁷

En el supuesto de que la sentencia vaya en contra del orden público de Estado extranjero, o cuando no se haya tenido un proceso justo para presentar su defensa, no estará obligado a dar efecto a la sentencia extranjera.¹⁰⁸ Lo mismo será aplicable cuando haya procedimientos por el mismo hecho y con las mismas partes donde se presenten sentencias contradictorias, o por violación al procedimiento.¹⁰⁹

En caso de existir un tratado internacional para el reconocimiento y la ejecución de sentencias y el fallo cumple con los requisitos de éste, los Estados deben cumplir su obligación sin importar los supuestos señalados en la Convención.¹¹⁰ Se prohíbe expresamente la aplicación extraterritorial de las sentencias cuando la propiedad materia del fallo se encuentre en un tercer Estado contratante, a menos de que este último otorgue su consentimiento por escrito.¹¹¹

La Convención hace mención de la teoría dualista de los actos *jure imperii* y *jure gestionis*. Los Estados contratantes pueden interponer una excepción al momento de la admisión de la demanda sobre las materias que no están incluidas en los primeros

¹⁰⁶ Idem, artículos 16 al 19.

¹⁰⁷ Idem, artículo 20.

¹⁰⁸ Idem, artículo 20(2a).

¹⁰⁹ Idem, artículo 20 (2b).

¹¹⁰ Idem, artículo 20 (3).

¹¹¹ Idem, artículo 23.

artículos de la Convención, y al referirse a las agencias gubernamentales cuando actúen en su carácter privado o con autoridad soberana.¹¹²

El artículo 28 dispone que las entidades federativas de un Estado Federal no gozan de la inmunidad, solamente lo harán cuando, por medio de la cláusula federal, lo declare el Estado contratante.¹¹³

Las materias de seguridad social, daño por cuestiones nucleares, derechos aduanales, impuestos y penas no quedan fuera del ámbito de aplicación de la Convención.¹¹⁴ La Convención limita su aplicación al señalar la jurisdicción de las cortes en el caso de embarcaciones públicas dedicadas al comercio o transporte de pasajeros; inmunidades y privilegios de las fuerzas armadas, de sus agentes diplomáticos o consulares, no se verán afectadas por el contenido de la misma. Aunque la Convención no hace referencia a la legislación aplicable a cada materia, cada uno de esos ámbitos está regulado por convenciones específicas como lo son los Convenios de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y la Zona Contigua; la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982; la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; el Convenio de Bruselas de 1926 para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de navíos de propiedad estatal, entre otros.

En su Capítulo VI, disposiciones finales, se señalan las reglas para su entrada en vigor, su firma, ratificación y adhesión.¹¹⁵ Los instrumentos de las partes contratantes serán depositados con el Secretario General del Consejo Europeo.¹¹⁶ La Convención no permite formular reservas por parte de los Estados contratantes.¹¹⁷

¹¹² Idem, artículos 24 y 27.

¹¹³ Idem, artículo 28 (2).

¹¹⁴ Idem, artículo 29.

¹¹⁵ Idem, artículos 36 al 41.

¹¹⁶ Idem, artículo 36.

¹¹⁷ Idem, artículo 39.

El protocolo de la Convención señala que el foro adecuado para solucionar cualquier disputa que se suscite entre las partes contratantes en la aplicación o interpretación de la Convención y en el modo de ejecutar las sentencias será dirimida ante el Tribunal Europeo.¹¹⁸

1.2.5.2. Ley de Inmunidad del Estado del Reino Unido, del 20 de julio de 1978

Las leyes inglesas y norteamericanas en materia de inmunidad de Estados extranjeros siguen los lineamientos señalados por la Convención Europea e incorporan a su legislación interna la doctrina de la inmunidad restringida.

La Ley inglesa¹¹⁹ contiene el principio general de la inmunidad de jurisdicción sobre las cortes del Reino Unido y señala que solamente serán juzgados los casos que la misma Ley de 1978 señale.¹²⁰ Los principios enunciados en la Ley de 1978 son similares a la Convención Europea en cuanto a la sumisión voluntaria del Estado extranjero y la forma de expresar el consentimiento a dicha sumisión.

A diferencia de la Convención Europea, que solamente menciona de manera general que la inmunidad no será aplicable en las operaciones comerciales, la Ley inglesa de 1978 en su sección tercera hace una enumeración de las actividades que no gozan de este privilegio en el Reino Unido y define lo que debe entenderse por "operación comercial". La sección 3, señala:

"1.Un Estado no es inmune respecto de procedimientos relacionados a:

a) una operación comercial celebrada por el Estado; o

¹¹⁸ Protocolo de la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, artículo 1.

¹¹⁹ State Immunity Act of 1978 of the United Kingdom, entered into force 22 november, 1978, ILR 64, 178.

¹²⁰ Idem, sección 1, artículo 1.

- b) una obligación del Estado que por virtud de un contrato (sea de carácter comercial o no) sea ejecutada en todo o en parte en el Reino Unido.
2. Esta sección no será aplicable si las partes en disputa son Estados o ha sido expresado por escrito.
3. En esta sección "operación comercial" debe entenderse como:
- a) cualquier contrato para la provisión de mercancías o servicios;
 - b) cualquier préstamo u otra operación de financiamiento y cualquier garantía o indemnización respecto de cualquier operación o de cualquier otra obligación financiera; y
 - c) cualquier otra operación o actividad (sea comercial, industrial, financiera, profesional o de un carácter similar) en la cual un Estado participe o en la que se relacione sin ejercer su soberanía;
- pero ningún párrafo del inciso 1 se aplicará a los contratos laborales entre un Estado y un particular."¹²¹

La sección 14 presenta gran relevancia ya que señala las partes del Estado que se considerarán inmunes de jurisdicción en el Reino Unido. En su subsección 1 señala que al hacer referencia al Estado se hace referencia a:

- el soberano u otro jefe de Estado en su capacidad pública;
- el gobierno de ese Estado; y
- cualquier departamento de ese gobierno.¹²²

La Ley hace una distinción de lo que considera una "entidad separada" del Estado, que es distinta de los órganos ejecutivos del gobierno y es capaz de demandar y ser

¹²¹ *Idem.*, sección 3(1).

¹²² *Idem.*, sección 14 (1)

demandada (tiene personalidad jurídica propia), a la cual no confiere inmunidad más que en los casos que la misma sección señala. La misma Ley no afecta las inmunidades que gozan los diplomáticos ni los cónsules ya que existen leyes especiales para estas áreas del derecho internacional incorporados al sistema legal inglés. Tampoco será aplicable a procedimientos relacionados con la presencia de fuerzas armadas de otro país en el Reino Unido, ni contra procedimientos por asuntos nucleares, ni criminales.¹²³

Finalmente, en la sección 20 denominada "Parte Complementaria", la ley inglesa de 1978 hace referencia al jefe de Estado, señalando que la inmunidad que éste último goza será analizada bajo la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964.¹²⁴

1.2.5.3. Ley de Inmunidad del Estado Extranjero de los Estados Unidos de Norteamérica, del 21 de octubre de 1976, modificada en 1989.

La Ley tiene como propósito el de definir la jurisdicción de las Cortes de los Estados Unidos en demandas contra Estados extranjeros y determinar las circunstancias en que los Estados extranjeros serán inmunes de esa jurisdicción. La Ley norteamericana de 1976,¹²⁵ al igual que su similar en el Reino Unido, afirma el principio de la inmunidad de los Estados extranjeros como regla general y señala las excepciones en los que dicha inmunidad no deberá ser admitida. Esta Ley trata los supuestos de la sumisión voluntaria a la jurisdicción de otro Estado por participar en los procedimientos judiciales y la renuncia expresada a través de un consentimiento expreso o tácito de manera conjunta.¹²⁶

En cuanto a las actividades de naturaleza mercantil realizadas por el Estado, la Ley de 1976 en su sección 1603(d) señala:

¹²³ Idem., sección 16.

¹²⁴ Idem., sección 20.

¹²⁵ *United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Public Law 94-583, 94th Congress, p. 595.

¹²⁶ Idem., artículo 1605 (a)1.

“la naturaleza mercantil de una actividad se determinará teniendo en cuenta, más que su finalidad, la naturaleza de la conducta que se haya seguido, del contrato específico de que se trate o del acto en cuestión.”¹²⁷

En un estudio comparado el profesor español Díez de Velasco hace notar que mientras la Ley norteamericana formula solamente una directriz general para sus tribunales, la Ley inglesa es “más atrevida” ya que al hacer mención expresa de los actos, resuelve el problema de la calificación de las actividades que con mayor frecuencia realizan los Estados, actos *jure gestionis* y actos *jure imperii*.¹²⁸

La sección 1605 incluye de manera más rígida que la Ley inglesa a las entidades del gobierno, ya que no concede la inmunidad en algunos casos especiales. Señala la Ley norteamericana que las entidades del gobierno no gozarán de inmunidad cuando participen en actividades comerciales.¹²⁹

1.3. Doctrina y Legislación Mexicana

La doctrina mexicana respecto de la inmunidad soberana es escasa, los autores se limitan a explicar las diversas teorías haciendo referencia a la práctica norteamericana e inglesa. En los diversos ordenamientos relativos al ejercicio de la jurisdicción local no se habla sobre la inmunidad de Estados extranjeros. En los casos en que se alegara la inmunidad soberana se podrían seguir los principios de derecho internacional aplicables al caso en concreto, pero la propia Constitución no hace referencia a la posibilidad de una aplicación directa de las normas internacionales consuetudinarias, limitándose a señalar solamente los tratados en el artículo 133.¹³⁰

¹²⁷ Idem., artículo 1603 (d).

¹²⁸ Díez de Velasco, op. cit., p. 299.

¹²⁹ *U.S. Foreign Sovereign Immunities Act*, op. cit., sección 1605 a(3).

¹³⁰ En la aplicación de los principios del derecho internacional, así como las normas consuetudinarias se podría fundamentar una alegato con base en los tratados de los cuales México es parte, como lo son: la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La doctrina de la inmunidad soberana se ha mantenido ligada a la conducción de la política exterior de los países. La conducción de las relaciones internacionales en México siempre ha observado los principios reconocidos por el derecho internacional de una manera muy respetuosa en su aplicación. Es el Poder Ejecutivo el encargado de su aplicación directa y en algunos casos se ejerce conjuntamente con el Poder Legislativo.

El artículo 89 fracción X de la Constitución señala las facultades y obligaciones del presidente en la conducción de la política exterior imponiéndole la obligación de observar:

“... los siguiente principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención, la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales”.¹³¹

Los principio de igualdad jurídica de los Estados y el principio de no intervención son la base fundamental para otorgar la inmunidad de jurisdicción a un Estado extranjero. Un pronunciamiento en este sentido por parte del poder ejecutivo podría ser determinante en la decisión que tomará el poder judicial.

El profesor Sepúlveda relaciona el tema de la inmunidad de los Estados con el reconocimiento de gobiernos extranjeros.¹³² A la luz de este análisis hecho por el tratadista mexicano, sería aplicable de una manera muy estricta la doctrina de la inmunidad absoluta, ya que desde 1930 el canciller mexicano Don Genaro Estrada en un comunicado de prensa señaló que México no se pronunciaba en favor o en contra de un gobierno extranjero por considerar denigrante la práctica del reconocimiento de gobiernos. Su argumento se basaba en la soberanía de las naciones y en la

¹³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, artículo 89, fracción X.

¹³² Cfr. Sepúlveda, op. cit., p. 262.

imposibilidad de calificar asuntos internos por otros gobiernos ya que asumirían una actitud de crítica violando el principio de igualdad de los Estados.¹³³

El Estado mexicano participa en una gran actividad comercial a través de sus empresas, tanto públicas como privadas, y acepta la inversión extranjera en varios rubros de su economía. La posibilidad de demandar a un Estado extranjero que se involucre en actividades comerciales es aplicada en los sistemas neo romanistas, tales como Francia y España, y no existe ningún ordenamiento en contrario en la legislación mexicana. El Código Federal de Procedimientos Civiles, en su Título Primero, Capítulo I de las "Personas que pueden intervenir en un procedimiento judicial", señala en su artículo 4:

"Las instituciones, servicios y dependencias de la administración pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán, dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera;..."¹³⁴

En cuanto a la ejecución de la sentencia se puede ver un conflicto en su aplicación tratándose de Estados extranjeros, ya que el mismo artículo señala que en el caso de entidades públicas no podrá dictarse en su contra mandamiento de ejecución o providencia de embargo, siendo solamente cumplimentadas por las autoridades "correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones".

En el caso de que se dicte una resolución contraria para un Estado extranjero, lo más congruente sería aceptar el principio de la renuncia expresa para los casos de ejecución, pero esta regla no ha sido aceptada como una norma obligatoria de derecho internacional.

¹³³ Cfr. Idem., p. 265.

¹³⁴ Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1943, artículo 4.

La doctrina del acto de Estado se ve reflejada en la legislación mexicana en el citado Código de Procedimientos Civiles en su Capítulo VI, "Ejecución de Sentencias", ya que al hacer mención de la homologación de las sentencias extranjeras en su artículo 575, señala:

"Ni el tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia ni el fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar la autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional".¹³⁵

La sentencia, al ser un acto interno, no puede ser analizada. Entrar al análisis de los fundamentos de derecho sería cuestionar la capacidad de otro Estado para hacer su régimen legislativo y la forma lleva a cabo la aplicación de su propio derecho, por lo tanto, sería analizar un acto de un gobierno extranjero.

¹³⁵ Idem, artículo 575.

Capítulo II

Inmunidad Diplomática

2.1. Marco Teórico General

2.1.1. Antecedentes

El derecho diplomático ha evolucionado, de ser una práctica consuetudinaria, hasta establecerse como una institución en el derecho internacional. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hace notar en su preámbulo, que en su creación se tomó en cuenta el reconocimiento que desde los tiempos antiguos los pueblos han hecho al estatuto de los funcionarios diplomáticos.¹³⁶

Se han encontrado registros de que los primeros reinos del Medio Este, India y China ofrecían una forma rudimentaria de actividad diplomática. En 1937, en la celebración de un acto oficial el jefe de la delegación Turca hizo mención al Tratado de Paz, Alianza y Extradición entre el Rey Hitita, Hattushilish III, y el faraón Ramsés II aproximadamente en el año 1271 a.C., cuyo texto se ha encontrado en el idioma hitita en Turquía y en jeroglíficos en las paredes de un templo egipcio en Luxor.¹³⁷

En un estudio sobre la cultura egipcia se encuentra un evento histórico que demuestra el intercambio de actividades diplomáticas desde el año 1350 a.C.,¹³⁸ cuando la esposa de Tutankhamen quedó viuda envió una carta al rey Hitita para ofrecerse en matrimonio a uno de sus hijos y por consiguiente convertirse en el Faraón egipcio. El rey egipcio desconfió de la oferta y mandó a un enviado a Egipto el cual regresó a salvo y confirmó la oferta que había hecho la reina Egipcia. Se puede analizar de este

¹³⁶ Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en Viena el 18 de abril de 1961, entrada en vigor 24 de abril de 1964, 23 U.S.T. 3227, T.I.A.S., No. 7502, 500 U.N.T.S. 95.

¹³⁷ McClanahan Grant, *Diplomatic Immunity, Principles, Practices, Problems*, Institute for the Study of Diplomacy, Goergetown University, Husrt and Company, London, 1989, p.19. El pronunciamiento fue hecho en el discurso de bienvenida de Egipto a la Sociedad de las Naciones en 1937.

¹³⁸ Wilson John A., *The Burden of Egypt: An interpretation of Ancient Egyptian Culture*, University Press, and London: Cambridge University Press, Chicago, 1951, p. 235.

episodio el intercambio de comunicados “oficiales” y la necesidad de recurrir a la actividad diplomática a través de agentes que representarán a las naciones enemigas. Para el propósito del presente estudio es necesario suponer que tenía un cierto grado de inmunidad en su misión y que gozaba de la inviolabilidad de la bolsa o valija que contenía sus documentos.

En la historia bíblica se describe una gran actividad política y una diplomacia militar frecuente. Los mensajeros aparecen comúnmente utilizados por los reyes, reinas y generales, entre otros líderes. Las relaciones de enemistad, ya sea política o religiosa, en las que se describe la utilización de estos mensajeros es en ocasiones de tal magnitud, que requerirían de la “más amplia inmunidad para poder llevarlas a cabo.”¹³⁹

El autor Abba Eban cita el caso de un enviado sirio de Sennacherib que se reunió con los negociadores del rey Ezequiel justo afuera de las paredes de Jerusalén en el año 700 a.C.. El enviado presentó las advertencias y amenazas contra la alianza de Ezequiel con los enemigos sirios, Egipto, de una manera tan enfática y fuerte en lengua hebrea que los “soldados en las paredes podían escuchar”.¹⁴⁰

En la antigua Grecia, formada por ciudades-Estado que tenían bien determinada su independencia, se puede apreciar una necesidad de mantener relaciones entre ellas. Esta necesidad se encontraba con la ventaja de que las ciudades-Estado compartían los mismos valores culturales y religiosos además de un idioma común. Los mensajeros griegos eran conocidos como heraldos, los cuales gozaban de una inviolabilidad en su persona. Se les menciona en relatos tan importantes como la *Iliada* y la *Odisea*. Los agentes diplomáticos eran utilizados para concretar alianzas y acordar la paz entre sus enemigos. Gozaban de inmunidad ya que eran considerados bajo la protección de Zeus.

¹³⁹ Eban Abba, *The New Diplomacy: International Affairs in the Modern Age*, London: Weidenfeld and Nicolson, and New York; Ransom House, 1983, p. 335.

¹⁴⁰ Reyes, libro 2, 18:26-35; otro ejemplo se puede encontrar en Reyes, libro 1, 10, donde se señala una visita de la Reina de Sheba al rey Salomón en el año 940 a.C.

Los embajadores griegos tenían asegurado el regreso a su ciudad con completo respeto a su dignidad. La inmunidad de los agentes diplomáticos es solamente una de las de las muchas reglas consuetudinarias que se tenían en el *ius gentium* entre las ciudades griegas.¹⁴¹

Durante la era de la República Romana los mensajeros de las ciudades-Estado eran respetados con base a la creencia que gozaban de un carácter sagrado.¹⁴² Algunos autores han señalado que la política romana, al ser una política de expansión militar, era llevada a cabo por medios utilizados "por legionarios más que por diplomáticos."¹⁴³ En la antigua Roma los conceptos de inmunidad y privilegios eran utilizados para los Cónsules Romanos y el Senado, mientras estaban en funciones, o para los edificios de los templos sagrados, tales como el de Júpiter.

La inmunidad diplomática como institución basada en la reciprocidad no era del todo respetada por el Imperio Romano, sobre todo después de las victorias bélicas. Los mensajeros a los cuales les era permitido pasar las fronteras del Imperio Romano eran revisados minuciosamente y necesitaban esperar la autorización del Senado antes de entrar a la ciudad. La espera era mayor aún para poder recibir una respuesta a sus peticiones.¹⁴⁴ Los privilegios e inmunidades romanas para los extranjeros no tenían ninguna aplicación en la práctica.¹⁴⁵

Los imperios Egipcio, Hindú, y Macedonio reconocieron los principios de inmunidad y de inviolabilidad personal a sus enviados y representantes ante los gobiernos extranjeros.¹⁴⁶

¹⁴¹ En el *ius gentium* de la antigua Grecia existía un derecho consuetudinario definido en cuestiones de guerra así como la costumbre de suspender actividades bélicas durante la celebración de los juegos deportivos en Olimpia.

¹⁴² Cfr. Swift Richard N., *International Law, Current and Classic*, John Wiley & Sons, Inc., U.S.A., 1969, p. 417.

¹⁴³ Nicolson Harold, *Diplomacy*, third ed., (New York: Oxford University Press, Galaxy Book, 1964; Washington: Institute for the Study of Diplomacy, Georgetown University, 1988), p. 6.

¹⁴⁴ McClanahan, op. cit., p. 23.

¹⁴⁵ Como ejemplo podemos señalar el asesinato de un príncipe del reino de Persia por parte del Emperador Trajano.

¹⁴⁶ Cfr. McClanahan, op. cit., p. 22-24.

El caso de China es muy particular por su aislamiento político. Durante la antigüedad, la Edad Media y el Renacimiento en Europa, China era una nación que no reconocía la existencia de otras naciones, por lo que no consideraba la necesidad de establecer la práctica de relaciones diplomáticas. A pesar de su situación geográfica, su enorme población y lo avanzado de su civilización no se puede afirmar que el Imperio Chino tuvo una nula interacción con otros pueblos. El imperio Chino tenía relaciones tributarias con Estados de la periferia como Corea, Siam y Burma, así como con las tribus bárbaras que invadían el territorio del imperio oriental.¹⁴⁷

El diplomático norteamericano McClanahan hace una comparación de los vocablos que se utilizaban en la China para explicar el carácter que los chinos otorgan a los enviados de un país extranjero. Así tenemos que durante la dinastía Ming se tenía la "Residencia para los Enviados Normales", y la "Residencia para los Enviados Bárbaros". En 1748 la dinastía Ch'ing reorganizó las residencias fusionándolas en la "Residencia Común para los Enviados Tributarios".¹⁴⁸

La primera apertura real que tuvo el imperio chino con otro Estado se dio con Rusia, ya que en el año de 1727, se permitió al gobierno ruso tener una misión semi-diplomática en Pekín.¹⁴⁹

Es difícil encontrar una aceptación a la inmunidad diplomática por parte de China antes del siglo XIX. El aceptar una delegación permanente en territorio chino en 1860 se consideró como una "situación sin precedente que necesitaba una evaluación del sistema existente".¹⁵⁰ No fue sino hasta el año de 1975 que la República Popular de China se adhirió a la Convención de Viena de 1961, alejándose de una práctica ancestral de xenofobia y de tensiones hacia la comunidad internacional.

¹⁴⁷ Idem, p. 24.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Cfr. Hsü Immanuel C.Y., *The Development of the Chinese Foreign Office in the Ch'ing Period*, in the *Times Survey of Foreign Ministers of the World*, Zara Steiner, ed. (London: Times Books, and Westport, CT: Meckler, 1982), pp. 119-34.

¹⁵⁰ Ibidem.

2.1.2. Fundamento de la Inmunidad Diplomática.

El derecho diplomático, en general, goza de un buen cumplimiento por parte de la comunidad internacional ya que, a diferencia de otras áreas del derecho internacional, los beneficios obtenidos por las partes involucradas son recíprocos y claramente visibles y manifiestos.¹⁵¹ No existe un derecho original del Estado para enviar agentes diplomáticos. Si el Estado no quiere entrar en relaciones con otro Estado, no está obligado a hacerlo.¹⁵²

El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de agentes permanentes que puedan actuar en su capacidad oficial en el territorio de otro Estado se efectúa por mutuo consentimiento.¹⁵³ Acompañado a este privilegio de entrar y permanecer en territorio extranjero está la existencia de la inmunidad de jurisdicción de las cortes locales y de la aplicación de la ley local. Estos privilegios e inmunidades aseguran el correcto desempeño de las funciones de los agentes diplomáticos de los Estados acreditantes.

El fundamento de la inmunidad diplomática se encuentra en la necesidad que tienen los Estados de interactuar unos con otros. Es el interés mutuo la base de estas inmunidades. La representación en un Estado extranjero debe ser funcional, libre de cualquier obstáculo que imposibilite el cumplimiento de sus cometidos.

La teoría moderna de la inmunidad diplomática se comenzó en el siglo XV, mediante el establecimiento de embajadores permanentes acreditados en los Estados con los cuales se tenían relaciones de diferente índole, principalmente de tipo comercial y político. La diplomacia permanente inicia en Italia y se esparce rápidamente en el continente europeo.¹⁵⁴

¹⁵¹ Higgins Rosalyn, *The abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience*, AJIL 1985, vol. 79, p. 641.

¹⁵² Shaw, op. cit., p. 525; Brownlie, op. cit., p. 347; Cfr. Sepúlveda, op. cit., p. 147, Sepúlveda habla de un derecho del Estado de enviar agentes diplomáticos (*ius legati*)

¹⁵³ Convención de Viena 1961, op. cit., artículo 2.

¹⁵⁴ Cfr. McClanahan, op. cit., pp. 25-27.

A finales del siglo XV podemos encontrar embajadores permanentes de los Estados italianos en Francia, España, Inglaterra y en la corte del Imperio Romano de Oriente. Por su parte España contó con esta institución en Roma en 1480 y en Inglaterra en 1495. En el Derecho Canónico encontramos la figura del nuncio con residencia permanente en España, Francia, Inglaterra, Venecia y el Imperio Romano de Oriente a partir del año 1505.¹⁵⁵ En los países protestantes surgió el *droit de chapelle* que concedía la inviolabilidad de las nunciaturas con la finalidad de celebrar servicios religiosos. Esta teoría fue basada en la idea de extraterritorialidad formulada por Grocio en 1620, posteriormente rechazada por la comunidad internacional.

Las inmunidades diplomáticas surgieron de una larga tradición de prácticas, así como de un gran número de decisiones judiciales y algunos acuerdos bilaterales. En la segunda mitad del siglo XX, podemos encontrar convenciones multilaterales, casi universales, donde se encuentran codificadas las prácticas más aceptadas en la materia.

2.1.3. Definición de Inmunidad Diplomática

El agente diplomático norteamericano McClanahan, define a la inmunidad diplomática como:

“La inmunidad de la jurisdicción local que gozan los agentes diplomáticos al realizar su trabajo y manteniendo su dignidad como personas que representan un Estado nacional (Estado acreditante) dentro del territorio de otro Estado (Estado receptor o anfitrión).”¹⁵⁶

La Oficina de Protocolo del Departamento de Estado de Estados Unidos definió en 1981 la Inmunidad Diplomática, de la manera siguiente:

¹⁵⁵ Russell J.G., *Peacemaking in the Renaissance* (London: Duckworth, 1986), pp. 67-68.

¹⁵⁶ McClanahan, op. cit., p. 1.

“La Inmunidad Diplomática, es un principio de derecho internacional, ampliamente reconocido como la libertad de jurisdicción local de la cual gozan los agentes diplomáticos debidamente acreditados y los miembros inmediatos de su hogar.”¹⁵⁷

De las diversas definiciones de inmunidad diplomática podemos obtener las siguientes características:

- Gozan de inmunidad ciertos individuos en atención a la calidad especial que les es atribuida por razón de sus funciones diplomáticas;
- Se extiende a todos los miembros de la misión y sus familiares, en algunos casos limitada a sus actuaciones oficiales;
- Es referida al ejercicio de la jurisdicción por parte de las cortes locales y el poder coercitivo del Estado.

2.2. Teorías sobre la Inmunidad Diplomática

A partir del siglo XVI se han desarrollado tres teorías sobre la inmunidad diplomática. La teoría de la representación personal, la de la extraterritorialidad y la de la necesidad funcional.¹⁵⁸

La teoría de la necesidad funcional es la que ha tenido mayor aceptación a partir de la segunda mitad del siglo XX, pero cabe señalar que las otras dos teorías han sido decisivas en la formulación de múltiples decisiones judiciales y en la codificación del derecho diplomático, en relación con las inmunidades que gozan los representantes de los Estados.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 1.

¹⁵⁸ Wilson C.E., *Diplomatic Privileges and Immunities*, (Tucson: University of Arizona Press, 1967), p. 1.

2.2.1. Teoría de la Representación Personal

Esta teoría es la más antigua de las tres. Las relaciones entre las sociedades antiguas se llevaron en la práctica a través de enviados, mensajeros o agentes diplomáticos. Estos representantes de los gobernantes generalmente eran tratados con las mejores atenciones y honores, ya que así se evitaba ofender al gobernante extranjero. Al representante le era permitido el libre movimiento dentro del territorio así como el acceso a la comunicación con el gobierno receptor. Se le trataba como si fuera el mismo gobernante el que estuviera ahí.

Aún persiste la idea de que el Embajador es una personificación del jefe de Estado del Estado acreditante, o incluso del mismo Estado. Es común en la práctica oír a un representante oficial utilizar la expresión “desde el punto de vista del Estado que represento.”¹⁵⁹ El embajador realiza las funciones propias de su mandato que le han sido acreditadas por el jefe de Estado, por lo que la teoría de la representación se puede mantener válidamente.

En la actualidad esta teoría ha perdido fuerza ya que las Constituciones de los Estados depositan la soberanía en la nación y no en una persona, como lo era el monarca o soberano. En un estudio denominado “*Bases Jurídicas de la Inmunidad Soberana*”, M. Ogdon señala que una de las razones por la que el gobierno de los Estados Unidos no nombró embajadores hasta finales del siglo XIX fue que el pueblo americano consideraba a los embajadores como “representantes personales de los monarcas”.¹⁶⁰

Esta teoría no sirve para explicar las inmunidades de que gozan algunos actos de carácter privado de los embajadores, ni todas aquellas personas a las cuales se les extiende la inmunidad diplomática de la cual goza el jefe de la misión. Sin embargo la teoría de la representación personal complementa la teoría de la necesidad funcional.

¹⁵⁹ Queda fuera de la materia de análisis de este trabajo entrar en la discusión propia de la Teoría del Estado si es que verdaderamente representa al Estado o solamente a una parte de él, el gobierno.

¹⁶⁰ Ogdon M., *Juridical Basis of Diplomatic Immunity* (Washington: John Byrne, 1936), p. 44., citado en McClanahan, op. cit., p. 29.

En 1958, en la preparación del proyecto de la Convención de Viena de 1961, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas señaló que aunque se basó en la teoría funcional siempre tuvo presente el carácter de representatividad que tiene una misión diplomática.

2.2.2. Teoría de la Extraterritorialidad

La teoría de la extraterritorialidad, expuesta por Grocio y Vattel en los siglos XV y XVI, perduró a lo largo de cuatro siglos. En la actualidad esta teoría se utiliza como referencia meramente histórica, llegando a ser señalada como una “peligrosa ficción legal”. Esta teoría sostiene:

“las oficinas y casas de los agentes diplomáticos e incluso sus personas deben ser tratados en todo momento como si estuvieran en el territorio del Estado acreditante y no en el Estado receptor”¹⁶¹

La teoría de la extraterritorialidad ha sido utilizada de manera retórica para enfatizar algunas situaciones, tales como la crisis de seguridad sufrida por la embajada americana en Moscú en 1987. Al referirse a ese evento el Secretario norteamericano de Estado, George P. Shultz, dijo:

“... los soviéticos han invadido nuestro territorio soberano, y estamos muy molestos por eso.”¹⁶²

El caso más evidente de los vestigios de esta teoría pueden encontrarse en incidentes ocasionales de asilo político en embajadas, comúnmente practicado en América Latina en la segunda mitad del siglo XIX.

¹⁶¹ McClanahan, op. cit., p. 31.

¹⁶² Conferencia de prensa del Departamento de Estado de E.U.A. del 8 de abril de 1987, State: The Newsletter, May 1987, p. 8.

2.2.3. Teoría de la Necesidad Funcional

La teoría de la necesidad funcional explica el fundamento de las inmunidades y privilegios como elementos necesarios para poder desarrollar las funciones diplomáticas. La aceptación de esta teoría radica en que, a diferencia de las otras dos, resulta mucho más dinámica y adaptable en la práctica.

Podemos clasificar las áreas donde la libertad de un agente diplomático no debe ser limitada como:

- Libertad de movimiento, un agente diplomático no debe ser arrestado o emplazado a declarar a un juicio en la jurisdicción local;
- Uso de la propiedad, no deben someterse sus funciones al pago de los impuestos, y por extensión su automóvil;
- Libertad en su hogar, por lo que su dignidad y su trabajo son inviolables;
- Libertad de comunicación con sus conacionales y locales de la misión.

Los diplomáticos modernos deben ser capaces de moverse con absoluta libertad dentro del territorio del Estado receptor como representantes de un gobierno; misma libertad que deben gozar al momento de hacer negociaciones. Sus funciones no deben estar sujetas a la jurisdicción local, ni al pago de impuestos ya que en todo momento deben estar en disposición de ejercer sus obligaciones de carácter oficial. En años recientes han surgido un sinnúmero de actividades que requieren de la participación de representantes oficiales en diferentes ámbitos que por su naturaleza deben gozar de inmunidades. Esta teoría ha hecho fácil y confiable la aplicación de las inmunidades y privilegios a tales situaciones. Debido al carácter pragmático de la teoría, la misma

exige excluir la aplicación de inmunidades que no son necesarias o que no serían útiles en caso de llevarlas a cabo.¹⁶³

Sin embargo la teoría de la necesidad funcional no resuelve completamente el problema de la limitación a los privilegios que gozan los agentes diplomáticos en ciertas actividades. Un agente diplomático siempre debe actuar de buena fe y no intervenir o provocar disturbios en el Estado receptor.

Esta teoría es igualmente inadecuada para explicar el por qué todas las misiones acreditadas en una capital deben de gozar de las mismas inmunidades y privilegios. Algunas misiones requieren de atender asuntos de mayor urgencia que otras, encontramos por lo tanto diferencias de orden práctico. Pero no es deseable, y hasta cierto grado sería imposible, diferenciar entre agentes diplomáticos que sí requieran de inmunidad y aquellos que no.

Un Embajador de un país pequeño que no está muy ocupado, no recibe llamadas, ni realiza gran cantidad de papeleo, no encuentra ninguna razón de carácter "funcional" para no tomarse el tiempo necesario para encontrar un lugar adecuado para estacionarse, o incluso para cumplir un emplazamiento como testigo ante una corte. En este caso es la teoría de la representación la que se aplica, no así la teoría del funcionalismo.

2.3. Aplicación y Regulación de la Inmunidad Diplomática

Las inmunidades y privilegios diplomáticos no se tenían contemplados en ningún ordenamiento jurídico sino hasta el siglo XVII. En Inglaterra no existió ninguna legislación en la materia sino hasta el año de 1708, a raíz de un incidente con un representante del Zar Ruso Pedro el Grande.¹⁶⁴

¹⁶³ McClanahan, op. cit., p. 32.

¹⁶⁴ Idem., p. 34.

El incidente comenzó cuando el embajador ruso, acreditado en el Reino Unido, fue forzado a salir de su carruaje y arrestado en las calles de Londres por una deuda crediticia. La reina Ana de Inglaterra ordenó al Secretario de Estado que ofreciera una disculpa al embajador después de que éste fue liberado mediante el pago de una fianza. El embajador fue avisado que las personas que cometieron la ofensa serían juzgadas. Cuando Pedro el Grande se enteró del incidente solicitó al Embajador de Inglaterra en San Petesburgo, Lord Whitworth, que las personas involucradas "no fueran juzgadas sino ejecutadas de inmediato."¹⁶⁵ El Embajador inglés fue comisionado para expresar al Zar en una audiencia pública el arrepentimiento de la Reina Ana por el insulto perpetrado a su embajador.

Surgió así la conocida Ley de Ana de 1708, como un esfuerzo más para apaciguar el enojo del Zar. La ley indicaba que "todas las órdenes de aprehensión y procesos para el arresto o encarcelamiento de embajadores o sus sirvientes serían nulos y cualquier persona que intentará demandarlos con base en dicha orden sería juzgado ante una corte especial formada por tres jueces."¹⁶⁶ La ley no hacía mención alguna de la inviolabilidad de los locales de la misión o de la valija diplomática, esto último debido tal vez por la situación tan particular en la cual fue inspirada. La llamada Ley de Ana fue derogada hasta el año de 1964 por la Ley Británica de Privilegios Diplomáticos, que incorporó a la ley local la Convención de Viena de 1961.

En 1790 se tomó una decisión similar en el Congreso de los Estados Unidos, a raíz de un caso en las cortes de Filadelfia que involucraba una agresión a un Embajador Francés, siguiendo la ley inglesa de 1708. A diferencia de la ley de 1708, la ley norteamericana contempló como una ofensa el arresto de un embajador incluyendo sus sirvientes y sus bienes.¹⁶⁷ La Ley de 1790¹⁶⁸ fue la única regulación aplicable en la materia hasta el año de 1972. En este año entró en vigor en el territorio norteamericano la Convención de Viena de 1961, a través de un decreto presidencial,

¹⁶⁵ Cfr. *Dictionary of National Biography*, vol. 21 (London: Oxford University Press, 1921-22), p. 161.

¹⁶⁶ McClanahan, op. cit., p. 34.

¹⁶⁷ *Idem.*, p. 35.

¹⁶⁸ § Stat. 117; ahora 22 U.S. Code 252 y 253.

sin necesidad de incorporarla mediante legislación interna.¹⁶⁹ Sin embargo la Ley de 1790 no fue abrogada hasta el año de 1978 con la promulgación de la Ley sobre Relaciones Diplomáticas.¹⁷⁰

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas realizó un estudio en 1955 sobre la situación que gozaba la materia de inmunidad diplomática. El estudio se basó en el reporte de aproximadamente 60 gobiernos sobre sus leyes y regulaciones con relación a sus agentes diplomáticos y cónsules.¹⁷¹

McClanahan hace un resumen sobre la situación que guardaban las cosas en el reporte de la Sexta Comisión de la ONU e indica lo siguiente:¹⁷²

Para Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda, la llamada Acta de Ana fue el inicio de la regulación en la materia, así como lo fue la Ley de 1790 para los Estados Unidos.

En 1793 Francia establece que los enviados extranjeros estarán protegidos de las acusaciones en su contra, las cuales serán analizadas por el Comité de Seguridad Pública, sustituido once años más tarde por el Comité del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Austria citó una ley de 1762, la cual mediante una decisión judicial de 1817 confirmaba el sometimiento de jurisdicción de los embajadores a las cortes del país donde residían. Sin embargo, el gobierno austriaco también hizo referencia al Código Civil Imperial de 1811, que señala, en su artículo 38, que los enviados extranjeros gozarán de las excepciones que el derecho internacional y los tratados establezcan.

La República China citó solamente el texto de una ley de 1929 en la cual reconocía exenciones consuetudinarias a los agentes diplomáticos y cónsules.

¹⁶⁹ *Presidential Proclamation* of 24 de noviembre de 1972, in Dept. of State, *United States Treaties and Other International Agreements (T.I.A.S.)*, vol. 23, pp. 3227-28.;

¹⁷⁰ *Diplomatic Relations Act of 1978*, PL 95-393, 95th Cong., 30 Sept. 1978.

¹⁷¹ Posteriormente publicados, con datos hasta noviembre de 1957, en *United Nations Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges* (1958) ST/LEG/SER.B/7).

¹⁷² Cfr. McClanahan, op. cit., pp. 38-40.

Israel presentó un ensayo bien fundamentado sobre la posición del nuevo gobierno donde se declaraba a favor de la inmunidad que gozan los representantes de los Estados, pero se ponía en duda el goce de la inmunidad para casos relacionados con un litigio privado.

En Brasil encontramos que las inmunidades de representantes de las Repúblicas Americanas, se encontraban reguladas por la Convención de la Habana de 1928, y en relación con otros Estados la base era la reciprocidad.

La Unión Soviética reconocía en la Orden del 14 de enero de 1927 del Comité Ejecutivo Central y del Comisionado del Consejo Popular, las inmunidades que el derecho internacional señalaba en ese momento pero siempre con base en la reciprocidad de las relaciones con los demás Estados.

Noruega citó un reglamento del 8 de octubre de 1708, que protegía a los agentes diplomáticos, sus sirvientes, y sus bienes, de ser confiscados por deudas.

Cuba hizo mención de los "principios universalmente aceptados" sobre la materia y citó su "Código de Defensa Social (Ofensas contra la Paz Internacional y el Derecho Internacional)" que imponía una pena mayor a los crímenes cometidos contra agentes diplomáticos.

Finlandia al no tener leyes en la materia se refirió a los principios generales de derecho, la práctica internacional y la reciprocidad.

La desaparecida Alemania Occidental se basó en una ley de 1877 que reconocía la exención de la jurisdicción alemana a ciertas personas en virtud de las reglas del derecho internacional y los tratados.

¹⁷² Cfr. McClanahan, op. cit., pp. 38-40.

India presentó solamente el artículo 86 del Código de Procedimiento Civiles que impedía demandar o arrestar a los miembros de las misiones diplomáticas.

Irlanda señaló que su Constitución, en el artículo 29(3), reconoce los principios generales del derecho internacional como parte de la ley de Irlanda.

Italia, Pakistán y Nepal, en ausencia de cualquier legislación interna sobre la materia, reconocieron las inmunidades basándose en los principios aplicados por los diferentes estados, las convenciones internacionales, las reglas del derecho internacional y sobre todo en la reciprocidad.

En México, el Código Penal Federal,¹⁷³ anteriormente también aplicable en el Distrito Federal en materia local, en su Libro Segundo, Título Segundo de Delitos contra el Derecho Internacional, en su artículo 148, dispone:

“Se aplicará prisión de tres días a dos años y multa de cien a dos mil pesos, por:

I. La violación de cualquier inmunidad diplomática, real o personal, de un soberano extranjero, o del representante de otra nación, sea que resida en la República o que estén de paso en ella”.

2.4. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Generalidades

Sorensen señala que la política exterior de un Estado se forma por el conjunto de decisiones tomadas por su gobierno en relación, *vis-à-vis*, con otros Estados.¹⁷⁴ El instrumento mediante el cual se lleva a efecto dicha política exterior es la diplomacia.

¹⁷³ Código Penal Federal de 1931, reformado en 1999, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de mayo de 1999.

¹⁷⁴ Sorensen, *op. cit.*, p. 385.

Carlos Calvo, en el Diccionario de Derecho Internacional Público y Privado, señaló como objeto de la diplomacia el "asegurar el bienestar de los pueblos, mantener entre ellos la paz y la buena armonía, garantizando la seguridad, la tranquilidad y la dignidad de cada uno de ellos."¹⁷⁵

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas ha sido calificada como codificadora de las prácticas aceptadas por los Estados en la conducción de sus relaciones internacionales. En su primera parte la Convención trata sobre relaciones diplomáticas más que de inmunidades.

Es necesario abordar los aspectos más relevantes de la Convención para posteriormente entrar al análisis de las inmunidades y privilegios de los cuales gozan los agentes diplomáticos. La Convención en sus primeros artículos trata sobre:

- Clasificación del Personal de la misión y definición del local de la misión;¹⁷⁶
- Establecimiento de las funciones de una misión diplomática;¹⁷⁷
- Nombramiento del jefe de la misión y los miembros del personal de la misión.¹⁷⁸
- La aceptación (asentamiento o *agrément*) del agente diplomático por parte del Estado receptor;¹⁷⁹
- Declaración de un agente diplomático como persona *non grata*;¹⁸⁰
- Presentación de las cartas credenciales como prueba de su calidad diplomática y la precedencia;¹⁸¹
- Derecho de usar la bandera y escudo nacionales;¹⁸²

¹⁷⁵ Carlos Calvo, *Diccionario de Derecho Internacional Público y Privado*, (1885), citado en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., Tomo VIII, p. 893.

¹⁷⁶ Convención de Viena de 1961., op. cit., artículo 1.

¹⁷⁷ Idem., artículo 3.

¹⁷⁸ Idem., artículos 4 a 11.

¹⁷⁹ Idem., artículo 4.

¹⁸⁰ Idem., artículo 9

¹⁸¹ Idem., artículos 13 y 16.

¹⁸² Idem., artículo 20.

2.4.1. Personal de la Misión

El personal de la misión se divide en las siguientes categorías:

- Personal diplomático: aquellos miembros de la misión que posean calidad de diplomático, como Consejeros, Secretarios o Agregados (*attachés*).
- Personal administrativo y técnico: empleados en el servicio administrativo y técnico de la misión tales como archivistas o asistentes.
- Personal de Servicio: empleados del servicio doméstico de la misión, tales como recamareras, chóferes o cocineros.

La calidad de “Jefe de la Misión” es otorgada por el Estado acreditante y el Estado receptor puede negarse a dar su asentamiento a dicha persona sin estar obligado a expresar los motivos de su negativa.¹⁸³ El término “agente diplomático” se utiliza para hacer referencia al jefe de la misión o a un miembro del personal diplomático de la misión.¹⁸⁴

2.4.2. Funciones de la Misión Diplomática:

Las funciones principales de una misión diplomática son la representación del Estado acreditante ante el Estado receptor y la protección de los intereses del Estado acreditante y sus nacionales.¹⁸⁵

El artículo 3 de la Convención señala, entre otras funciones, las de negociación, fuente de información sobre acontecimientos en el Estado receptor, y promotor de relaciones de amistad, económicas, culturales y científicas entre los Estados. La representación

¹⁸³ Idem., artículo 4.

¹⁸⁴ Idem., artículo 1 (e).

¹⁸⁵ Idem., artículo 3.1.(a) y (b).

de un Estado puede enterarse por todos los medios lícitos sobre las condiciones y la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor para así poder informar sobre ello a su gobierno, pero está obligada a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado.¹⁸⁶

Las funciones del agente diplomático terminan por la voluntad del Estado acreditante dando aviso mediante un comunicado al Estado receptor, o por haber sido declarado persona *non grata* en términos del artículo 9 de la Convención.¹⁸⁷

Las funciones de la misión diplomática pueden llegar a su fin por la ruptura de las relaciones diplomáticas o si se pone término a la misión de un modo temporal o definitivo.¹⁸⁸

El artículo 25 de la Convención señala la obligación del Estado receptor de dar toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión. Los agentes del Estado deben tener una garantía de seguridad en la ejecución de los actos realizados en nombre de su gobierno.

La diplomacia, entendida como instrumento para el mantenimiento de la seguridad internacional y el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, además de ser utilizada en negociaciones comerciales y políticas ha servido para preservar la paz, ya que es utilizada y respetada incluso en tiempos de guerra.

2.5. Codificación de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos

La obligación del Estado receptor de otorgar las mayores facilidades para el desempeño de las funciones diplomáticas dan como consecuencia un cuerpo de inmunidades y privilegios. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de

¹⁸⁶ Idem., artículo 41.

¹⁸⁷ Idem., artículo 43 (a).

¹⁸⁸ Idem., artículo 45.

1961 codifica los privilegios e inmunidades aceptadas por la comunidad internacional como derecho consuetudinario. Las inmunidades y privilegios que se conceden en esta Convención tienen como propósito el de garantizar el desempeño de las funciones de los agentes diplomáticos en calidad de representantes de un Estado, y no como un beneficio personal.¹⁸⁹

La Convención ha contribuido a la unificación de criterios en esta materia. Sin embargo, en la última década del siglo XX, surgió una discusión sobre la conveniencia de reformar la Convención, pero la comunidad internacional continúa aplicándola de una manera muy estricta.¹⁹⁰ La Convención no ha sido materia de un análisis a fondo con vistas a una posible reforma por parte de los Estados y de los organismos especializados en la materia, así como de la posible ampliación y alcance de los recursos legales que la misma Convención dispone; v.g.: rompimiento de las relaciones diplomáticas, declaratoria como persona *non grata*, aplicación de sanciones administrativas, etc.

2.5.1. Privilegios

Los privilegios, que anteriormente se aplicaban por cortesía, se encuentran bien definidos en la Convención y les son aplicables ciertas limitaciones, tal como lo es el caso de:

- Exención de Impuestos;
- Exención de derechos de aduana;
- Exención de las disposiciones sobre Seguridad Social.

En materia tributaria, tanto el Estado acreditante como los agentes diplomáticos están exentos del pago de todos los impuestos y gravámenes del Estado receptor, con excepción de los impuestos indirectos, sobre bienes inmuebles privados, sobre

¹⁸⁹ Idem., preámbulo.

¹⁹⁰ Cfr. Higgins, op. cit., pp. 648 a 650.

sucesiones, sobre ingresos privados, sobre el capital de inversiones en empresas comerciales, sobre servicios particulares, sobre los derechos de registro aranceles judiciales, hipoteca y derechos en bienes inmuebles.¹⁹¹

En materia aduanal están exentos del pago de derechos los objetos destinados al uso oficial de la misión y personal del agente diplomático, salvo en casos de almacenaje, acarreo y servicios análogos.¹⁹² El equipaje personal del agente diplomático estará exento de inspección, limitándola a una inspección en presencia del agente diplomático.

En materia de seguridad social las misiones diplomáticas estarán exentas del pago de cuotas siempre que los empleados no sean nacionales del Estado receptor o no tengan residencia permanente en él.¹⁹³ Las leyes que no son compatibles con la calidad de agente diplomático y sus funciones no les son aplicables, tales como, Leyes de Nacionalidad y Migración o el cumplimiento del servicio militar.¹⁹⁴

2.5.2 Inviolabilidad de los Agentes Diplomáticos

La inviolabilidad de la persona del agente diplomático es absoluta. No existe disposición alguna que permita interferir en las actividades del agente diplomático inclusive en casos de emergencia, por ejemplo, el caso de un agente diplomático en estado de ebriedad con un arma de fuego en un lugar público.¹⁹⁵

El agente diplomático no puede ser objeto de ninguna forma de arresto o detención. El Estado receptor debe tratarlo con el debido respeto y tomar las medidas necesarias

¹⁹¹ Convención de Viena de 1961, op. cit., artículos 23 y 34.

¹⁹² Idem., artículo 36.

¹⁹³ Idem., artículo 33.

¹⁹⁴ *Restatement Third 1987*, op. cit., artículo 464, comment c.

¹⁹⁵ Cfr. Brownlie, op. cit., p. 355.

para impedir cualquier atentado contra su persona, libertad o su dignidad.¹⁹⁶ Igualmente gozarán de inviolabilidad:

- La residencia y correspondencia del personal de la misión.¹⁹⁷
- Los familiares del Agente Diplomático, siempre y cuando no sean nacionales del Estado receptor.¹⁹⁸
- Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias, siempre que no sean nacionales del Estado receptor o tengan en él residencia permanente.¹⁹⁹

Es una práctica comúnmente aceptada el conceder la inviolabilidad de la persona, así como todas las demás inmunidades necesarias al agente diplomático, cuando atraviesa el territorio de un tercer Estado para ir a tomar posesión de sus funciones, para reintegrarse a su cargo o para volver a su país.²⁰⁰

El Estado receptor deberá, aun en caso de conflicto armado, dar facilidades para que las personas que gozan de privilegios e inmunidades y no sean nacionales del Estado receptor, así como los miembros de sus familias, puedan salir de su territorio lo más pronto posible.

2.5.3. Inviolabilidad de los Locales de la Misión y Documentos Oficiales.

2.5.3.1. Locales de la Misión

El concepto de “locales de la misión” diplomática se extiende al terreno destinado a los edificios donde físicamente se establezca la misión, sin importar quien sea el

¹⁹⁶ Convención de Viena de 1961, op. cit., artículo 29.

¹⁹⁷ Idem., artículo 30.

¹⁹⁸ Idem., artículo 37(1).

¹⁹⁹ Idem., artículo 37(2).

²⁰⁰ Idem., artículo 40.

propietario, incluyendo además la residencia del jefe de la misión.²⁰¹ El Estado receptor deberá facilitar la adquisición de bienes inmuebles para las misiones diplomáticas en su territorio de conformidad con sus leyes internas.²⁰²

Los locales de la misión son inviolables. Es absolutamente necesario el consentimiento del jefe de la misión para poder penetrar en ellos.²⁰³ Tampoco está permitido ningún registro, embargo o ejecución sobre el local de la misión o los demás bienes, muebles e inmuebles, situados en ellos.

2.5.3.2. Documentos, Correspondencia Oficial y Valija Diplomática.

Señala la Convención que los archivos, documentos y correspondencia de la misión serán en todo momento y en todo lugar inviolables.²⁰⁴ La valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida.²⁰⁵ La inviolabilidad de la valija diplomática está dirigida a proteger los documentos oficiales, pero no el contenido que no tenga tal carácter, cuestión que ha provocado abusos en la práctica.

El gobierno británico sugirió la utilización de la tecnología electrónica para revisar la valija diplomática,²⁰⁶ pero la práctica internacional no ha variado en este punto en particular.

2.5.3.3. Asilo

La inviolabilidad de la misión es la base del asilo diplomático. El asilo político debe ser otorgado solamente para proteger a la persona de una persecución política o para

²⁰¹ Idem., artículo 1 (i)

²⁰² Idem., artículo 21

²⁰³ Idem., artículo 22.

²⁰⁴ Idem., artículos 24 y 27 1(2).

²⁰⁵ Idem., artículo 27 1(3)

²⁰⁶ Higgins, op. cit., p. 647.

proteger la vida y la seguridad del individuo. La institución del asilo no es uniformemente aceptada por la comunidad internacional y los asilados deben ser regresados a las autoridades si no existe un tratado o una costumbre en la materia entre los Estados. La Corte Internacional de Justicia en el Caso Asilo, entre Colombia y Perú,²⁰⁷ señaló que el asilo rara vez se concede fuera de América Latina y sólo se concedía legítimamente en casos de "inminente y persistente" peligro, y cuando es concedido era un asunto humanitario y no jurídico.²⁰⁸

La Convención de 1961 no hace referencia alguna a la figura del asilo. Pero el artículo 41 de la misma señala que aunque los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con sus funciones se podrá actuar con base a "...acuerdos particulares que estén en vigor entre el Estado acreditante y el Estado receptor."²⁰⁹

La Convención de Asilo de la Habana de 1928, la Convención de Montevideo de 1933 y el Tratado sobre Asilo Político y Refugiados de 1939, firmado solamente por los países del grupo de Río de la Plata, no han tenido una aceptación general en el Continente Americano, Estados Unidos no firmó ninguna Convención en la materia.

2.5.4. Inmunidad de la Jurisdicción Local

2.5.4.1. Aspectos Generales

El agente diplomático tiene la obligación de observar la ley del Estado receptor, y queda en todo momento sujeto a la jurisdicción del Estado acreditante,²¹⁰ quien a petición del primero puede exigir el cumplimiento de las normas del Estado ante el cual fueron acreditados sus agentes.²¹¹

²⁰⁷ *Asylum Case*, ICJ Reports, 1950, pp. 256, 274.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Convención de Viena de 1961, op. cit., artículo 41.

²¹⁰ Convención de Viena de 1961., op. cit., artículos 31(4) y 41(1).

²¹¹ Verdross Alfred, *Derecho Internacional Público*, quinta edición, ed. Aguilar, España, 1980, p. 312.

Sorensen distingue entre inmunidad del "ejercicio de jurisdicción" de las Cortes locales, en contraste con la inmunidad de la jurisdicción misma del Estado. No es posible imaginar un escenario donde los diplomáticos se encontrarán por encima del derecho vigente en el Estado que los recibe.²¹²

Brownlie hace notar que "la inmunidad puede ser renunciada y la ley interna podría ser entonces aplicada".²¹³ Verdross indica que "la inmunidad tiene por objeto una abstención (*non facere*) del Estado", a diferencia de la "inviolabilidad" que impone una acción, como lo es la protección especial contra la persona acreditada en su territorio.²¹⁴

La inmunidad se extiende a todo el personal diplomático de la misión y a los familiares, siempre que no sean nacionales del Estado receptor. Los miembros del personal administrativo y técnico, incluyendo sus familias, siempre que no sean nacionales del Estado receptor, gozan de inmunidad limitada, ya que los actos de carácter privado no quedan exentos de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor.²¹⁵

El personal de servicio de la misión solamente gozará de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones.²¹⁶ Los criados particulares de los miembros de la misión sólo gozarán de inmunidades en la medida reconocida por el Estado receptor.²¹⁷

²¹² Cfr. Sorensen, op. cit., p. 388.

²¹³ Brownlie, op. cit., p. 356.

²¹⁴ Verdross, op. cit., p. 311.

²¹⁵ Convención de Viena de 1961, op. cit., artículo 37(2).

²¹⁶ Idem., artículo 37 (3).

²¹⁷ Idem., artículo 37 (4).

2.5.4.2. Inmunidad de la Jurisdicción Civil y Administrativa

El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor con las siguientes excepciones:²¹⁸

- a) de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;
- b) de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero y legatario;
- c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

El agente diplomático no está obligado a testificar. Tampoco podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos como excepción a la inmunidad por la misma Convención siempre y cuando no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.²¹⁹

Las excepciones a la inmunidad diplomática representan un avance en el derecho diplomático ya que refleja el principio de que las inmunidades a los agentes diplomáticos no deben ser concedidas sin una calificación de los actos.

²¹⁸ Idem., artículo 31.(1).

²¹⁹ Idem., artículo 31(3)

2.5.4.3. Inmunidad de la Jurisdicción Criminal

La Convención concede inmunidad total sobre el ejercicio de la jurisdicción criminal. Esta ha sido el criterio en el derecho internacional consuetudinario. Con la evolución del derecho internacional y la consolidación del respeto a los derechos humanos podríamos preguntar si ¿Las violaciones a los Derechos Humanos o la comisión de un crimen internacional podrían seguir considerándose “actos oficiales”?

En la actualidad la única forma de defensa de un Estado es la declaratoria del miembro de la misión como persona *non grata*, y en el mayor de los casos el rompimiento de las relaciones internacionales.

La opinión pública resulta particularmente irritada en los casos en que un agente diplomático, o un familiar, comete un delito pero no puede ser arrestado y juzgado por la inmunidad de la cual goza.

2.5.4.4. Renuncia

La forma de la renuncia deberá ser siempre expresa y es el Estado acreditante el único que puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos. La persona acreditada para renunciar a la inmunidad del personal de la misión es el jefe de la misma, pero cuando se trate de la inmunidad de este último, la renuncia será hecha por el gobierno del país acreditante.²²⁰

La inmunidad no se puede invocar en el caso de la reconvencción cuando haya sido el mismo agente diplomático quien entabló la acción principal y la reconvencción esté

²²⁰ Idem., artículo 32.(1) y (2).

directamente ligada a la demanda principal. La Convención estipula que para la ejecución del fallo judicial será necesaria una nueva renuncia.²²¹

2.5.4.5. Duración de la Inmunidad para Actos Oficiales

El artículo 39 de la Convención señala que toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo o, si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor.²²²

La inmunidad cesará normalmente en el momento en que la persona salga del país o en el que expire el plazo que se le haya concedido para hacerlo, aún en caso de conflicto armado. Pero tratándose de actos oficiales llevados a cabo durante sus funciones, la duración de los privilegios e inmunidades es permanente.²²³

2.6. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963

Los funcionarios consulares son distintos de los agentes diplomáticos en funciones y en su calidad personal. Aunque son agentes del Estado acreditante para finalidades específicas, no gozan de los mismos privilegios e inmunidades que los agentes diplomáticos. Los cónsules solamente son inmunes de la jurisdicción local con relación a sus actos oficiales.

²²¹ Idem., artículo 32(4).

²²² Idem., artículo 39(1).

²²³ Idem., artículo 39(2).

La Convención de Viena de 1963²²⁴ asimila de alguna manera la calidad de los agentes diplomáticos y consulares. En su artículo 41 la Convención habla de la inviolabilidad personal de los cónsules:

1.- Los oficiales consulares no deben ser objeto de arresto o detención para ser juzgados, excepto en el caso de un crimen grave y mediante el mandamiento una autoridad judicial competente.²²⁵

En el caso de que se inicie un procedimiento del orden penal contra un cónsul, éste debe comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, los procedimientos deberán tomar en cuenta la calidad de representación de otro Estado de la cual goza el oficial consular y de la manera en que se afecte lo menos posible el ejercicio de sus funciones.²²⁶

2.7. Otros Instrumentos Internacionales

Con la aparición de organismos internacionales se ha creado la necesidad de otorgar ciertos privilegios e inmunidades a sus agentes. La naturaleza y alcance de estas inmunidades forman una materia aparte de la inmunidad diplomática, útil en un sentido comparativo pero esencialmente distintas.

La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 105, señala:

1. La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos.

²²⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, entró en vigor el 19 de marzo de 1967, texto: 596 UNTS 261.

²²⁵ Idem., artículo 41(1).

²²⁶ Idem., artículo 41(1).

2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización.

3. La Asamblea General podrá hacer recomendaciones con el objeto de determinar los pormenores de la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este Artículo, o proponer convenciones a los Miembros de las Naciones Unidas con el mismo objeto.

Para desarrollar estos principios la ONU adoptó una Convención de los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas en 1946 y la Convención de Privilegios e Inmunidades de Agencias Especializadas en 1947. En Viena en 1975 se adoptó la Convención sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con Organizaciones Internacionales.

2.8. Incidentes y Decisiones Internacionales Recientes

2.8.1. Reino Unido

El 17 de abril de 1984 fue asesinada en Londres, Inglaterra, una mujer policía, Yvonne Fletcher, por una ráfaga de tiros de ametralladora disparados desde una ventana de la embajada de Libia, edificio ocupado por un comité revolucionario Libio, que se hacía llamar "*Bureau del Pueblo Libio*". El incidente causó gran expectación tanto de la opinión pública local como internacional ya que ningún individuo fue castigado o perseguido. En varios países se ha abusado de las inmunidades diplomáticas para transportar armas en valijas diplomáticas. Los actos terroristas de algunos países occidentales han despertado sospechas sobre un posible abastecimiento de armas por fuentes diplomáticas.²²⁷

²²⁷ Cfr.. Higgins, op. cit., p. 643

El episodio transcurrió durante una manifestación por parte de los oponentes libios al gobierno de Kaddafi en St. James Square en la capital británica. El gobierno británico exigió a las autoridades libanesas desalojar el local de la misión y permitir la búsqueda de armas y explosivos, petición que fue negada.²²⁸ El 22 de abril, dos días después de un incidente terrorista en un aeropuerto británico, el cual no pudo ser vinculado con el incidente en la plaza londinense, el gobierno Libio fue notificado del rompimiento de relaciones diplomáticas, y por consiguiente el abandono por parte de sus agentes del territorio inglés.

El local de la misión fue desalojado el 27 de Abril de 1984. Las personas que salieron del local de la misión fueron interrogadas y revisadas electrónicamente. Se respetó la inviolabilidad de las valijas diplomáticas, ya que no fueron abiertas ni revisadas. El local de la misión fue inspeccionado tres días después en presencia de un representante de la Embajada de Arabia Saudita. Se encontraron armas y evidencia relevante para el caso.²²⁹

Este incidente fue discutido por la comunidad internacional para analizar el alcance y la funcionalidad de las inmunidades y privilegios en casos de abusos cometidos o protegidos al amparo de dichas inmunidades. El incidente se relacionó con la inviolabilidad del local de la misión, la inviolabilidad de la valija diplomática, y la inmunidad personal de los agentes diplomáticos en la Embajada.²³⁰ La justificación dada por el Ministerio del Exterior Británico para la búsqueda física de las personas que abandonaron la embajada, fue el derecho de legítima defensa, aceptado por el derecho interno y el derecho internacional, sin importar la calidad de los individuos.²³¹

²²⁸ House of Commons, *First Report from the Foreign Affairs Committee, Session 1984-85, The Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges*, 12 December 1984, Ref. No. 127 (London: HMSO), paras. 68, 81-83

²²⁹ *Idem.*, paras. 74-77.,

²³⁰ Cfr. McClanahan, *op. cit.*, pp. 5-7; Higgins., *op. cit.*, pp. 642-647

²³¹ *First Report from the Foreign Affairs Committee, op. cit.*, para. 85.

2.8.2. Estados Unidos de América

En la capital de los Estados Unidos, el 29 de noviembre de 1982, el hijo del embajador brasileño acreditado en ese país se vio involucrado en un delito. Antonio da Silveira, de 23 años, estudiante universitario en esa Ciudad, visitó un centro nocturno esa noche. Después de una discusión con el gerente, el cual le pidió que dejara el lugar, el muchacho sacó una pistola y amenazó con matarlo.

Un encargado de seguridad intentó sacar al hijo del embajador quien fallidamente utilizó la pistola. Da Silveira sacó una segunda pistola hiriendo al encargado de seguridad, quien propició una ligera cortada en la boca al muchacho.²³²

El hijo del embajador se rehusó a dar su verdadero nombre por lo cual fue llevado a la comisaría para ser enjuiciado. Al día siguiente, después de haber sido revelada y comprobada su verdadera identidad, el muchacho fue liberado de manera inmediata y los cargos en su contra fueron abandonados.

2.8.3. Corte Internacional de Justicia

En el Caso concerniente al Personal Diplomático y Consular en Teherán, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del 24 de mayo de 1980, hizo varios pronunciamientos acerca de las obligaciones contenidas en la Convención de Viena de 1961, así como en el Derecho Internacional consuetudinario respecto de las inmunidades y privilegios diplomáticos en relación con la ocupación de la embajada y toma de rehenes del personal de la misión en la Capital Iraní.²³³

²³² Cfr.. McClanahan, op. cit., p. 15.

²³³ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Theran*, Judgment of 24 May 1980., in *Summaries of Judgements, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice 1948-1991.*, pp. 106-109.

A inicios del año de 1979, el Sha de Irán se vio obligado a salir del territorio iraní a consecuencia del triunfo de una revolución dirigida desde el exterior por el carismático líder islámico, Ayatollah Jomeini. A pesar de que el gobierno estadounidense reconocía el gobierno de Jomeini, las relaciones entre los dos países eran tensas y precarias.²³⁴

El 4 de noviembre de 1979 fue ocupada la embajada americana y su personal fue detenido. El grupo estaba formado por “estudiantes” quienes pedían la extradición del Sha y el regreso de sus propiedades por parte de los Estados Unidos, así como la no intervención por parte del gobierno norteamericano en su política interna. El gobierno iraní no tomó acción alguna para impedir este acontecimiento y por el contrario consideró la ocupación como positiva. La Corte Internacional de Justicia señaló: “desde el momento en que el gobierno da su aprobación sobre los actos en cuestión y decide utilizarlos como medios de presión contra los Estados Unidos, dichos actos se vuelven actos del Estado y los militantes se vuelven agentes del Estado.”²³⁵ El personal de la misión y algunos ciudadanos norteamericanos, un total de 52, fueron tomados como rehenes por un total de 444 días.

Los Estados Unidos iniciaron procedimientos en la Corte Internacional de Justicia el 28 de noviembre de 1979, citando, entre otras violaciones, las cometidas a las Convenciones de Viena de 1961 y 1963. La Corte hizo notar en su sentencia:

“las reglas del derecho diplomático constituyen un régimen independiente, que por un lado señalan las obligaciones del Estado receptor con relación a las facilidades, privilegios e inmunidades que les son otorgadas a las misiones diplomáticas y, por el otro, prevén el posible abuso por miembros de la misión, especificando los medios a disposición del Estado receptor para contrarrestar dichos abusos”²³⁶

²³⁴ McClanahan, op. cit., p. 8.

²³⁵ *Theran Case*, op. cit., p 108.

²³⁶ *Ibidem*.

En sus puntos resolutivos la Corte declaró que:

- Irán había violado el derecho internacional convencional así como reglas bien establecidas por el derecho internacional general.
- Dichas violaciones engendran la Responsabilidad del Estado Iraní frente a los Estados Unidos.
- Irán tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para terminar la detención de los diplomáticos americanos y asegurar su salida del país; también debe regresar los locales de la misión, así como los documentos oficiales.
- Los agentes diplomáticos no deberán ser sujetos a ningún procedimiento judicial o participar en ellos como testigo.²³⁷

Los últimos dos puntos de la sentencia se refieren a la forma de reparación por la responsabilidad internacional.

Los incidentes ocurridos en Londres y en la embajada americana en Teherán son claros ejemplos del abuso de la inmunidad por sus beneficiarios, y una clara violación al principio de inmunidad por una acción gubernamental que desembocan en una situación que puede ser calificada de verdadera impunidad.

2.9. Ley del Servicio Exterior Mexicano.

La Ley del Servicio Exterior Mexicano²³⁸ se refiere a la inmunidad de los agentes diplomáticos y la forma en que serán sancionados en caso de incumplimiento con sus obligaciones.

²³⁷ Idem., p. 109.

²³⁸ Ley del Servicio Exterior Mexicano, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1994.

El Capítulo VIII señala las obligaciones de sus miembros. Todo miembro del servicio exterior deberá actuar con apego a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que corresponde a todo servidor público.²³⁹ El artículo 41 impone la obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor sin perjuicio de las inmunidades y privilegios que les correspondan.

El artículo 43 señala:

“Corresponde a los jefes de misión:

III. Requerir, cuando proceda y con las cortesías del caso, las inmunidades, prerrogativas y franquicias que correspondan a los funcionarios diplomáticos mexicanos conforme a los tratados internacionales y especialmente aquellas que México concede a los funcionarios diplomáticos de otros países; solamente la Secretaría puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de que gozan esos funcionarios en el Extranjero;..”

El Capítulo XI de la citada ley comprende las sanciones administrativas en caso del incumplimiento de las obligaciones de los miembros del servicio exterior.

Las sanciones por faltas administrativas consistirán en:²⁴⁰

- I. Apercibimiento privado o público;
- II. Amonestación privada o pública;
- III. Suspensión;
- IV. Destitución;
- V. Sanción económica; y

²³⁹ Idem., artículo 41.

²⁴⁰ Idem., artículo 57.

VI. Inhabilitación para poder reingresar al servicio Exterior o desempeñar algún puesto, cargo o comisión temporales en el mismo.”

El hacer uso ilícito o con fines de provecho personal de las franquicias, valijas, correos diplomáticos, recursos financieros y materiales, así como de las inmunidades y privilegios inherentes al cargo; será motivo de la aplicación de una sanción administrativa.²⁴¹

El artículo 62 de la ley señala que en el caso de que los hechos pudieran configurar un delito y que la averiguación previa no se hubiere iniciado por otros medios, la Contraloría Interna de la Secretaría de Relaciones Exteriores dará vista de los actos tanto a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, actualmente Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, como la autoridad competente para conocer del ilícito.

²⁴¹ Idem., artículo 58 (IX).

Capítulo III

Inmunidad de los Funcionarios Oficiales en el Derecho Penal Internacional

3.1. Responsabilidad del Individuo en el Derecho Internacional

3.1.1. El Individuo como Sujeto del Derecho Internacional

Los sujetos del derecho internacional son aquellas entidades cuyo comportamiento regula directamente el orden jurídico internacional. Henkin y Brownlie señalan que los sujetos del derecho internacional incluyen a las personas o entidades capaces de poseer derechos y obligaciones internacionales, y que cuentan con la capacidad de defender sus derechos mediante la interposición de cierto tipo de acciones en el plano internacional.²⁴²

En la teoría clásica del derecho internacional una persona jurídica internacional se refiere normalmente a aquella que tenga las siguientes características:

- Capacidad jurídica de hacer Tratados (capacidad de acción);
- Capacidad de hacer reclamaciones por el incumplimiento del derecho internacional (capacidad de petición);
- Goce de inmunidad de la jurisdicción local.

Del análisis de los privilegios y capacidades anteriormente enunciadas resulta difícil considerar al individuo como sujeto del derecho internacional, ya que en ningún momento podrá ser capaz de concertar acuerdos internacionales en su nombre, ni gozar de la inmunidad primaria del Estado, que puede ser concedida por el carácter de representante del mismo.

²⁴² Henkin Louis, Crawford Richard, Pugh, Schacter Oscar, Smit Hans, *International Law, cases and materials*, Third Edition, American Book Series, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1993, p. 241; Brownlie, op. cit., p. 58.

Según la teoría dominante, los individuos no son, en principio, sujetos del derecho internacional público, sino el objeto de la obligación o derecho de que se trate.²⁴³ El derecho internacional protege los intereses de individuos a través del Estado, por ej., la protección diplomática de sus nacionales en el extranjero o los prisioneros de guerra.

Otras entidades, algunas semejantes a los Estados o las organizaciones de Estados, han sido reconocidas como personas jurídicas internacionales para ciertos propósitos y en algunos aspectos. Los individuos, corporaciones y otras entidades jurídicas creadas por el derecho interno de un Estado pueden llegar a ser sujetos del derecho internacional, cuando les son otorgados derechos, obligaciones y otros aspectos de la personalidad jurídica internacional mediante el derecho internacional consuetudinario o por acuerdos internacionales.

La amplitud del concepto de personal jurídica internacional, más allá de los Estados, es una de las características más significativas del derecho internacional contemporáneo.²⁴⁴ Sin embargo esta evolución no debe opacar el papel primario y predominante del Estado como sujeto central del derecho internacional.

La corriente naturalista del derecho internacional señala que el individuo es el verdadero sujeto del derecho internacional y el Estado es su agente. La esencia del derecho internacional ha sido siempre la preocupación por el ser humano.²⁴⁵

Philip C. Jessup, juez de la Corte Internacional de Justicia, señalaba que el derecho internacional podía ser aplicado a ciertas relaciones entre los individuos, "cuando estas relaciones abarquen asuntos de importancia internacional."²⁴⁶ El autor hace especial énfasis en que la única manera de obligar al individuo es mediante el consentimiento

²⁴³ Verdross, op. cit., p. 199.

²⁴⁴ Henkin, op. cit., p. 241. Este autor se refiere a los sujetos del derecho internacional con la expresión anglosajona "*international legal personality*", para señalar que tienen plena capacidad en el ámbito internacional.

²⁴⁵ Shaw, op. cit., p. 183.

²⁴⁶ Jessup Philip, *A Modern Law of Nations*, 1948, pp. 17-18.

de los Estados, expresado a través de los Tratados, mientras que no exista un poder legislativo mundial.

En el siglo XX, el derecho internacional contempla y, en determinadas circunstancias, concede derechos e impone obligaciones a los individuos directamente. La calidad de sujeto del derecho internacional en relación con los individuos está relacionada con la protección de los derechos humanos.²⁴⁷

En su desarrollo el derecho internacional de los Derechos Humanos trata con obligaciones de los Estados con respecto a los seres humanos, y no exclusivamente con sus nacionales. Esta evolución es el reflejo de la aceptación general de que todo individuo debe tener un conjunto de derechos que todos los Estados están obligados a respetar y proteger. El cumplimiento de los Derechos Humanos no es solamente asunto del Estado, es ahora un asunto de preocupación internacional, y apropiado para ser regulado por el derecho internacional.²⁴⁸

Señala O'Connell que en "áreas como la esclavitud, la protección a minorías y los Derechos Humanos, el derecho internacional ha escogido al individuo como un miembro de la comunidad internacional, al otorgarle derechos y obligaciones, aún frente al Estado del cual es nacional."²⁴⁹

Un individuo, por ejemplo, no puede adquirir territorio, no puede celebrar tratados y no puede tener derechos beligerantes. Pero, por otra parte, puede cometer delitos de guerra, piratería y crímenes contra la humanidad; puede también interponer demandas por compensación de actos *ex contractu* o *ex delicto*. El individuo puede ser, en algunos casos, sujeto de un derecho de acción, de petición, o un derecho intermedio de demanda, v.g.: Derechos Humanos.²⁵⁰

²⁴⁷ Shaw, *op. cit.*, p. 182.

²⁴⁸ Henkin, *op. cit.*, p. 374.

²⁴⁹ O'Connell, *International Law*, citado en Henkin, *op. cit.*, p. 377.

²⁵⁰ Verdross, *op. cit.*, p. 202.

El Tratado de Versalles de 1919, en su artículo 304(b), otorgaba a los nacionales de los países Aliados el derecho de presentar acciones en contra de Alemania ante un Tribunal Arbitral para obtener compensación. Desde entonces un gran número de tratados han establecido derechos relacionados con los individuos, especialmente para acceder directamente a tribunales internacionales.

Como ejemplo de lo anterior podemos señalar: la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950; los tratados de la Comunidad Europea de 1957; la Convención Inter-Americana sobre Derechos Humanos de 1966; la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, entre otros instrumentos internacionales.

3.1.2. Responsabilidad Criminal Internacional

Verdross discute la situación del individuo y llega a la conclusión de que el individuo solamente participa en el derecho internacional de una manera indirecta, ya que es el mismo derecho internacional quien faculta, obliga o permite al Estado actuar de manera tal, a través de sus leyes locales, que afecte al individuo.²⁵¹ El citado autor concluye que solamente estaremos ante un deber jurídico internacional de un individuo, cuando el propio derecho internacional asocie a un supuesto jurídico de hecho una sanción contra él, de manera tal, que estas normas puedan aplicarse directamente, y no a través de una disposición legal interna, quedando al arbitrio del Estado la aplicación y el grado de la pena.²⁵²

En la teoría clásica de la responsabilidad internacional solamente el gobierno de un Estado puede ser declarado responsable cuando viola el derecho internacional. Los agentes que realizan el acto no son considerados responsables.²⁵³ La responsabilidad internacional del individuo surge en los casos relacionados con ciertos actos que han

²⁵¹ *Idem.*, p. 200.

²⁵² *Idem.*, p. 201.

²⁵³ Draft Articles on State Responsibility, ILC, 37 ILM 440, March 1998, articles 5 and 6.

sido declarados, por la comunidad internacional como crímenes internacionales, v. g.: piratería, secuestro de aviones, terrorismo, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

La responsabilidad criminal internacional por ciertos actos u omisiones que tienen una trascendencia en el orden jurídico internacional ha sido aceptada desde la segunda mitad del siglo XIX. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solamente mediante el castigo a los individuos que cometieron dichos crímenes se pueden hacer valer las normas del derecho internacional.

En 1945, después de las atrocidades cometidas en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Militar Internacional para los Criminales de Guerra de Nuremberg, fincó responsabilidad a las personas encargadas de la realización de los actos considerados como crímenes internacionales. La esencia de la Carta de Nuremberg radica en que los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden a las obligaciones de obediencia impuestas por sus naciones.²⁵⁴

La Carta del Tribunal Militar, anexo al Tratado para el Enjuiciamiento y Castigo de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de Agosto de 1945,²⁵⁵ en su artículo 6, menciona que la responsabilidad individual, sobre la cual el tribunal tiene jurisdicción, será decretada en la comisión de los siguientes actos:

- crímenes de guerra;
- crímenes contra la humanidad;
- crímenes contra la paz.

²⁵⁴ Henkin, *op. cit.*, p. 382.

²⁵⁵ Tratado para el Enjuiciamiento y Castigo de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de Agosto de 1945, texto en 39 AJ (1945), Suppl., pp. 258, 259-60.

En la parte correspondiente a la responsabilidad criminal del individuo el Tribunal estableció en su sentencia:

“Ha sido señalado que el derecho internacional está relacionado con las acciones de los Estados soberanos, y no ofrece castigo alguno para los individuos; y más aún, que el acto en cuestión es un acto de Estado, aquellas personas que llevan a cabo dicho acto no son responsables ya que son protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado. Es la opinión de este Tribunal, que estos dos alegatos deben ser rechazados. El supuesto de que el derecho internacional impone obligaciones y finca responsabilidades a los individuos, así como a los Estados, ha sido reconocido por largo tiempo... la esencia de la Carta (del Tribunal Militar), radica en que los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden a las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado en particular. Aquel que viola el derecho de guerra no puede obtener inmunidad mientras actué en cumplimiento de la autoridad del Estado, si ese Estado, al autorizar dichas acciones, se coloca fuera de su competencia en el derecho internacional.”²⁵⁶

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la Resolución del 11 de diciembre de 1946, que reafirmaba los “Principios del Derecho Internacional Reconocidos por la Carta de los Tribunales de Nuremberg y su Sentencia.”²⁵⁷ El primer principio declara:

²⁵⁶ *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of the German Major War Criminals, Nuremberg 30th September, and 1st October 1946*, Cmd. 6964, Misc. No. 12 (London: H.M.S.O. 1946), p. 42.

²⁵⁷ Principios del Derecho Internacional Reconocidos por la Carta de los Tribunales de Nuremberg y su Sentencia, AGNU Resolución 95(1) de 1946.

“Cualquier persona que cometa un acto que se constituya un crimen en el derecho internacional es responsable y sujeta a castigo.”

El segundo principio estipula que el hecho de que la ley interna no sancione la conducta que el derecho internacional considera como criminal, no excluye la responsabilidad del individuo en el plano internacional.²⁵⁸

La Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, en su artículo IV, estipula el principio de la responsabilidad individual al señalar que “las personas acusada de genocidio deben ser juzgadas por un tribunal competente.”²⁵⁹

Las Convenciones de Ginebra de 1949, también adoptaron el principio en estudio, al señalar que serán responsables las personas que cometan violaciones graves al derecho humanitario.²⁶⁰

A raíz de los eventos suscitados en la antigua Yugoslavia, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó el 22 de febrero de 1993, la Resolución 808, donde señaló la necesidad del establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de las personas responsables de serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en los Balcanes.

El Estatuto del Tribunal Internacional Criminal para la Antigua Yugoslavia fue adoptado por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 827 en 1993,²⁶¹ fundamentándose en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.²⁶²

²⁵⁸ *Idem.*, principio II.

²⁵⁹ Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, UNGA, Off. Rec., 3^{ra} Sess., Resolution 174 (A/180) 1948.

²⁶⁰ Cfr. Buergenthal Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, segunda edición, ed. Gernika, México, 1996, p. 264.

²⁶¹ Estatuto del Tribunal Internacional Criminal para la Antigua Yugoslavia, Resolución 827 del Consejo de Seguridad (1993).

²⁶² Carta de las Naciones Unidas, Capítulo VII, denominado “Acción en el Caso de una Amenaza a la Paz, Quebrantamiento de la Paz, o Actos de Agresión”, artículos 39-51..

Los "poderes del Capítulo VII" facultan al Consejo de Seguridad a tomar, en primer orden, medidas que no impliquen el uso de la fuerza. Pero cuando dichas medidas prueben ser inadecuadas, podrá el Consejo ejercer la acción que considere necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

El Tribunal Criminal para la antigua Yugoslavia establece su competencia para conocer de casos relacionados con:

- Violaciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949,²⁶³
- Violaciones a las leyes de guerra;²⁶⁴
- Genocidio;²⁶⁵ y,
- Crímenes contra la humanidad.²⁶⁶

El Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia establece la jurisdicción sobre personas físicas,²⁶⁷ así como el principio de la responsabilidad individual para los autores de crímenes internacionales.²⁶⁸

Por los eventos sucedidos en Ruanda en el año de 1994, el Consejo de Seguridad estableció un Tribunal Criminal Internacional que contiene los mismos principios establecidos por su antecesor en Yugoslavia.²⁶⁹

El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996,²⁷⁰ establece de igual manera la responsabilidad individual por la comisión de alguno de los delitos mencionados en él.

²⁶³ Idem, artículo 2.

²⁶⁴ Idem, artículo 3.

²⁶⁵ Idem, artículo 4.

²⁶⁶ Idem, artículo 5.

²⁶⁷ Idem, artículo 6.

²⁶⁸ Idem, artículo 7.

²⁶⁹ Estatuto del Tribunal Internacional Criminal para Ruanda, establecido por el Consejo de Seguridad (1994).

²⁷⁰ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, ILC 48th Sess; Report (A/48/10), Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II(2), artículo 2.

El proyecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, declara la responsabilidad internacional del individuo en su artículo 25, inciso 1.²⁷¹

La práctica internacional respecto a los derechos y obligaciones internacionales de los individuos en el derecho internacional consuetudinario y en los acuerdos internacionales demuestran claramente que los individuos son sujetos del derecho internacional.

La teoría y la práctica han establecido que el individuo tiene intereses protegidos legalmente, que puede llevar a cabo acciones legales, puede disfrutar derechos, y puede ser sujeto de derechos en el derecho interno que deriven del mismo ordenamiento internacional.

Si la personalidad en el plano internacional no es más que la suma de capacidades jurídicas, entonces el individuo es un sujeto del derecho internacional, aunque sus capacidades pueden ser diferentes a las de los Estados, o menores en número o contenido.²⁷²

3.2. Jurisdicción Criminal Internacional

El Estado, en principio, ejerce su jurisdicción sobre las personas y sobre las cosas que se encuentran en su esfera territorial, con exclusión de los otros Estados.²⁷³ La jurisdicción, en el plano internacional, ha sido entendida en la doctrina anglosajona como el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.²⁷⁴

Las bases para el ejercicio de la jurisdicción no son idénticas en los casos que involucran cuestiones de derecho internacional público y de derecho internacional

²⁷¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, Distr. General, A/CONF.183/9

²⁷² Henkin, *op. cit.*, p. 377.

²⁷³ Sorensen, *op. cit.*, p. 352.

²⁷⁴ Cfr. Henkin, *op. cit.*, p. 1046.

privado. En el caso de un conflicto de leyes, los sujetos pueden ser regulados en base a el domicilio o la residencia, v.g.: el caso de reconocimiento de matrimonios o divorcios.

Tales bases para ejercer jurisdicción pueden no encontrar cabida al momento de aplicar el derecho internacional público.²⁷⁵ En algunos casos resulta casi imposible, o muy difícil al menos, apartar las categorías del derecho internacional en su aspecto público o privado.

El derecho internacional público ha dado principal atención al alcance de la jurisdicción del Estado en asuntos criminales. Los criterios que el derecho internacional aplica para determinar la jurisdicción de un Estado dependen del interés que ese Estado, en vista de la naturaleza y propósitos de los actos, pueda tener en ejercer esa jurisdicción en particular, y en la necesidad de reconciliar ese interés con el de otro Estado.

Lo que suceda en el territorio de un Estado es, en principio, de la preocupación de ese Estado en particular (principio de la territorialidad). Un Estado tiene un interés significativo en ejercer jurisdicción sobre personas o cosas que tengan su nacionalidad (principio de nacionalidad); y especial interés en proteger a sus nacionales (principio de la personalidad pasiva).

El Estado tiene un interés evidente en protegerse de actos que amenacen su existencia o su funcionamiento como entidad soberana, aún si dichos actos son llevados a cabo fuera de su territorio o por personas que no son sus nacionales (principio de protección). El Estado también puede ejercer su jurisdicción en actividades que son condenadas universalmente y que cualquier Estado tiene interés en combatirlos (principio de la jurisdicción universal).

²⁷⁵ Shaw, *op. cit.*, p. 453.

3.2.1. Principio de Territorialidad

Este principio refleja un aspecto muy importante de la soberanía de los Estados, éstos es, el carácter del absoluto y exclusivo ejercicio de su poder soberano dentro su territorio; así como su independencia en el plano internacional.²⁷⁶

El Estado puede ejercer su autoridad respecto a personas, actos jurídicos, o cosas dentro de su territorio.²⁷⁷ El principio de que las cortes del lugar donde se cometió el crimen pueden ejercer jurisdicción, aún sobre extranjeros, ha tenido una aceptación universal. Este principio ha sido, en algunas ocasiones, aplicado de manera extensiva.

En primer lugar está la aplicación subjetiva del principio de la territorialidad, la cual crea jurisdicción sobre crímenes iniciados dentro del Estado, pero consumados fuera de él.²⁷⁸

El principio de la territorialidad objetiva establece la premisa respecto a ciertas consecuencias o efectos, que se produzcan dentro del territorio de un Estado derivado de un acto cometido fuera de él.²⁷⁹ El ejemplo clásico de este principio es el disparo de un arma de fuego a través de una frontera que causa la muerte a una persona en el Estado del foro. El principio de la territorialidad puede ser aplicado para basar la jurisdicción en otras áreas del derecho.

La naturaleza de la soberanía territorial en relación con los actos criminales fue examinada por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el *Lotus Case* en 1972:²⁸⁰ El caso involucraba la colisión, en alta mar de un barco francés con una embarcación turca. Esta última, se hundió con la consiguiente muerte de sus pasajeros. Al llegar a puerto turco, las autoridades de ese país arrestaron a un oficial

²⁷⁶ *Schooner Exchange v. McFaddon*, op. cit., p. 116.

²⁷⁷ Sorensen, op. cit., p. 352; Brownlie, op. cit., p. 178.

²⁷⁸ Brownlie, op. cit., p. 301.

²⁷⁹ *Ibidem.*; Henkin, op. cit., p. 1051.

²⁸⁰ *Lotus Case*, Permanent Court of International Justice, Ser. A., no. 10, (1972).

francés, acusándolo de homicidio. Francia protestó enérgicamente tal decisión, alegando que Turquía no tenía jurisdicción para juzgar el caso.

La Corte Permanente señaló que las restricciones contra la independencia de los Estados no podía basarse en una presunción, y añadió:

“...para ejercer jurisdicción se necesita una regla permisiva...pero en ausencia de regla en el derecho internacional, el Estado puede actuar como mejor considere. La territorialidad de la ley criminal, por lo tanto, no es un principio absoluto del derecho internacional, y por ningún motivo coincide con la soberanía territorial”²⁸¹

Los principios establecidos en 1927 fueron posteriormente revertidos por decisiones judiciales internacionales y en tratados relacionados con embarcaciones en alta mar.

El principio de territorialidad, en la actualidad ha sido aplicado, de manera conjunta por mutuo consentimiento, a través de acuerdos bilaterales, por Francia e Inglaterra en relación con el Euro-Túnel;²⁸² y por Jordania e Israel en relación con ciertos territorios fronterizos.²⁸³

El Código Penal Federal mexicano,²⁸⁴ en su Libro Primero, Título Preliminar, señala su ámbito de aplicación de los artículos del 1 al 6.

El principio de la territorialidad se establece en el artículo primero al mencionar que dicho Código se aplicará en toda la República para los delitos de orden federal.

²⁸¹ Idem, p. 20-23.

²⁸² *Protocol concerning Frontier Control and Policing, Co-operation in Criminal Justice, Public Safety and Mutual Assistance relating to the Channel Fixed Link*, 25 November 1991, 64 BYIL, 1993, p. 647.

²⁸³ *Israel-Jordan Treaty of Peace* 1994.

²⁸⁴ Código Penal Federal de 1931, op. cit.

Los principios de territorialidad subjetiva y objetiva se establecen en los artículos 2 y 3 del Código Penal Federal:

“Artículo 2o. Se aplicará, asimismo:

I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan sus efectos en el territorio de la República;”

El mismo artículo, en su segunda fracción, parece retomar la teoría de la extraterritorialidad al aplicar su jurisdicción sobre los delitos cometidos en las representaciones consulares mexicanas, siempre y cuando no se hubieran juzgado en el país en que se cometieron los delitos.

El artículo 3o, establece que los delitos continuos, cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes, aplicándose la misma regla para los delitos continuados.

El artículo 5 del Código Penal Federal, establece la jurisdicción respecto de los actos que deben considerarse como ejecutados en el territorio mexicano. Este artículo se refiere a los delitos:

- Cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales;
- Ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional; y se extiende a barcos mercantes, cuando el delincuente no haya sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto;
- Cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido, no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad;

- Cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio, en atmósfera o en aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que se señalan para los buques en las fracciones del mismo artículo;
- Los cometidos en las embajadas o legaciones mexicanas.

3.2.2. Principio de Nacionalidad

La nacionalidad es aceptada como una base para ejercer la jurisdicción en actos criminales. El Estado puede ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales, estén dentro o fuera de su territorio.

La Corte Internacional de Justicia, en el Caso *Nottebohm*, definió la nacionalidad como:

“...el vínculo legal que tiene como base un hecho social de unión, una conexión auténtica de existencia, intereses y sentimientos, con la presencia de derechos y obligaciones recíprocas.”²⁸⁵

Los principios de la territorialidad y de la nacionalidad pueden crear el conflicto del ejercicio simultáneo de dos jurisdicciones, por lo cual algunos Estados, del *Common Law* principalmente, restringen el principio de la nacionalidad a la comisión de crímenes graves.²⁸⁶

En algunos casos la nacionalidad provee un criterio necesario en la comisión de actos criminales, v.g.: en lugares como la Antártica donde el principio de la territorialidad no podría ser aplicado.

²⁸⁵ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)* (1951-1955), ICJ Reports, 1955, pp. 4, 23.

²⁸⁶ Brownlie, op. cit., p. 303.

El Código Penal Federal mexicano establece, en su artículo 4, el principio de la nacionalidad, al aplicar sus disposiciones a los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano, contra mexicanos o contra extranjeros, siempre que el acusado se encuentre en la República mexicana; que no haya sido juzgado definitivamente en el país en que delinquiró; y que la infracción tenga el carácter de delito en los dos países.

3.2.3. Principio de Protección

Aunque se favorece la jurisdicción territorial y existen pocos motivos en el derecho internacional para objetar la jurisdicción por la nacionalidad, internacionalmente se aceptan otras bases para la jurisdicción. El principio de protección ha sido expresado en diversos instrumentos internacionales.²⁸⁷

El principio señala que cualquier Estado tiene el derecho de castigar los actos cometidos fuera de su territorio que pongan en peligro su seguridad, ya sean cometidos por extranjeros o por sus nacionales.

El principio de protección no se encuentra tipificado en nuestra legislación mexicana.

3.2.4. Principio de la Personalidad Pasiva

De acuerdo con este principio las cortes locales de un Estado pueden ejercer su jurisdicción por delitos cometidos fuera de su territorio que afecten a sus nacionales.

En el caso *Cutting*, una corte mexicana ejerció su jurisdicción con respecto a una publicación difamatoria hecha por un ciudadano norteamericano en un periódico

²⁸⁷ Resolución de 1931 del Instituto de Derecho Internacional; el Código de Bustamante de 1928, sobre derecho internacional privado; el Código Penal Francés.

tejano. El ciudadano mexicano afectado, retiró los cargos de la demanda dejando inconclusa la argumentación final del caso.²⁸⁸

El principio de la personalidad pasiva ha sido el más controversial de todos. En el *Caso Lotus*, el Juez Moore en su opinión en contrario apuntó, que el principio de la personalidad pasiva somete al individuo, cuando está con extranjeros, a varias jurisdicciones en un mismo momento, cosa que consideró inadmisibile.²⁸⁹

Este principio ha sido recientemente aceptado, como un principio legítimo, en casos de terrorismo y crímenes internacionales.²⁹⁰

El Código Penal Federal mexicano consagra este principio, en su artículo 4, al señalar que los delitos cometidos por un extranjero contra un mexicano, serán penados en la República mexicana, cuando se encuentre el delincuente en el territorio nacional; no haya sido juzgado por ese delito; y la conducta se encuentre tipificada en los dos países.

3.2.5. Principio de Universalidad

El principio de la jurisdicción universal señala que cualquier Estado puede ejercer su jurisdicción sobre determinados crímenes. El fundamento de este principio radica en que los crímenes involucrados se consideran particularmente ofensivos para la comunidad internacional en su conjunto. Las características esenciales para el ejercicio de la jurisdicción universal se reflejan en el hecho de que los actos pueden ser ejecutados en cualquier lugar, en cualquier tiempo, sin importar la nacionalidad del criminal.

²⁸⁸ *Cutting Case*, US Foreign Relations (1887), 751-867.

²⁸⁹ Sorensen, op. cit., p. 366.

²⁹⁰ *U.S. v. Yunis* (No. 2), 681 F.Supp. 896 (1988).

El principio de la jurisdicción universal se ha desarrollado a través de dos categorías claramente definidas: la piratería y los crímenes de guerra. El hecho de que una actividad en particular pueda ser vista como un crimen internacional no establece, por ese sólo hecho, la aplicación de la jurisdicción universal.

El publicista inglés Shaw establece, que la práctica permisiva de los Estados, relativa al ejercicio de la jurisdicción universal, no parece haber evolucionado más allá de los crímenes de guerra, crímenes contra la paz, y crímenes contra la humanidad.²⁹¹

3.2.5.1. Piratería

La jurisdicción universal sobre la piratería ha sido reconocida durante mucho tiempo en el derecho internacional. Cualquiera que sea la nacionalidad del delincuente o la víctima, y dondequiera que se cometa el delito en alta mar, cualquier Estado que capture al criminal tiene jurisdicción para enjuiciarlo y castigarlo.²⁹² La piratería se distingue de otros crímenes internacionales en su finalidad, ya que ésta es siempre privada, al no involucrar participación gubernamental alguna.

La piratería *jure gentium* se definió en el artículo 15 de la Convención sobre Alta Mar de 1958, y fue reafirmada en el artículo 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982.

La piratería consiste en actos ilegales de violencia, detención o depredación, cometidos con una finalidad privada, por la tripulación o por los pasajeros de una embarcación o aeronave privada, y dirigido contra otra embarcación o aeronave en Alta Mar o *terra nullius*.²⁹³

²⁹¹ Shaw, op. cit., p. 472.

²⁹² *Restatement Third 1987*, op. cit., artículo 404.

²⁹³ Convención sobre Derecho del Mar de 1982, artículo 105.

3.2.5.2. Crímenes de Guerra

La responsabilidad internacional criminal del individuo surgió a raíz de las atrocidades cometidas en el transcurso de un conflicto armado internacional, denominando dichas acciones: crímenes de guerra. Anteriormente la jurisdicción para estos crímenes se limitaba al país territorial, o al país del cual los autores eran nacionales. En la actualidad el principio de la jurisdicción universal es aceptado para los crímenes de guerra.

La Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas señaló que “el derecho a castigar los crímenes de guerra... es poseído por cualquier Estado, al igual que en la piratería.”²⁹⁴

Después de la Segunda Guerra Mundial, algunos casos de tribunales nacionales e internacionales, han confirmado el ejercicio de la jurisdicción universal para actos que se consideran crímenes de guerra.²⁹⁵

3.2.5.3. Crímenes *de Lesa Humanidad*

Los crímenes contra la humanidad, o crímenes *de lesa humanidad*, han sido reconocidos en el derecho internacional a través de varios tratados e instrumentos internacionales:

- Carta del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg (1945), artículo 6(c);
- Ley del Consejo de Control de los Aliados (1946);

²⁹⁴ Sorensen, op. cit., p. 364.

²⁹⁵ *Almeno Trial* (United Kingdom, 1945); *Zyklon B. Case* (United Kingdom, 1946); *Hadamar Trial* (United States, 1945); *Eichman Case* (Israel, 1961), Tribunal de Nuremberg (1945).

- Carta del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (1946), artículo 6(c);
- Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1954), artículo 2(10);
- Estatuto del Tribunal Criminal Internacional para la antigua Yugoslavia (1993), artículo 5;
- Estatuto del Tribunal Criminal Internacional para Ruanda (1994), artículo 3;
- Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), artículo 18;
- Estatuto de Roma de la Corte Criminal Internacional (1998), artículo 7.

Los crímenes contra la humanidad se pueden considerar en la actualidad como parte del derecho consuetudinario internacional.²⁹⁶ El Secretario General de las Naciones Unidas, en un reporte relacionado con la situación en Yugoslavia en 1993, con relación al principio *nullum crimen sine lege*, declaró que para que no surgiera problema alguno contra este principio, se deberían “aplicar las reglas del derecho humanitario que, sin duda alguna, es costumbre internacional.”²⁹⁷

Algunos publicistas consideran actualmente que los crímenes contra la humanidad y las normas que los regulan forman parte del *jus cogens*. Como tales, son normas imperativas del derecho internacional general, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, las cuales no permiten acuerdo en contrario y solamente podrán ser derogadas por una norma ulterior que tenga el mismo carácter.²⁹⁸

²⁹⁶ Cfr. Brownlie, op. cit., p. 562; *The Case of General Pinochet (1998)*, Amnesty International position on Universal Jurisdiction, www.amnesty.org

²⁹⁷ Report of the Secretary General, pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704, May 3rd 1993, paragraph 34.

²⁹⁸ Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, artículo 53.

El publicista, especialista en derecho penal internacional, Bassiouni afirma: "*Jus Cogens*, se refiere a la calidad jurídica que ciertos crímenes internacionales han alcanzado; y las obligaciones *erga omnes* pertenecen a las implicaciones legales que surgen de la consideración hecha de ciertos crímenes como *ius cogens*. Existen suficientes bases legales para concluir que todos éstos crímenes (tortura, genocidio y crímenes contra la humanidad) son parte de *jus cogens*."²⁹⁹

En el caso de la comisión de un crimen internacional, los Estados tienen una obligación *erga omnes* de prohibir dichos actos. Todos los Estados tienen un interés jurídico en asegurar que las normas sean implementadas.³⁰⁰

Este interés jurídico permite que cualquier Estado ejercite la jurisdicción universal sobre las personas responsables de la comisión de un crimen contra la humanidad.³⁰¹ En la práctica internacional este principio se fue desarrollando mediante diversos instrumentos internacionales.

La Carta del Tribunal de Nuremberg en su artículo 6, relativo a la jurisdicción del tribunal, establece la competencia del mismo para enjuiciar y castigar a personas que hayan cometido los siguientes crímenes:

- Crímenes contra la paz;
- Crímenes de guerra; y
- Crímenes contra la humanidad.

La Carta del Tribunal Militar define los actos que pueden abarcar cada uno estos crímenes. Por lo que hace a los crímenes contra la humanidad, la Carta los define de la siguiente manera:

²⁹⁹ Bassiouni M.C., *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, Law & Contemporary Prob., 25 (1996), pp. 63, 68.

³⁰⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*, ICJ, 1972, Report, p. 32.

³⁰¹ Cfr. Bassiouni M.C., *Crimes against Humanity*, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1992), pp. 510-527.

"Crímenes contra la Humanidad: es decir, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante una guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos en ejecución, o relacionado con algún crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, ya sea en violación, o sin ella, de la legislación interna del país donde fue cometido el acto."

En el juicio de Nuremberg se señaló que la participación gubernamental es un elemento material (necesario) para la comisión de los crímenes contra la humanidad. Solamente cuando los órganos oficiales soberanos participan en las atrocidades y persecuciones, es cuando esos crímenes asumen proporciones internacionales.

El Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia de 1993, en su artículo 5, definió los crímenes contra la humanidad, como: "crímenes cometidos, en un conflicto internacional o en un conflicto interno, y dirigidos contra la población civil." Contiene los mismos actos que los enumerados en la Carta del Tribunal de Nuremberg, pero agrega la tortura y el delito de violación. El artículo tipifica las siguientes conductas:

- Asesinato;
- Exterminio;
- Esclavitud;
- Deportación;
- Encarcelamiento;
- Tortura;
- Violación;
- Persecuciones políticas, raciales o religiosas;
- Otros actos inhumanos.

El Proyecto de Código sobre Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Organización de las Naciones Unidas de 1996, en su artículo 9, establece la obligación de los Estados de enjuiciar o extraditar a un individuo sospechoso de haber cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuando éste se encuentre en su territorio.

Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad para los que se establece la responsabilidad individual en el citado Proyecto de las Naciones Unidas, incluye los siguientes ilícitos:

- Agresión;³⁰²
- Genocidio;³⁰³
- Crímenes contra la Humanidad;³⁰⁴
- Crímenes de guerra;³⁰⁵
- Crímenes contra personal de las Naciones Unidas;³⁰⁶

Los crímenes contra la humanidad se diferencian de los crímenes comunes en que deben ser realizados de una manera sistemática y en gran escala. El artículo 18 del Proyecto de Código de 1996, señala que los crímenes contra la humanidad son cometidos de manera sistemática o en gran escala, dirigidos o incitados por un gobierno, una organización o un grupo específico. Los actos son los mismos que los enumerados en el Tribunal de Yugoslavia, pero el Proyecto incluye la discriminación institucional (*apartheid*) dentro de estos crímenes; así como crímenes sexuales, tales como la prostitución y el abuso sexual.³⁰⁷

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, define los crímenes contra la humanidad de igual manera que el Proyecto de Código de las Naciones Unidas de 1996. El Estatuto reitera el supuesto de que la conducta llevada a cabo

³⁰² Proyecto de Código de Naciones Unidas de 1996, op. cit., artículo 16.

³⁰³ Idem., artículo 17.

³⁰⁴ Idem., artículo 18.

³⁰⁵ Idem., artículo 20.

³⁰⁶ Idem., artículo 19.

³⁰⁷ Idem., artículo 18(f) y (j).

contra una población civil, sea generalizada y sistemática de conformidad con la política de un Estado o de una organización.³⁰⁸

El principio de la jurisdicción universal fue aplicado en el Caso Eichmann³⁰⁹ por la Corte de Distrito de Jerusalén y por la Suprema Corte de Israel en 1961. Eichmann fue juzgado y sentenciado bajo una ley israelí de 1951 por crímenes de guerra, crímenes contra el pueblo judío, y crímenes contra la humanidad. La Corte de Distrito declaró que “lejos de limitar la jurisdicción de los Estados, respecto de dichos crímenes, el derecho internacional veía la necesidad de que cada Estado tome las medidas legislativas y judiciales necesarias para juzgar y condenar los criminales internacionales.”

En el citado caso, el hecho de que los crímenes fueron cometidos anteriormente al establecimiento del Estado de Israel no impidió el ejercicio de la jurisdicción israelí de acuerdo con el principio de la jurisdicción universal en el derecho internacional. La Suprema Corte señaló que la ley interna de Israel solamente reflejaba las reiteradas ofensas existentes en el derecho internacional.

Los crímenes contra la humanidad se diferencian de los crímenes de guerra, en que los primeros se aplican más allá de los conflictos armados, pero cubren esencialmente las mismas ofensas.³¹⁰

El Secretario General de las Naciones Unidas al entregar un reporte sobre el Estatuto del Tribunal Internacional para Yugoslavia, señaló que no era necesario el requisito del movimiento armado, de carácter internacional o nacional, para castigar los crímenes contra la humanidad.³¹¹

³⁰⁸ Idem., artículo 7.

³⁰⁹ *Eichmann Case*, 36 ILR, pp. 5 and 227; *Barbie Case* 78 ILR, pp. 78, 125, 136; *Demjanjuk v. Petrovsky* 776 F.2d, 571 (1985); *Finta Case* (Canada).

³¹⁰ Shcwebl E., *Crimes Against Humanity*, 23 BYIL, 1946, p. 178; Estatuto de la Corte Criminal Internacional, artículo 7.

³¹¹ S/25704, 1993, at paragraphs 47-8; Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, artículo 5; Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda, artículo 3.

El concepto de crímenes contra la humanidad llevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, a la adopción de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio.³¹²

La aplicación de la jurisdicción universal, aún en nuestros días, es muy controversial. Algunos tratados en la actualidad tienen disposiciones que permiten el ejercicio de la jurisdicción de los Estados, pero no así de jurisdicción universal. Algunos publicistas mencionan el ejercicio de una jurisdicción quasi-universal.

No todos los crímenes codificados en los instrumentos internacionales son similares a la piratería *jure gentium*, en el hecho de que el derecho internacional no otorga directamente el ejercicio de la jurisdicción universal a los Estados para aprehender y juzgar a los criminales.

Los Estados pueden ejercer su jurisdicción basándose en diferentes aspectos derivados de los mismos tratados, tales como la adopción de mecanismos internos, legislativos o judiciales. Las convenciones sobre personas protegidas internacionalmente, la toma de rehenes, la protección del personal de organismos internacionales, los crímenes cometidos en naves aéreas, y hasta la Convención de Genocidio, son ejemplos claros de este principio.

Aunque los redactores de la Convención de Genocidio de 1948 no extendieron el alcance de la jurisdicción para ese delito más allá de la territorial y la jurisdicción de una Corte Criminal Internacional, en la actualidad el genocidio es considerado, por la mayoría de los publicistas, un crimen internacional consuetudinario, en el cual cualquier Estado puede ejercer jurisdicción universal.³¹³

³¹² Convención Genocidio 1948, op. cit.

³¹³ Meron Theodor, *International Criminalization of Internal Atrocities*, AJIL 89 (1995) p. 569; Randall Kenneth C., *Universal Jurisdiction under International Law*, Tex. L. Rev. 66 (1988), pp. 785, 835-837.

3.3. Inmunidad y Jefes de Estado

3.3.1. Ausencia de Inmunidad

En este siglo el mundo ha sido víctima de atrocidades que conmovieron profundamente la conciencia humana. Los crímenes internacionales constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. La comunidad internacional debe poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes y contribuir a la prevención de nuevos crímenes. Por lo anterior es que no se pueden invocar privilegios ni inmunidades en la comisión de un crimen internacional. Aunado al principio de no conceder la inmunidad a los funcionarios oficiales en el derecho criminal internacional contemporáneo, se encuentra el principio que señala que los crímenes internacionales son imprescriptibles.³¹⁴

Tal como se señaló en el juicio de Nuremberg, la participación de funcionarios del gobierno de un Estado es un elemento material necesario para la comisión de los crímenes contra la humanidad. Sería absurdo pensar que dicha participación gubernamental, que es necesaria para condenar, pueda usarse también como defensa. La esencia de los juicios contra los crímenes internacionales radica en la supremacía que tienen las obligaciones internacionales impuestas al individuo, sobre las obligaciones de obediencia establecidas por sus naciones.

3.3.2. Tratados Internacionales

El cargo oficial de una persona en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal en el ámbito internacional por la comisión de crímenes internacionales, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno; ni constituirá, *per se*, motivo para reducir la pena. Este

³¹⁴ Estatuto de Roma, op. cit., artículo 29.

principio ha sido aceptado en el derecho internacional contemporáneo a través de diversos instrumentos internacionales, y por la doctrina internacional.

El Tratado de Versalles, del 28 de junio de 1919, en su artículo 227, estipulaba la responsabilidad internacional de Guillermo II de Hohenzollein por violar el derecho internacional y los tratados.

La Carta de Nuremberg, proyectada en 1945, excluía cualquier privilegio o inmunidad otorgada por la posición oficial del individuo. La lista final de los acusados incluyó al General Karl Doenitz, sucesor al poder de Hitler.

El fiscal del tribunal, Justice Robert H. Jackson, en un reporte al presidente de los Estados Unidos señaló:

“no se debe reconocer la inmunidad... es una idea vieja del derecho divino de los reyes. No se debe aceptar la paradoja de que la responsabilidad jurídica debe ser lo menos, donde el poder es lo más.”³¹⁵

El Tribunal de Nuremberg estableció el principio de que los crímenes internacionales son cometidos por los hombres, y no por entidades abstractas.

El Tribunal de Tokio emitió una opinión similar al respecto:

“...una persona culpable de dichas atrocidades, no puede escapar del castigo con el argumento de que él, o su gobierno, no está obligado por ninguna Convención en particular.”³¹⁶

³¹⁵ *Report to President Truman on the Legal Basis for Trial of War Criminal*, Temp. L. Q. (1946) 19, p. 148.

³¹⁶ Cfr. Röling, Rüter, *The Tokyo Judgment*, (Amsterdam: University Press 1977), II, pp. 996-1001.

El Emperador de Japón no fue condenado por ningún crimen. Esta decisión no se basó en la inmunidad del soberano, sino por el contrario fue una decisión política, tomada "por la gracia del General Douglas MacArthur."³¹⁷

El principio de no otorgar ningún privilegio o inmunidad por el carácter oficial del individuo evolucionó de la siguiente manera:

La Carta de Nuremberg de 1945, estableció:³¹⁸

Artículo 6 (último párrafo)

Los líderes, organizadores, instigadores, y cómplices que participen en la planeación o ejecución o en un simple plan de conspiración para llevar a cabo cualquiera de las ofensas mencionadas son responsables por los actos cometidos por cualquier persona en la ejecución de dicho plan.

El artículo 7 dispone que la posición oficial de la cual goce un individuo en su gobierno no lo exime de responsabilidad.

La Convención de Genocidio de 1948, en su artículo IV, estipula:

Artículo IV. Las personas que hayan cometido el delito de genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

El principio III, reconocido por las Naciones Unidas a raíz de las sentencias del Tribunal de Nuremberg establece:

³¹⁷ Bassiouni M.C., *Crimes against Humanity, op. cit.*, p. 466.

³¹⁸ Cfr. Tribunal Militar del Lejano Oriente (1946), artículo 6.

Principio III. El hecho de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen internacional haya actuado como jefe de Estado o como funcionario responsable del gobierno, no lo exime de responsabilidad en el derecho internacional.

El Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia de 1993, señala:

Artículo 7. (2) La posición oficial de un presunto responsable, ya sea jefe de Estado o de Gobierno, o funcionario responsable del Gobierno, no eximirá a dicha persona de responsabilidad criminal, ni reducirá la pena.

El Estatuto del Tribunal Criminal para Ruanda de 1994, así como el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de las Naciones Unidas de 1996, regulan este principio de la misma manera que lo hace el Estatuto de Yugoslavia.³¹⁹

Finalmente, el Estatuto para la Corte Criminal Internacional de 1998, en su artículo 27, señala:

Improcedencia del cargo oficial

(1). El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá, *per se*, motivo para reducir la pena.

³¹⁹ Cfr. Estatuto del Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, artículo 6(2); Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de las Naciones Unidas de 1996, artículo 7.

(2) Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

Los subordinados o personas que actúan de acuerdo con su régimen interno, también son declarados responsables en los instrumentos citados, pero esta circunstancia puede ayudar a reducir la pena, en algunos casos analizando la posibilidad moral de decisión del individuo.

En relación con la creación de los tribunales criminales internacionales *ad hoc*, se estableció que el principio *ex post facto* no se puede aplicar en el derecho internacional como se aplica en un orden constitucional. Se debe aplicar como se haría en el sistema del *Common Law*.

El excluir de la inmunidad, que gozaban por su carácter o posición oficial, a los responsables de la comisión de crímenes internacionales, es una de las mayores aportaciones para fincar la responsabilidad individual en la comisión de crímenes contra la humanidad en el derecho internacional contemporáneo. La naturaleza y magnitud de dichos crímenes generalmente requieren de algún grado de involucramiento por parte de funcionarios gubernamentales de alto nivel.³²⁰

3.4. La Extradición en el Derecho Internacional

La decisión relativa a conceder la extradición implica solamente el ejercicio normal de la soberanía territorial.³²¹ El profesor Gómez-Robledo, en un detallado estudio sobre la materia señala:

³²⁰ Morris Virginia, Shcarl Michael P., *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, (Irvington-on-Hudson, New York: Transnational Publishers, Inc. 1997), 1, p. 246.

³²¹ *Asylum Case* (Colombia/Perú), 20 november 1959, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, pp. 274-275.

“El derecho internacional desarrolló la institución de la extradición principalmente para resolver la serie de problemas que se generan cuando un presunto delincuente se refugia en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o ya sea que esté imposibilitado para procesarlo porque los medios de prueba se encuentran fuera del país. Un Estado procede entonces a la extradición de una persona para que ésta pueda ser juzgada por el país que lo requiere por supuestos delitos cometidos en contravención de su orden jurídico.”³²²

No existe en el derecho positivo ninguna obligación de llevar a cabo la extradición a falta de un tratado.³²³ Pero en la actualidad se ha discutido el carácter que ha alcanzado el principio establecido en varios tratados de extradición, *aut dedere aut judicare*.³²⁴ Dicho principio, al ser aplicado a los crímenes *jure gentium* por la comunidad internacional, parece haber evolucionado en una norma consuetudinaria en el derecho internacional. Esta posición cobra mayor fuerza en relación con los crímenes internacionales, a diferencia de los crímenes comunes.

La extradición generalmente respeta ciertos principios que se encuentran tanto en acuerdos bilaterales, como multilaterales, pero sin que pueda decirse que son principios de obligada observancia. Los principios más aceptados son:

- Principio de la doble criminalidad o tipicidad,³²⁵
- Principio de especialidad;
- Principio de no extradición por crímenes políticos;
- Principio de no extradición de nacionales.

³²² Gómez-Robledo Verduzco Alonso, *Extradición en Derecho Internacional, Aspectos y tendencias relevantes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, p. 15.

³²³ Questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya V. United States) ICJ, 14 April 1992. La Corte Internacional de Justicia, a raíz del incidente aéreo sucedido en Lockerbie de 1985, mediante sus miembros ha emitido opiniones en contrario.

³²⁴ Juzgar o extraditar.

³²⁵ Gómez-Robledo, op. cit., p. 16.

El principio de la doble criminalidad señala que no se efectuará la extradición del individuo reclamado cuando el supuesto hecho delictivo no constituya una conducta tipificada dentro del Estado requiriente, así como en el Estado requerido.

El principio de especialidad, por su parte, establece que el Estado que demanda la extradición no debe, sin mediar consentimiento del Estado requerido, enjuiciar al individuo más que por el delito por el cual se le otorgó la extradición.

Cuando la entrega involucra un nacional del Estado requerido, ésta podrá o no ser acordada según lo determine el Estado requerido. En este supuesto puede presentarse la obligación del Estado requerido de juzgar a su nacional por el hecho que se le imputa.

Cuando un presunto delincuente es acusado de crímenes considerados políticos por el Estado requerido, éste último no está en la obligación de entregar al individuo en cuestión. Los crímenes internacionales, tales como: terrorismo, tortura o los crímenes contra la humanidad, no pueden, en ningún momento o bajo ninguna circunstancia, considerarse como crímenes políticos.

Es importante señalar que el Estado requerido no tiene competencia para analizar el fondo del asunto "sino simplemente averiguar si los testimonios aducidos justifican, *prima facie*, el procedimiento judicial contra el acusado."³²⁶

3.5. El Derecho Internacional Penal en el Orden Jurídico Mexicano

La legislación penal en México no hace referencia a una jurisdicción universal en sus ordenamientos legales. Sin embargo tiene una regulación muy vaga que podría, en algún momento dado, dar cabida a la aplicación de casi cualquier principio del derecho criminal internacional.

³²⁶ Oppenheim L., *Tratado de Derecho Internacional Público*, 8a ed. Inglesa a cargo de Sir. Hersch Lauterpacht, t. I, vol. II (Paz), Barcelona, Editorial Bosch, 1961, p. 274.

En su artículo 6, la ley mexicana señala:

"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos,..."

México es parte de varios Tratados e instrumentos internacionales relacionados con los crímenes que dan fundamento a la jurisdicción universal, en materias tales como: Derechos Humanos, Declaraciones contra la discriminación, Tortura, Genocidio, entre otras.³²⁷

En relación con la jerarquía de los Tratados estipulada en el artículo 133 Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió, a finales de 1999, un criterio, que en mi particular punto de vista contiene varios puntos cuestionables sobre la jerarquización de los tratados en el derecho nacional.³²⁸

La sentencia, relacionada con el análisis de la aplicación del Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo, establece que en el orden constitucional mexicano existe una jerarquización rígida de las leyes, conservando la supremacía de la Constitución como primer nivel normativo. En segundo lugar coloca a los Tratados Internacionales; por debajo a la legislación federal y local. Estimo que el criterio del máximo órgano judicial mexicano es erróneo ya que no aplica de una de una manera global las diversas teorías del derecho internacional público.

Uno de los mayores defectos se encuentra en la pretensión de aplicar las teorías dualista y monista del derecho internacional al ámbito jurídico interno. Las citadas teorías son aplicables a las relaciones, *vis-à-vis*, otros Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

³²⁷ Cfr. Tapia Hernández Silverio, compilador, *Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.

³²⁸ Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores Tránsito Aéreo, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Humberto Román Palacios, Secretario Antonio Espinoza Rangel. (1999)

En ningún momento estas teorías confieren derechos u obligaciones al individuo de manera directa. Como se ha analizado, el individuo es sujeto del derecho internacional en áreas muy bien delimitadas a través del mismo derecho.

La interpretación de la Suprema Corte traerá como consecuencia la de aplicar los tratados de una manera directa, a través del método que denomina "especial", o de incorporación, de las obligaciones que el Estado ha asumido en calidad de tal, frente a otros Estados.

México es parte de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 a partir de 1952. Dicha Convención fue aprobada por el Senado el 29 de diciembre de 1949, ratificada por México el 22 de julio de 1952 y finalmente publicada en el Diario Oficial el 11 de octubre de 1952.³²⁹

La Convención de la ONU contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, fue aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984, ésta fue aprobada por el Senado el 9 de diciembre de 1985, ratificada por México el 23 de enero de 1986; y finalmente publicada en el Diario Oficial el 6 de marzo de 1986.³³⁰

En 1999 la Comisión Nacional de Derechos Humanos publicó una amplia recopilación denominada "Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México" que resulta de consulta obligada al analizar esta materia.

³²⁹ Tapia Hernández, *op. cit.*, p. 171.

³³⁰ *Idem.*, p. 325.

Capítulo IV

Análisis Jurídico del Caso Augusto Pinochet

4.1. Antecedentes Históricos (1971-1998)

4.1.1 Las Dictaduras Latinoamericanas

La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por la polaridad mundial en los ámbitos político, económico y social, a raíz de la llamada "guerra fría". Latinoamérica fue un gran receptor de ideologías provenientes de diversas latitudes, lo que trajo, en su vida interna, una ola de enfrentamientos civiles y militares. En particular Argentina y Chile vivieron una marcada lucha por el predominio de las ideologías comunista y capitalista.

Se puede seguir el "rastreo de las antiguas dictaduras en América Latina" a través de la historia de diversos países centro y sudamericanos.³³¹ En Panamá el General Manuel Antonio Noriega apoyó el golpe militar del General Omar Torrijos(1962) y con los años se convirtió en el hombre fuerte del país, hasta 1989. Hoy cumple condena en EU.³³²

En Bolivia el General Hugo Banzer(1971-1978), al que se le atribuyen 200 muertos durante su dictadura, ha lamentado públicamente los acontecimientos del pasado. El General Luis García Meza (1980-1981) que rigió un régimen de terror, cumple condena de 30 años por crímenes contra los derechos humanos.

³³¹ El País, España, 1 de noviembre de 1998.

³³² *United States of America v. Noriega*, 746 F.Supp. 1506 (SD Fla 1990). No se reconoció al General Noriega como jefe de Estado y se le relacionó con el tráfico de drogas. Es importante mencionar que los argumentos de la inmunidad soberana tampoco fueron aceptados ya que nunca los interpuso el Estado "ofendido".

En Venezuela, Marcos Pérez Jiménez participó en el régimen militar de 1948 a 1958. El General Pérez Jiménez fue presidente de la Junta Militar (1951-1958), y actualmente vive en la Moraleja, un barrio lujoso de Madrid.

Brasil tuvo un régimen militar(1964-1985), cuyo peor momento fue entre 1968 y 1974, bajo el mando del General Emilio Garrastazu Médici. Se calcula que hubo unos 200 muertos y no ha habido ningún tipo de procesos al respecto.

En Paraguay el General Alfredo Stroessner (1954-1989) se presume presunto responsable de varios cientos de muertos. El General Stroessner vive tranquilamente en el exilio en Brasilia, Brasil.

En Uruguay durante los años de 1973 a 1985, se calcula que ocurrieron unas 250 muertes por crímenes que se podrían considerar como internacionales.

Argentina al mando de Jorge Videla (1976-1983), cuenta con un registro de casi 30.000 asesinados. Se creó una Comisión de la Verdad que identificó a los asesinos y torturadores y encarceló a los miembros de la Junta Militar. Pero las leyes de punto final y obediencia debida adoptadas por Raúl Alfonsín, y las amnistías dictadas por Carlos Menem en 1989 y 1990, cerraron los casos. Desde junio de 1998 Jorge Videla está bajo arresto domiciliario por robo de infantes en centros de detención, un caso excluido de las leyes citadas. El juez español Baltazar Garzón ha imputado a 36 militares y policías diversos crímenes, y, ha dictado orden de busca y captura contra 10 ex jefes de la Armada argentina y orden de detención contra el ex presidente Leopoldo Galtieri.

El ex almirante argentino Eduardo Emilio Massera, no puede salir del país por un auto ante la Interpol del juez español. Massera, miembro de la Junta Militar Argentina, fue condenado a cadena perpetua en un juicio seguido en su contra en 1985, y

posteriormente indultado por el presidente Carlos Menem. De igual manera, Garzón dictó, en marzo de 1997, otra orden de aprehensión contra el ex presidente Leopoldo Fortunato Galtieri, el general que provocó la guerra de las Malvinas de 1982.

4.1.2. Chile (1973-1990)

El 11 de Septiembre de 1973, fue derrocado el gobierno electo democráticamente del socialista Salvador Allende, a través de un golpe de Estado encabezado por el General Augusto Pinochet Ugarte. El movimiento fue llevado a cabo mediante la implementación de una política sistemática y generalizada de violaciones a los Derechos Humanos. Miles de personas fueron detenidas sin cargo o juicio previo alguno, torturadas, ejecutadas extrajudicialmente, desaparecidas, secuestradas, o perseguidas por motivos políticos.

Para el desarrollo de dichas violaciones se siguieron planes y consignas preestablecidas desde las estructuras del poder estatal, que tenían como finalidad la eliminación física, desaparición, secuestro, previa la práctica generalizada de torturas de miles de personas, tal como se relata en el informe Rettig.

En el ámbito internacional se contaba con una coordinación que recibiría el nombre de "Operativo Cóndor", en el que intervinieron diferentes países entre ellos Chile y Argentina. Dicha organización tenía como objeto coordinar la acción represiva contra el pensamiento de izquierda en la parte sur del continente americano. Augusto Pinochet, en ese momento jefe de las Fuerzas Armadas y del Estado chileno, desarrolló actividades delictivas en coordinación con las autoridades nacionales y de otros países, especialmente entre los años de 1976 y 1983, impartiendo órdenes a través de los Servicios Secretos (DINA) y dentro del citado "Operativo Cóndor".

4.1.3 Reportes Internacionales y Oficiales

Los acontecimientos ocurridos en Chile durante el régimen pinochetista no pasaron desapercibidos para las organizaciones intergubernamentales y los organismos internacionales. Ante esa presión internacional el propio Gobierno Chileno aceptó la comisión de ciertos crímenes internacionales en su propio territorio, y en algunos casos fuera de él.

La comunidad internacional se declaró en contra de los acontecimientos que siguieron al golpe de Estado y denunció la política de sistemática y generalizada violación de los Derechos Humanos llevada a cabo en Chile después del mes de septiembre de 1973.³³³ En 1975 la Asamblea General de las Naciones Unidas³³⁴ reconoció la existencia de una práctica institucionalizada de tortura, maltrato y arresto arbitrario en Chile.

El Grupo *Ad hoc* de la ONU para Chile en Derechos Humanos,³³⁵ junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A., documentaron ampliamente las violaciones cometidas en Chile durante la primera mitad de la década de los setenta.³³⁶ En 1976 el Grupo *Ad hoc* de las Naciones Unidas concluyó que los casos de tortura, como crímenes contra la humanidad, cometidos por el gobierno militar deberían ser perseguidos por la comunidad internacional.³³⁷

³³³ *The Case of General Pinochet (1998)*, Amnesty International position on Universal Jurisdiction, p2

³³⁴ UNGA Res. 3448 (XXX) del 9 de Diciembre de 1975.

³³⁵ Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., grupo establecido por la Resolución 8 del 27 de febrero de 1975.

³³⁶ En el caso de Chile, y siguiendo las observaciones de Mister Benjamin Whitaker en su informe de relator especial de la ONU sobre la aplicación del Convenio contra la Tortura referido a "grupo nacional", se concluyó que se produjeron asesinatos, torturas (más del 10% de la población activa de Chile fue sometida a ellas), secuestros, desapariciones en ámbitos culturales, eclesiásticos, universitarios, de representación de los tres poderes del Estado, incluyendo al jefe del mismo, para destruir sistemáticamente a un "sector significativo del grupo nacional".

³³⁷ UN Doc. A/31/253, 8 de Octubre de 1976, para. 511.

El carácter sistemático y generalizado de las violaciones de los Derechos Humanos, ha sido reconocido de manera oficial por el gobierno civil en Chile en su reporte de 1990 al Comité de la O.N.U. contra la Tortura.³³⁸

La Comisión Nacional Chilena para la Reconciliación y la Verdad, establecida por el presidente Patricio Alwyn conforme al decreto 335 de abril de 1990, y el reporte del gobierno chileno entregado al Comité contra la Tortura, concluyeron que el servicio de inteligencia, DINA, bajo el mando directo del General Augusto Pinochet, jugó un papel central en la política de la violación sistemática y generalizada de los Derechos Humanos en Chile.³³⁹ De igual manera llegaron a la conclusión de que la DINA desarrolló una variedad de tácticas criminales, incluyendo: asesinatos, desapariciones de individuos chilenos y de otras nacionalidades en otros países, que eran considerados "enemigos" del régimen militar. Encontraron evidencias suficientes para suponer que dichas violaciones requerían de inteligencia, coordinación y planeación a los más altos niveles del Estado.

En 1996 la Corporación de Reparación y Reconciliación, que se estableció en 1992 durante la administración del presidente Alwyn como sucesora de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, presentó su reporte final. Dicha Corporación reconoció oficialmente, que durante el periodo militar ocurrieron 123 desapariciones y 776 ejecuciones extrajudiciales.

La combinación de los datos establecidos por la Comisión para la Verdad y la Corporación de Reparación en Chile, da un total de 1'102 desapariciones y 2'095 muertes por tortura, haciendo un total de 3'197 casos, reconocidos de manera oficial por el gobierno chileno. Las víctimas de estas violaciones a los Derechos Humanos incluían oponentes reales, ideológicos o potenciales, al gobierno militar.

³³⁸ La Convención contra la Tortura establece este órgano especializado conformado por un grupo de expertos para dar seguimiento a la correcta aplicación de la Convención.

³³⁹ El Reporte de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación se conoce como informe Rettig.

De acuerdo con los reportes de los organismos antes mencionados, durante el período de 1973 a 1977, la DINA reportaba directamente al General Augusto Pinochet a través de su Director, el General Contreras. En febrero de 1998, el antiguo Director de la DINA declaró ante la Suprema Corte que Augusto Pinochet estaba a la cabeza de todas las operaciones.³⁴⁰ El General Pinochet era también Jefe de las Fuerzas Armadas, organismo estatal que jugó un papel fundamental en la política de violación de los Derechos Humanos.

4.1.4. El Largo Camino del Arresto

El camino que se siguió para poder finalmente aprehender al senador vitalicio chileno, Augusto Pinochet, fue preparado durante varios meses por el poder judicial en España.³⁴¹ En 1996, la Audiencia Nacional Española, a través del juez García-Castellón, admitió una denuncia por genocidio y terrorismo internacional cometidos en Chile por el General Augusto Pinochet Ugarte, y por algunos acontecimientos sucedidos en Argentina en la década de los setenta. Entre los españoles desaparecidos se encontraban personas como el funcionario de la O.N.U., Carmelo Soria; y miembros de la iglesia.³⁴² En 1996,³⁴³ el juez de la Audiencia Nacional, Miguel Moreiras, declara competente a la Audiencia para tramitar una denuncia de genocidio contra Pinochet, presentada por la Unión Progresista de Fiscales.

³⁴⁰ El general Manuel Contreras Sepúlveda, antiguo jefe de la policía política (DINA), quien fue brazo derecho del dictador Augusto Pinochet, cumple condena de 7 años por el asesinato del ex ministro de defensa Orlando Letelier, en Washington el 21 de septiembre de 1976.

³⁴¹ El País, España, 25 de octubre de 1998.

³⁴² El pasaporte diplomático no impidió que Carmelo Soria, en misión de Naciones Unidas en Chile, fuera detenido, torturado, y asesinado por el régimen pinochetista en 1976.

³⁴³ 30 de julio de 1996.

En 1997,³⁴⁴ el juez Manuel García-Castellón admite la querrela contra Pinochet y los demás integrantes de su Junta Militar, recibiendo ese mismo año el apoyo del Parlamento Europeo.³⁴⁵

En el mes de diciembre de 1997, el fiscal del Estado, Jesús Cardenal, apoya la negativa del fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Eduardo Fungariño, a investigar la desaparición de Españoles, por carecer las autoridades españolas de competencia en los acontecimientos sucedidos en Chile, y en el territorio del continente americano. En febrero de 1998, el presidente chileno, Eduardo Frei, critica la investigación iniciada por el poder judicial español y pide respeto al proceso de transición en su país.

Durante los últimos meses de 1998, como consecuencia de la presión ejercida por organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos y por la acción popular, algunos jueces de la Audiencia Nacional Española comenzaron a analizar la posibilidad de emitir órdenes de aprehensión en contra de varios dictadores chilenos y argentinos por la comisión de crímenes internacionales.

Finalmente, el 16 de octubre de 1998, fue arrestado el General Augusto Pinochet mientras se encontraba de visita en el Reino Unido, con fundamento en una orden provisional de arresto, emitida por exhorto de una Corte española, que alegaba la responsabilidad del senador vitalicio chileno por el asesinato de ciudadanos españoles en Chile durante el tiempo en que él era presidente de ese país.³⁴⁶

El 22 de octubre de 1998, fue emitida una segunda orden de aprehensión por la supuesta comisión de actos de homicidio, tortura, desapariciones, detenciones ilegales, y traslados por medio del uso de la fuerza, todos ellos cometidos de una manera sistemática en Chile y en otros países.

³⁴⁴ 7 de febrero de 1997.

³⁴⁵ 18 de septiembre de 1997.

³⁴⁶ Pinochet 1998, Amnistía Internacional, op. cit., p. 1.

El caso español es solamente uno de tantos casos que se han iniciado en contra del General Pinochet. El gobierno suizo ha solicitado la extradición al Reino Unido del General por el asesinato de ciudadanos suizos en territorio chileno. Otros procedimientos criminales fueron aceptados en países como Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Suecia.

4.2. El Caso Pinochet

4.2.1. El Arresto del Senador Vitalicio.

El arresto del General Augusto Pinochet se da en el transcurso de una visita que podría calificarse como oficial. Algunos indicios nos llevan a concluir lo anterior, por ejemplo, cuando el General Augusto Pinochet llegó al aeropuerto de Heathrow, en Inglaterra, fue recibido por el personal de la embajada chilena. Según el diario inglés *Sunday Telegraph*³⁴⁷, Pinochet no fue exclusivamente a Londres por razones médicas, sino que llegó con una invitación a comprar armas para el ejército chileno con la finalidad de modernizar sus arsenales.

Desde su llegada a Londres, la Delegación presidida por Pinochet, estuvo acompañada por un oficial del Ejército británico asignado a la Dirección de Asistencia Militar Exterior. La prensa inglesa especuló que los pasajes de la delegación chilena fueron pagados por el Ministro de Defensa británico. Según declaración del Director General de la Asociación de Fabricantes de Equipo de Defensa, "funcionarios del Ministerio de Defensa se mostraron preocupados por lo que consideraron un incumplimiento de compromiso por parte del gobierno británico."³⁴⁸

³⁴⁷ El País, España, 3 de noviembre de 1998.

³⁴⁸ El País, 2 de noviembre de 1998. Según reportaje de Andrew Gilligan, corresponsal de defensa del Daily Telegraph, citando al Director General de la Asociación de Fabricantes de Equipo de Defensa.

Durante esta visita, el 15 de octubre de 1998, el juez español del Juzgado de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional, Baltazar Garzón, pidió al gobierno del Reino Unido impedir la salida de Augusto Pinochet.

La policía inglesa, *Scotland Yard*, desde un día anterior (14 de Octubre) tenía en su poder los escritos de los jueces españoles, Baltazar Garzón y García-Castellón, donde solicitaban el interrogatorio del general chileno por su presunta implicación en los crímenes de genocidio, terrorismo internacional, tortura y desaparición de personas, cometidos a raíz del golpe de Estado chileno de 1973. Como respuesta a lo anterior, la *Interpol* en Londres pidió una petición de extradición por parte de España para poder impedir la salida de Pinochet. Cabe señalar que días antes de su visita a Inglaterra, al General Pinochet le había sido rechazada su petición de visado por el Gobierno Francés.

Mientras tanto en España, el Fiscal de la Audiencia Nacional, Ignacio Peláez, interpuso un recurso contra la decisión del juez español, García-Castellón, porque "no se ajusta a derecho" y "excede las competencias del juez al tratarse de un senador vitalicio con inmunidad diplomática."

Al día siguiente, viernes 16 de octubre, la reacción internacional no se hizo esperar mediante la intervención de la organización "Amnistía Internacional", quien solicitó a Gran Bretaña que aceptara la petición de los jueces españoles. En un período de confusión *Scotland Yard* asegura no tener localizado al ex dictador.

Algunos juristas españoles apuntaban la necesidad de decretar la orden de detención, por parte del juez García-Castellón, para que Pinochet no escapara de la justicia inglesa. El juez García-Castellón no se sintió lo suficientemente seguro de tener las pruebas suficientes para dictar el auto, o tal vez era difícil establecer la comunicación por ambos juzgados, García-Catellón y Garzón, ante los tribunales británicos.

Ese mismo viernes, se informa desde Chile que el pasaporte diplomático que portaba el senador vitalicio lo inmunizaba contra cualquier intento de los jueces españoles.

En la medianoche del viernes 16 de octubre, el General Augusto Pinochet es detenido, a petición del juez Baltazar Garzón, en la *London Clinic por Scotland Yard*. Pinochet había sido operado de una hernia discal cuando quedó bajo arresto. El General chileno quedó incomunicado por dos horas, permitiéndose solamente la entrada del agente diplomático chileno en Gran Bretaña.

En Santiago de Chile la milicia quiso recurrir el arresto argumentando que el General Pinochet estaba en Londres en calidad de "embajador extraordinario y plenipotenciario en misión especial del Gobierno Chileno". El senado Chileno consideró el arresto como una violación a la inmunidad diplomática. El Presidente Constitucional de Chile, Eduardo Frei, declaró: "los Chilenos deben ser juzgados en Chile", señalando que los parlamentarios chilenos gozan de inmunidad diplomática.³⁴⁹

Pinochet llegó a Londres el 21 de septiembre con un pasaporte diplomático con vigencia hasta el día 9 de octubre. El gobierno chileno quiso convencer a las autoridades inglesas de que se hizo una extensión del documento diplomático hasta el 5 de noviembre, el 14 de octubre, dos días antes del arresto, y que por esa razón debía de respetarse la inmunidad. Finalmente sería el juez español Baltazar Garzón quien firmaría la orden de aprehensión de Augusto Pinochet cursada a través de la Interpol.

El gobierno español, presidido por José María Aznar, debía tomar la decisión de solicitar la extradición formal del senador vitalicio en un plazo no mayor a los próximos 40 días de la detención, según lo establecido en el tratado de extradición entre los dos países. En el caso de Pinochet se debería aplicar, preferentemente, el Convenio de

³⁴⁹ El País, España, 18 de octubre de 1998.

Extradición entre el Reino Unido y España de 1985; y, en su defecto el Convenio Europeo de Extradición de 1957.

José María Aznar no apoyó las actuaciones de los jueces en los casos de las dictaduras latinoamericanas, específicamente los relacionados con Chile y Argentina, y añadía que "no puede hacer nada para impedirlo", ya que debe respetar la completa autonomía del poder judicial.³⁵⁰

Después del primer fin de semana del General Pinochet detenido en Londres, el gobierno laborista inglés declaró que el pasaporte no tenía validez, supuesto que complicaría el alegato de inmunidad diplomática en los acontecimientos posteriores.

4.2.2. La Causa Internacional ante la Audiencia Nacional Española

Después de emitir las órdenes de aprehensión, el 20 de octubre de 1998, el juez García-Castellón decide inhibirse en favor del magistrado Baltazar Garzón en el caso que instrúa contra Pinochet, dejando todo el peso de la trascendencia internacional del caso en un hombre que sería duramente criticado, y en algunos casos admirado, por la opinión pública internacional.

El auto dictado originalmente por García-Castellón, destaca que la causa que él instrúa se inició el 5 de julio de 1996, tras una denuncia de la Asociación Progresista de Fiscales y una querrela de la Fundación Presidente Allende por los delitos de genocidio y terrorismo internacional contra Augusto Pinochet, José Torribio Merino, Gustavo Leigh, Cesar Mendoza, Fernando Matthei, y Rodolfo Stange, entre otros.

³⁵⁰ Los intereses económicos en el rubro de inversiones extranjeras en Chile en el ejercicio de 1997 del Reino Unido en Chile representan el 22.1% y España con el 21.3%, ocupando el primer y segundo lugar respectivamente. Telecomunicaciones, energía y banca son los tres sectores en los que el capital español tiene una mayor presencia en Chile. Telefónica Internacional controla el 43% de las telecomunicaciones. Existen en Chile los Bancos españoles: Bancos Santander y Banco Bilbao Viscaya.

El sumario de Garzón se inició como consecuencia de una querrela presentada por la Asociación Argentina de Derechos Humanos de Madrid e Izquierda Unida, por genocidio y terrorismo internacional, por las personas desaparecidas en Argentina entre 1976 y 1983, contra Jorge Rafael Videla y 95 militares más. Esta querrela fue admitida el 10 de julio de 1996. Pinochet figura como denunciado a raíz del operativo "Condor" en ambos procesos.

El gobierno español a través del Fiscal General del Estado, Jesús Cardenal, y el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Eduardo Fungairiño, trataron de negar la competencia de los tribunales españoles para investigar los crímenes de aquellas dictaduras. La fiscalía española sostuvo que en lo que respecta al crimen de Genocidio, el artículo 607 del Código Penal español no cubría la represión política. En cuanto al crimen de terrorismo internacional la fiscalía argumentó que la Ley del Poder Judicial de 1985, en su artículo 23.4 (que señala la justicia universal en terrorismo, genocidio y tortura cometidos en el extranjero), es posterior a los supuestos crímenes de Pinochet, por lo que no podría ser aplicada de manera retroactiva.

El fiscal del Tribunal Superior, a favor del enjuiciamiento de Pinochet, dijo que el argumento que limitaba la jurisdicción se refería a una ley procesal, y que existía abundante legislación posterior para sostener la competencia española.³⁵¹

³⁵¹ El Tribunal Supremo hacía referencia a los artículos 260 y siguientes del Código Penal de 1944 y el Código de Justicia Militar. Otro argumento en apoyo de la competencia de las Cortes radicaba en que la misma fue aprobada por el Parlamento Europeo en su acuerdo del 18 de septiembre de 1997, adoptado por unanimidad y por la comisión de tortura de la ONU. Los tratados de Maastricht y Amsterdam que "determinadas obligaciones de colaboración entre los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia internacional".

El poder judicial español añadió que en el caso del delito de tortura la Convención Internacional contra la Tortura de 1984, daba competencia a cada Estado contratante para juzgar este crimen. España firmó en 1968 la Convención de Genocidio de 1948, incorporándola a su legislación mediante la Ley del 15 de noviembre de 1971, y sistematizó el ejercicio de la jurisdicción universal por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

El 5 de noviembre de 1998, la Sala Penal de la Audiencia Nacional Española concluyó que España tenía jurisdicción para conocer los delitos de genocidio y terrorismo internacional cometidos en Argentina; y que los órganos jurisdiccionales españoles no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía de aquel país, sino que, por el contrario, ejercen su propia soberanía sobre delitos internacionales. El ponente magistrado Carlos Cezón, reconoció que algunos convenios imponen la complementariedad de jurisdicciones. Pero argumenta que como ni Chile, ni un tribunal internacional persiguieron los hechos, España como cualquier otro país miembro de la comunidad internacional, está obligada, y por lo tanto está legitimada, para perseguir el delito.

La decisión tomada por la Sala Penal, permitió al juez Baltazar Garzón tramitar de inmediato la petición de extradición del dictador chileno Augusto Pinochet, además de legitimarlo ante terceros países, tanto en los embargos de cuentas bancarias que había decretado, así como en los autos de prisión y órdenes internacionales de detención librados contra más de 50 imputados (como Leopoldo Galtieri y Emilio Gassera). Baltazar Garzón había enviado comisiones rogatorias a países tales como Luxemburgo y Suiza, para indagar si había cuentas del senador vitalicio y, en caso afirmativo, congelarlas para hacer frente a las indagaciones en el proceso.

En el auto donde se solicitaba la extradición, Baltazar Garzón arremete contra el principio de inmunidad soberana, que provisionalmente concedieron los tribunales británicos al ex general Pinochet en su condición de antiguo jefe de Estado.

Tras hacer una breve historia de ese privilegio, que data del siglo XV, Garzón detalla los casos en los que, los propios británicos, han cuestionado ese principio. Recuerda a la justicia inglesa la decapitación de la reina de Escocía, María Estuardo, que invocó esa prerrogativa y como le fue denegada por la Cámara de los Lores.

El juez español menciona también el intento de juzgar al Kaiser Guillermo II tras la Primera Guerra Mundial, y la entrega al Tribunal de Nuremberg, en 1945, del jefe de Estado Alemán, el almirante Karl Doenitz, quien ocupó el puesto de mando tras la muerte de Hitler.

El Ministro del Exterior español Abel Matutes informó al canciller chileno que la ley española no deja alternativa al Gobierno. España obrará con "prudencia y delicadeza" y rechaza que la decisión sobre Pinochet sea política. A finales de año de 1998, Aznar declaró que "quizá el gobierno ni siquiera tenga que pronunciarse sobre el caso Pinochet", pero ésta declaración cambiaría a principios del año 2000.³⁵²

4.3. Análisis de las Decisiones Judiciales Inglesas

4.3.1. Tribunal Superior de Justicia Británico (28 de octubre de 1998)

En una decisión apresurada, el 28 de octubre de 1998, el Tribunal Superior de Justicia Británico³⁵³ dicta una sentencia que puso en peligro el avance de un área del derecho internacional, el derecho criminal internacional, pudiendo provocar un retraso de por lo

³⁵² En enero del año 2000, el gobierno español tomó las directrices del caso, eliminando la participación del poder judicial español, a raíz de las declaraciones hechas por el Ministro del Interior Británico. El caso se volvería abiertamente político, aunado al incidente de la filtración de los exámenes médicos en el mes de febrero del mismo año.

³⁵³ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Thursday 28 October 1998.

menos cincuenta años. Los Jueces Bingham, Collins y Richards otorgan la inmunidad a Pinochet por haber sido jefe de Estado.

El caso ante el Tribunal Superior británico se denominó:

In the Matter of an application for a writ of Habeas Corpus Ad Subjicendum

Re: Augusto Pinochet Ugarte

And in the Matter of an application for Leave to move for Judicial Review between:

The Queen

v.

- (1) *Nicholas Evans (Metropolitan Stipendiary Magistrate)*
- (2) *Ronald Bartle (Metropolitan Stipendiary Magistrate)*
- (3) *The Secretary of State for the Home Department.*

*Ex: Parte Augusto Pinochet Ugarte*³⁵⁴

El Tribunal Superior debió tratar cuatro asuntos bien delimitados. El primero se refería a un permiso para apelar (*leave to move for judicial review*) contra el Magistrado Mr. Nicholas Evans y el Ministro del Interior. La apelación hacía referencia a la primera orden provisional de aprehensión del 16 de octubre de 1998 y a la falta de acción por

³⁵⁴ *In the Matter of an application for a writ of Habeas Corpus Ad Subjicendum Re: Augusto Pinochet Ugarte And in the Matter of an application for Leave to move for Judicial Review between: The Queen v. Nicholas Evans (Metropolitan Stipendiary Magistrate) Ronald Bartle (Metropolitan Stipendiary Magistrate) The Secretary of State for the Home Department. Ex: Parte Augusto Pinochet Ugarte; Re: Augusto Pinochet, High Court of Justice Queen's Bench Division, Crown Office List, Divisional Court, 38 ILM (1999) p. 70-90.*

parte del Ministro del Interior para cancelar la orden de aprehensión de acuerdo con la Ley británica de Extradición de 1989.³⁵⁵

En segundo lugar, se solicitó el recurso de *Habeas Corpus* contra el Comisionado de la Policía Metropolitana. En tercer lugar, se solicitó un permiso para apelar la segunda orden de aprehensión del 22 de octubre de 1998, emitida por el Magistrado Bartle. El cuarto punto, tenía que ver con otra solicitud de *Habeas Corpus*, relacionada con la segunda orden de aprehensión.

El presidente del Jurado Lord Bingham of Cornhill al hacer un análisis de los hechos y las instancias judiciales que habían transcurrido hasta ese momento, señaló: "que los eventos se habían movido demasiado rápido". Desde el principio el caso fue tomando sus propios aspectos de índole judicial y político.

El mayor defecto de la primera orden de aprehensión radicaba en que se limitaba al asesinato de españoles en Chile, lo cual no se podía volver un crimen extraditable según la legislación británica. La ley británica requiere en estos casos que los crímenes fueran cometidos en España. La ley británica, en casos de homicidio, solamente ejerce jurisdicción sobre sus nacionales sin importar la nacionalidad de la víctima. Lord Bingham señaló:

"La orden de aprehensión del 16 de octubre de 1998 está mal. Al decir esto no pretendo criticar al Magistrado que se vio obligado a actuar con rapidez en una situación de gran urgencia y con muy poco tiempo para la reflexión. Sin embargo, si consideró las conductas del acusado como crímenes extraditables, cosa que no hizo, la primera orden provisional de aprehensión en mi juicio está mal."

³⁵⁵ Extradition Act of 1989, Sección 8(4).

Lord Bingham, en relación con la conducta del Ministro del Interior, concluye que este último debió haber cancelado la primera orden de aprehensión con fundamento en la Ley de Extradición, sección 8(4), basándose en la ausencia de un crimen extraditable y la inmunidad soberana.

La segunda orden provisional de aprehensión fue criticada por ser inapropiada, no conceder una audiencia previa a las partes, y no contener en su totalidad crímenes extraditables. Al existir una orden previa, la emisión de una segunda es completamente innecesaria o al menos poco común. Al analizar esta situación el Tribunal británico no encuentra nada en la ley que impida la existencia de dos órdenes al mismo tiempo. El Magistrado, a su vez, está facultado para escuchar a las partes en una audiencia previa, pero esa decisión es completamente discrecional.³⁵⁶

En relación con los crímenes, la defensa del senador vitalicio estableció que se estaban aplicando de manera retroactiva, ya que al momento de cometerse los delitos señalados en el auto éstos no se encontraban tipificados en el Reino Unido. El Juez Bingham especificó que no se requería que el delito estuviera tipificado al momento de la comisión del acto, sino que es “necesario que al momento de la solicitud de extradición la conducta sea un crimen en Inglaterra”. Este criterio sería cambiado posteriormente por la Cámara de los Lores.

Finalmente concluye la sentencia que el principio de inmunidad soberana le es aplicable a las dos órdenes de aprehensión, al interpretar de una manera muy rígida la Ley de Inmunidad del Estado de 1978. El Tribunal Superior de Inglaterra y Gales decidió que Pinochet goza de inmunidad en su calidad de ex jefe de Estado y por lo tanto su detención es improcedente.

³⁵⁶ *R v. West London Metropolitan Stipendary Magistrate, Ex parte Klahn* (1979) 1 WLR 933, 936B, observations of Lord Widgery CJ.

Lord Chief Justice Bingham of Cornhill en la sentencia dijo:

"Un ex jefe de Estado claramente tiene derecho a la inmunidad en relación con los actos criminales llevados a cabo en el ejercicio de las funciones públicas. Por lo que uno no puede sostener que cualquier desviación de la buena práctica democrática se encuentra fuera de inmunidad soberana. Si no se debe considerar la inmunidad para ciertos procesos ¿Dónde se encuentra la línea de separación?"³⁵⁷

Justice Collins rechazó el argumento de que el genocidio, tortura, y la toma de rehenes nunca podrían ser parte de las funciones soberanas del jefe de Estado, señalando:

"Desafortunadamente la historia nos muestra que en algunas ocasiones la política del Estado, ha sido, de hecho, una de exterminio u opresión a grupos en lo particular. No se tiene que mirar muy atrás en la historia para ver ejemplos de esa clase de acontecimientos. En mi opinión no existe justificación alguna para suponer limitaciones a la inmunidad basada en la naturaleza de los crímenes cometidos."³⁵⁸

Con esta interpretación los Aliados no hubieran podido juzgar a Hitler en Nuremberg en el caso de que lo hubieran aprehendido con vida. De haberlo sabido en tiempo, Pol Pot tal vez hubiera buscado refugio en Londres. El gobierno británico no emitió ninguna reacción ante la sentencia del Tribunal Superior inglés, siguiendo la línea trazada anteriormente de considerar el asunto como algo estrictamente judicial. Por

³⁵⁷ *Re: Augusto Pinochet*, op. cit., p. 85.

³⁵⁸ *Idem.*, p. 86.

otro lado, organizaciones tales como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, expresaron su "extrema desilusión" por el sentido de la resolución judicial británica.

Asociaciones Internacionales de Juristas³⁵⁹ criticaron el fallo de Londres. Consideraron que en la creación del Tribunal Penal Internacional en julio del 98, el Reino Unido había aceptado de manera implícita la tesis contraria, que los jefes de Estado no tienen inmunidad tratándose de crímenes contra la humanidad.

A petición del permiso para apelar (*leave*) del fiscal Alun Jones el caso Pinochet alcanzó el máximo órgano judicial en el Reino Unido, la Cámara de los Lores. Para poder continuar con el proceso, el Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales accedió a la libertad bajo vigilancia para el ex dictador, con la condición de que permaneciera bajo vigilancia por la policía en todo momento.

La pregunta "de importancia pública" general que se encuentra involucrada en la decisión del Tribunal Superior, a resolver por la Cámara de los Lores fue:

"la correcta interpretación y alcance de la inmunidad que goza un ex jefe de Estado, del arresto y sujeción a procesos de extradición en el Reino Unido, en relación con actos cometidos mientras era jefe de Estado."³⁶⁰

Desde la primera instancia judicial se preveía la posible argumentación por razones humanitarias para lograr la liberación del ex jefe de Estado chileno en caso de que fracasaran los argumentos jurídicos de la defensa. Por primera vez, el 24 de octubre de 1998, el gobierno de Chile pide que por razones humanitarias se libere a Pinochet.

³⁵⁹ Comisión Internacional de Juristas, con 42 miembros; Asociación Americana de Juristas.

³⁶⁰ Re: Augusto Pinochet, op. cit., p. 87.

4.3.2. Sentencia Inédita de la Cámara de los Lores (25 de noviembre de 1998)

La Cámara de los Lores es la Cámara Alta del Parlamento británico, una antigua cámara constitucional formada por unas 1,250 personalidades no elegidas en las urnas que tienen un limitado, pero cierto, poder de veto sobre los actos del gobierno.

Es de especial pronunciamiento la organización dentro de la Cámara de 26 Lores de Apelación (*Law Lords*) elevados a la Cámara para asistirle en sus labores judiciales. La Cámara de los Lores constituye la última instancia de apelación para casos civiles en el Reino Unido y para casos penales en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. En esta vertiente, Escocia queda fuera por la independencia del sistema judicial escocés.

Cuando la Cámara de los Lores actúa como apelación última, encarga esa misión a los *Law Lords*, constituyendo un tribunal formado por cinco miembros. Las causas ante tan alta instancia se suelen alargar durante meses, incluso años.

En el Caso Pinochet la Cámara de los Lores estableció la inmunidad como la única cuestión que debería ser analizada en esa instancia, dejando fuera de su análisis temas relacionados con la jurisdicción y la extradición definitiva del procesado. Pero en su análisis, el máximo órgano judicial inglés abarcó todos los temas relacionados con el caso.

La respectiva sentencia, dictada por la Cámara de los Lores el 25 de noviembre de 1998, puede calificarse como "inédita", ya que frente a la comunidad internacional reafirmó un principio fundamental para el enjuiciamiento de criminales internacionales, éste es, la ausencia de inmunidad, y los aplicó a un ex jefe de Estado.

Por tres votos a favor y dos en contra el Tribunal de Apelaciones de los Lores sentenció que el General Pinochet no gozaba de inmunidad por los crímenes cometidos durante su dictadura. Los dos primeros Lores destacaron que prevalecía la legislación británica que da inmunidad a las acciones de los jefes de Estado, mientras que los otros tres dieron más valor a los convenios internacionales. En este procedimiento participaron los Lores: Slynn, Lloyd, Nicholls, Steyn, y Hoffmann.

El caso se denominó:

Regina

v.

Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others
(Appelants)

Ex Parte Pinochet (Resondent)

(On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)

Regina

v.

Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis
and others (Appelants)

Ex Parte Pinochet (Respondent)

(On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)³⁶¹

El primer Lord, Lord Slynn of Hadley, comienza analizando la Ley de Inmunidad del Estado de 1978 y concluye que el jefe de Estado es parte de la definición amplia de Estado soberano contenida en la ley británica, por lo tanto debe gozar de inmunidad

³⁶¹ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appelants) Ex Parte Pinochet (Resondent) (On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (Appelants) Ex Parte Pinochet (Respondent)*, House of Lords, Judgment of 25 November 1998.

ante los procedimientos establecidos contra su persona en Inglaterra. Su argumentación se ve ampliada cuando hace la analogía, fundada en la Ley británica de Privilegios Diplomáticos de 1964, de que el jefe de Estado goza de inmunidad en relación con sus actos oficiales, aún después de que termina su gobierno.

La comisión de un delito como consecuencia de actos de carácter oficial por un jefe de Estado es, en opinión de Lord Slynn, sólo un hecho que da a los primeros un carácter oficial. Lord Slynn favorece la aplicación de la teoría de la inmunidad absoluta haciendo referencia a precedentes relacionados con crímenes comunes, que no se pueden comparar con los crímenes internacionales. Cita autores, como Oppenheim, Statow, Sir Arthur Watts, que hablan de la imposibilidad de demandar ex jefes de Estado en cortes nacionales, porque los actos que realizaron fueron actos del Estado mismo, por lo tanto, no pueden ser sujetos de una demanda en un país extranjero. El primer juez de la Cámara Alta inglesa hace una concesión con relación a los actos realizados de manera personal y privada por los jefes de Estado.

En relación con los crímenes internacionales menciona que el mayor desarrollo en la materia se ha dado a través de convenciones internacionales. Pero apunta que inclusive la Convención contra la Toma de Rehenes de 1979, sigue otorgando las garantías que concede la legislación nacional. Resalta el punto de que la Ley de Genocidio británica de 1969, no incorporó el artículo IV de la Convención de 1948 relativo a la posición oficial del individuo. Lord Slynn menciona que solamente se podría eliminar la inmunidad en el país donde se cometieron los crímenes o en un tribunal internacional que tuviera competencia sobre el caso, tal como lo establece el artículo VI de la citada Convención.

El Juez de apelación del máximo órgano judicial británico posteriormente declara en su argumentación, después de analizar los estatutos de los diferentes tribunales criminales internacionales, que no cabe la menor duda de que los Estados se han inclinado por el principio de que algunos crímenes de carácter internacional no deben

ser cubiertos por inmunidades personales, del Estado o diplomáticas, ante estos tribunales internacionales.

En opinión de Lord Slynn, se debe tener presente que en esta etapa del desarrollo del derecho internacional, algunas de esas declaraciones representan meras "aspiraciones embrionarias". Agrega que no ha sido comprobado que exista una práctica de los Estados aceptada, y mucho menos un consenso general o una convención uniformemente aceptada que estipule la obligación de juzgar todos los crímenes internacionales en cortes locales, con fundamento en la jurisdicción universal. Tampoco existe norma alguna de *jus cogens* con respecto a dicho incumplimiento contra el derecho internacional que requiera derogar el largo y bien establecido principio del derecho internacional, es decir, la inmunidad de los jefes de Estado en cortes nacionales.

En su argumentación siguiente, declara que no está completamente convencido de la existencia de una definición, universalmente aceptada, de los crímenes *lesa humanidad*. Reconoce que a raíz de la Segunda Guerra Mundial hubo intentos de codificación, pasando de los conflictos armados, a los conflictos internos, pero considera la materia como un "área en desarrollo", donde los Estados han avanzado con mucha cautela. Los mecanismos internacionales, tribunales *ad hoc*, convenciones, etc., siempre han definido de manera muy específica su ámbito de competencia y aplicación, en algunos casos limitándolo para actos futuros, v.g., el Estatuto de Roma de 1998.

Abiertamente señala que en lo personal no acepta la negación de la inmunidad a un ex jefe de Estado, por la simple clasificación de los actos como crímenes internacionales, y añade:

“No existe la jurisdicción universal para los crímenes contra el derecho internacional: no existe una regla universal que señale que todos los crímenes se encuentran fuera de la inmunidad *ratione materiae*.”

Después de formular declaraciones tan cerradas y legalistas, contrarias a la práctica judicial inglesa, se pregunta si algunos crímenes no deben gozar de inmunidad en el derecho nacional, porque así lo estipula el derecho internacional. En mi opinión, Lord Slynn se pierde en una argumentación fútil de la clasificación de los crímenes involucrados en el caso como internacionales, en especial al referirse a los crímenes contra la humanidad, al compararse si deben ser cometidos en un conflicto nacional o internacional.³⁶²

En este razonamiento concluye que la única manera de aceptar la renuncia total a la inmunidad soberana en cortes nacionales, sería a través de una Convención que definiera claramente los crímenes sobre los cuales un jefe de Estado no debe gozar de inmunidad, y que dicho instrumento internacional se incorporará a las legislaciones domésticas. Da una clara supremacía al derecho nacional, aplicando una teoría dualista muy rígida. Tal aplicación dejaría fuera los actos cometidos antes de la entrada en vigor de dicho instrumento internacional, o de la incorporación del mismo en el orden jurídico interno. Lord Slynn acepta lo estricto de dicho criterio y la manera tan cautelosa en que lo aplica, pero defiende su argumento señalando que para abrogar un principio tan bien establecido, como lo es el de la inmunidad, debe ser mediante una aceptación expresa y clara de los Estados.

Al analizar el crimen de tortura, que necesariamente involucra el carácter o participación oficial del individuo, sorprendentemente señala:

³⁶² *Prosecutor v. Dusko Tadic Case*, Tribunal Criminal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Opinion and Judgment of: 7 May 1997.

“Por mi parte concluyo que la referencia a un funcionario público (*public officials*) en la Convención contra la Tortura, no incluye a los Jefes de Estado o antiguos jefes de Estado.”

Señala que si esa hubiera sido la intención de la Convención, el excluir la inmunidad de los jefes de Estado en caso de tortura, la misma lo hubiera señalado de manera explícita, tal como lo hizo la Convención de Genocidio.

Finalmente, Lord Slynn, concede la inmunidad diciendo que el Senador Pinochet tenía derecho a ella en su calidad de ex jefe de Estado (*ratione personae*)

Lord Lloyd of Berwick

Al igual que Lord Slynn, Lord Lloyd concede la inmunidad al General Pinochet en los procedimientos de extradición seguidos en su contra en el Reino Unido. Lord Lloyd reconoce que durante todo el período de las acusaciones en su contra, Pinochet puede ser considerado como jefe de Estado de Chile sin cuestionamiento alguno.³⁶³

Al referirse a la segunda orden provisional de arresto, del 18 de octubre de 1998, explica que, a diferencia de la primera, ésta fue detalladamente expresada con relación al delito de tortura para encuadrar las acusaciones a la descripción de la Ley Criminal de Justicia británica de 1988 en su sección 134. Cabe señalar que según el poder judicial británico la primera orden de aprehensión no contenía crímenes extraditables según la legislación vigente en el Reino Unido. La segunda orden de aprehensión contenía el crimen de toma de rehenes. Sólo un acto de tortura se pudo encontrar en la segunda orden de aprehensión provisional por la limitación temporal

³⁶³ Pinochet asumió el poder *de facto* a partir del 11 de Septiembre de 1973. Primero como presidente de la junta militar, y el 11 de diciembre de 1974 como Presidente de la República chilena.

que encuadraba solamente el periodo del 11 de enero de 1988 al 11 de marzo de 1990.

Se consideró el hecho de que el caso era un punto fundamental para la transición democrática en Chile. La situación actual de estabilidad actual depende de muchas medidas que fueron adoptadas después del derrocamiento de la dictadura pinochetista, incluyendo los informes del Reporte Rettig. La intervención de una corte extranjera en asuntos internos de ese país, según palabras de Lord Lloyd, "puede perjudicar el balance alcanzado por el gobierno democrático actual."

Lord Lloyd divide su argumentación en cuatro puntos fundamentales:

- La inmunidad de un ex jefe de Estado en el *Common Law*, y el derecho internacional consuetudinario.
- La inmunidad que goza un ex jefe de Estado en la Ley británica de 1978.
- La inmunidad concedida a un ex jefe de Estado derivada de la aplicación de la parte III de la Ley británica de 1978, relacionada la inmunidad diplomática.
- La competencia de la jurisdicción británica basándose en la doctrina de la no admisibilidad de la demanda.

La aplicación del derecho internacional en los sistemas del *Common Law* ha sido definido por la doctrina y por decisiones judiciales en la expresión *International Law is part of the law of the land*. Al respecto Oppenheim señala:

"El reconocimiento del derecho internacional como parte del derecho del país se debe entender, sujeto a un efecto abrogatorio de una ley interna, como la aplicación de los

derechos y obligaciones derivados de las reglas del derecho internacional consuetudinario por las cortes inglesas sin la necesidad de una ley específica que adopte esas reglas en el derecho inglés.”³⁶⁴

Lord Lloyd dice que el derecho internacional reconoce la inmunidad soberana y solamente permite su renuncia por el mismo Estado; es un beneficio del Estado, no del individuo. El principio es aplicable al jefe de Estado, al igual que a sus antecesores. El caso contrario se presentaría si el mismo Estado pidiéese su extradición, *ex hypothesi*, estaría renunciando a la inmunidad.

Para saber qué actos no gozan de inmunidad se debe hacer una distinción clara entre los actos privados y actos oficiales. Señala que la doctrina concede la inmunidad aún después de abandonar su posición como jefe de Estado para los actos realizados como parte de sus funciones oficiales.³⁶⁵

Lord Lloyd hace referencia a varios casos que concedieron la inmunidad o la negaron considerando el carácter privado u oficial de los actos: *Duke of Brunswick v. King of Hanover (1848)*; *Hatch v. Baez (1876)*; *Underhill v. Hernandez (1897)*; *Jimenez v. Aristeguieta (1962)*; *USA v. Noriega (1990)*. Pero ningún caso hace referencia a crímenes internacionales que puedan analogarse a los crímenes de tortura y genocidio.

El segundo Juez en presentar su argumentación concluye que Pinochet actuó en su capacidad soberana, señalando que hubo un alto grado de participación, en el ámbito nacional e internacional, que necesariamente requería una actuación oficial. Califica de “lamentable” el hecho de que los líderes revolucionarios asesinen a sus oponentes políticos para alcanzar y asegurar el poder. Claramente ignora la posición del derecho

³⁶⁴ Oppenheim, *International Law*, 9th edition, 1992, p. 57.

internacional que señala la responsabilidad del individuo en la comisión de crímenes internacionales, sin importar la posición o calidad oficial de quienes los lleven a cabo.

Siguiendo el criterio de Lord Slynn, Lord Lloyd critica la omisión que hace la Convención contra la Tortura respecto de la inmunidad soberana. Esta es una de las conclusiones más criticadas a las que llegó el Juez inglés, ya que inicia su argumentación definiendo el crimen de tortura que claramente señala que la conducta debe ser llevada a cabo por “un funcionario público o una persona actuando en su capacidad oficial...”.

Nuevamente pone en contra de los representantes del Gobierno español los precedentes de los tribunales criminales internacionales, argumentando que si se pudiera juzgar a los criminales internacionales en las cortes locales, no habría necesidad de dichos órganos judiciales internacionales. Este razonamiento olvida los acontecimientos políticos que dieron origen a dichos órganos judiciales de carácter internacional, así como el desarrollo del derecho internacional a partir del momento del establecimiento de tales órganos.

En relación con la naturaleza de los crímenes y la evolución del derecho internacional consuetudinario en la materia, concede la inmunidad soberana basándose en la referencia que hace el profesor Greenwood a los tribunales internacionales y a los medios que se podrían utilizar para juzgar a Pinochet, concluyendo:

“Pinochet podría ser juzgado en Chile; o, en algún otro país que haga valer su jurisdicción siempre y cuando Chile renuncie a la inmunidad soberana; o ante un Tribunal Penal Internacional cuando sea establecido; o ante un Tribunal *ad hoc* establecido para el caso en concreto.”

³⁶⁵ Statow, *Guide to Diplomatic Practice*, 5th edition; Oppenheim, op. cit., p. 456.

Lord Lloyd argumenta que la Ley de 1978, en su primera parte, garantiza la inmunidad del Estado y de sus funcionarios y agencias oficiales. El problema fundamental radica en la interpretación y alcance de la sección 16, que señala:

“Sección 16: Excepciones

(4) Esta parte de la Ley no es aplicable a procedimientos criminales.”

En las audiencias ante el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores se alegó que dicha sección no era aplicable a la Parte I de la Ley de 1978, sino solamente de la sección 2 a la 11 de la misma. En otras palabras, la sección 16(4) llegó a ser considerada como una excepción dentro de otra excepción. En opinión de Lord Lloyd la inmunidad soberana no se ve afectada por la interpretación de la legislación inglesa.

Lord Lloyd está de acuerdo en conceder la inmunidad que goza un ex jefe de Estado con fundamento en la parte III de la Ley de 1978, que señala la inmunidad que gozan los jefes de Estado, aún cuando dejan su posición oficial, por la aplicación de los privilegios diplomáticos que la Ley británica sobre la materia establece.

Su último argumento, no admisibilidad de la demanda, lo sostiene basándose en la gran sensibilidad que el caso representa para las relaciones del Reino Unido con los gobiernos de Chile y España. En su opinión la Cámara de los Lores, al analizar el caso, entraría en asuntos que no son de su competencia, se debe aplicar el derecho internacional en tanto éste sea incorporado a la legislación nacional, y no actuar como una corte internacional.

Concluye que si no existiera la inmunidad soberana, que él mismo concede, se hubiera declarado a favor de la abstención judicial declinando a la jurisdicción en el caso Pinochet.

Lord Nicholls of Birkenhead

Lord Nicholls encabeza a los Lores de Apelación que negaron la inmunidad al dictador chileno Augusto Pinochet. Su argumentación se limitó a dos crímenes: la tortura y la toma de rehenes. Clasifica su presentación en tres principios:

- Inmunidad soberana
- Doctrina del acto de Estado
- Inmunidad personal del jefe de Estado.

Con relación a la inmunidad soberana señala que la capacidad oficial del individuo según la ley británica se refiere a la calidad oficial con la que es demandado, más no al momento de la comisión de los actos. La demanda no se relaciona, en su opinión, directamente con el Estado, y el argumento del carácter oficial de los actos es aplicable solamente para los otros dos principios que posteriormente enumera.

Los precedentes anteriormente señalados en el juicio no los considera relevantes ya que son de carácter civil, y no pueden ser aplicados al caso del Senador Pinochet.

La doctrina del acto de Estado la clasifica como una doctrina del *Common Law* de aplicación incierta. El punto de vista moderno señala que el principio en la legislación doméstica debe reconocer que ciertos cuestionamientos de asuntos internacionales no pueden ser materia de juicio en cortes nacionales.

Lord Nicholls no acepta esta doctrina señalando que cuando el Parlamento ha mostrado que un asunto puede ser juzgado en las cortes inglesas, no puede haber cabida a la aplicación de un principio que califica de “auto negación”. Al hacer referencia a la ley británica aplicable señala:

“La definición de tortura en la sección 134(1) de la Ley Criminal de Justicia de 1988, especifica claramente que la persecución de ese delito requiere una investigación de la conducta de un agente o funcionario que actúe en su capacidad oficial en países extranjeros.”

Al abarcar el principio de la inmunidad personal establece que si el Senador Pinochet fuera el actual jefe de Estado en Chile, no cabría la menor duda que tendría derecho al reconocimiento de la inmunidad en el Reino Unido. De acuerdo con la sección 20 de la Ley inglesa de 1978, hace una aplicación de la Ley de Privilegios Diplomáticos, con las modificaciones necesarias al caso, y concluye:

“El artículo 39(2) de la Convención de Viena (sobre Relaciones Diplomáticas), ...es apta para conferir inmunidad respecto de actos llevados a cabo en el ejercicio de las funciones que el derecho internacional reconoce como funciones de un jefe de Estado, en cuanto a los términos de su Constitución interna.”

El derecho internacional no permite la comisión de crímenes internacionales como una forma de gobierno aceptable. Este criterio es aplicable a los jefes de Estado, inclusive a cualquier persona; una conclusión en contrario, señala Lord Nicholls, sería una “burla” al derecho internacional.

Desde la adopción de los principios de Nuremberg en 1946, ningún jefe de Estado puede escapar de su responsabilidad individual si participa en actos que son considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional.

Lord Nicholls finaliza su argumento declarando que los efectos sobre las relaciones con Chile, si la extradición fuese concedida, o con España, si ésta fuese negada, no son asuntos que deba tratar la Cámara de los Lores. Son, *par excellence*, asuntos

políticos para consideración del Ministro del Interior en el ejercicio de su facultad discrecional derivada de la sección 12 de la Ley de Extradición británica.

Lord Steyn

El cuarto Juez de Apelación al presentar sus argumentos los clasificó de la siguiente manera:

- Naturaleza de las acusaciones
- Inmunidad de un ex jefe de Estado en la legislación británica.
- Doctrina del Acto de Estado.

Lord Steyn reitera que el General Pinochet no es acusado de haber cometido personalmente ninguno de los actos mencionados en las órdenes de aprehensión, sino que utilizó una campaña sistemática de represión dentro y fuera de su país. El caso consiste en que los agentes de la policía secreta chilena, DINA, cometieron actos de tortura; y que este organismo actuaba bajo órdenes directas del General Augusto Pinochet. La Cámara de los Lores debe asumir la veracidad de las acusaciones, ya que no es materia de la apelación declararse en favor o en contra de las mismas.

Lord Steyn está de acuerdo en que un jefe de Estado en funciones gozaría de inmunidad ante un proceso en el Reino Unido. Declara que la inmunidad de un ex jefe de Estado en la legislación británica no es absoluta, siempre y cuando se cumplan dos requisitos: primero, que el acusado sea un ex jefe de Estado (*ratione personae*); y, segundo, que sea acusado por actos oficiales ejecutados en el ejercicio de sus funciones como jefe de Estado (*ratione materiae*).

Critica la conclusión a la que llegaron los jueces de la Corte Divisional, en especial la del Juez Collins, diciendo que con la misma se debe entender que Hitler, al ordenar la "solución final", debería ser considerado inmune ya que representa un acto derivado de sus funciones oficiales en su calidad de jefe de Estado.

Algunos actos gubernamentales deben estar más allá de las definiciones, incluso de las más amplias, de los actos oficiales de un jefe de Estado. Lord Steyn ejemplifica:

"Si un jefe de Estado mata a su jardinero en un acto de cólera, este acto no debe ser considerado como un acto ejecutado en el ejercicio de sus funciones como jefe de Estado. Si un jefe de Estado ordena que algunas víctimas sean torturadas en su presencia, con el propósito de disfrutar del espectáculo, esta conducta no puede considerarse como un acto ejecutado en el ejercicio de sus funciones como jefe de Estado."

Los actos de genocidio, tortura y crímenes contra la humanidad han sido condenados por la comunidad internacional desde la Segunda Guerra Mundial, por lo que para 1973, durante el golpe de Estado en Chile, ya era clara la justificación internacional para la persecución y castigo de dichos crímenes. En este punto, Lord Steyn concluye que los actos que España imputa al General Pinochet, de acuerdo con la legislación británica, pueden ser correctamente clasificados fuera del alcance de sus funciones como jefe de Estado al momento de su comisión.

Finalmente en relación con la doctrina del acto de Estado señala que no es apropiado para la Cámara de los Lores tomar en cuenta consideraciones políticas, como las consecuencias internas y las relaciones con el Gobierno chileno. La doctrina del acto de Estado no es aplicable por las siguientes razones: primera no se pide a la Cámara de los Lores investigar o juzgar los hechos; segunda, la ley británica no intentó otorgar inmunidad a un ex jefe de Estado por crímenes internacionales al no ser éstos

considerados como actos oficiales; tercera, la doctrina del acto de Estado es desplazada por la legislación británica aplicable a los crímenes de tortura y toma de rehenes, ya que se refiere a actos gubernamentales extranjeros; y, cuarta, los hechos alegados por España han sido declarados crímenes internacionales por el derecho internacional consuetudinario.

Lord Hoffman

El último Juez de Apelación, Lord Hoffman se limitó a señalar:

“He tenido la ventaja de leer el borrador del discurso de mi muy noble e instruido amigo, Lord Nicholls of Birkenhead, y, por las mismas razones que él ofrece permito esta apelación.”

La participación en esta instancia judicial de Lord Hoffman causaría la anulación de la sentencia por situaciones, que a mi parecer, eran completamente previsibles. Este es un elemento más para suponer la gran participación de las relaciones políticas que el caso presentaba.

4.3.3. Anulación de la Sentencia de los Lores (17 de diciembre de 1998)

En su orden de anular la sentencia del 25 de noviembre de 1998, la Cámara de los Lores analizó las posibles vinculaciones entre uno de los miembros del Comité de Apelaciones, Lord Hoffman, y Amnistía Internacional, para decidir si tales vínculos eran suficientes para viciar el procedimiento en contra del Senador Pinochet.

El tribunal, formado por cinco jueces Lores, adoptó por unanimidad la resolución, sin precedentes, de anular el fallo que había negado la inmunidad al General Augusto Pinochet. La decisión fue tomada por lo que se consideró como una conducta impropia del Juez Lord Hoffmann.³⁶⁶

A partir de esa sentencia, el Ministro de Interior británico, Jack Straw, autorizó la apertura del proceso de extradición del General chileno a España. El presidente del tribunal, Browne-Wilkinson señaló que en el acto formal de votación: "Lord Hoffmann, que no reveló sus relaciones con Amnistía Internacional, estaba descalificado para formar parte del tribunal".

El Tribunal Superior de Justicia había decidido que Pinochet tenía derecho a la inmunidad y que, por tanto, no podía ser extraditado. Esta situación llevó a una apelación ante la Cámara de los Lores por parte del Gobierno español. El presidente de la sesión, Lord Browne-Wilkinson, señaló con relación a esta apelación:

Lord Hoffmann, que tenía relaciones con Amnistía Internacional, votó con Lord Steyn y Lord Nicholls que el senador Pinochet no gozaba de ningún tipo de inmunidad como ex jefe de Estado y que estaba afectado por la petición de extradición. En desacuerdo con ellos, Lord Lloyd y Lord Slynn dijeron que gozaba de inmunidad".

Lord Browne-Wilkinson continuó su argumento señalando que Amnistía Internacional, organización que había impulsado durante largo tiempo campañas para que el senador Pinochet fuera sometido a juicio, obtuvo permiso para intervenir en el recurso de apelación a la Cámara de los Lores, y nunca objetó a ningún miembro que conformaba el Comité de Apelación. Más aún, la organización de derechos humanos

³⁶⁶ *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause In Re Pinochet*, oral judgment 17 December 1998, Reasons 15 January 1999., www.parliament.the-stationery-office.co.uk.

presentó alegaciones escritas y estuvo representada mediante abogados ante el comité de apelación de los Lores.

No fue sino hasta después de las sesiones en la Cámara Alta, que se supo por parte de los asesores del senador Pinochet, que Lord Hoffmann era presidente de la fundación Amnesty International Charity Ltd., que estaba estrechamente vinculada a la organización principal Amnistía Internacional. La señora Hoffmann era también empleada de Amnistía Internacional desde hacía 20 años. Estos hechos no fueron revelados a las partes en el procedimiento".

La defensa del senador Pinochet, después de comprobar la información obtenida, presentó una segunda petición para que el fallo del 25 de noviembre fuera anulado por la existencia de un conflicto de intereses de Lord Hoffmann, quien no debió haber formado parte del comité de apelación. El Comité de Apelación decidió que la posición anterior de esta Cámara no podía mantenerse y debería ser anulada". El presidente Browne-Wilkinson resumió:

"Lord Hoffmann, que no reveló su relación, estaba descalificado para formar parte del comité de apelación. Propongo que quede sin efecto el fallo del 25 de noviembre, que la apelación se vuelva a ver en audiencia pública tan pronto como se pueda y ante un nuevo y diferente Comité de Apelación."

Los fundamentos jurídicos para la anulación del fallo contra la inmunidad del General Pinochet fueron dados a conocer hasta el 15 de enero de 1999. Los cinco miembros del comité de apelación de la Cámara de los Lores que anularon el fallo, profesaron su respeto a Lord Hoffmann, al señalar que no hubo un "prejuicio real" de Hoffmann sino "aparente".

Según Lord Browne-Wilkinson, su colega Lord Hoffmann no era culpable de haber tenido ningún tipo de prejuicio, él estaba descalificado legalmente para juzgar en razón de ser director de un organismo denominado, Amnesty International Charity Ltd., controlado por una parte en el procedimiento, Amnistía Internacional.

Browne-Wilkinson señaló que el procedimiento en el caso Pinochet, es "muy inusual", pues a su parecer, no se trataba de un procedimiento civil sino criminal. La intervención de la organización de derechos humanos, Amnistía Internacional, hace parte en una causa criminal otra que no es ni la parte acusadora, ni el acusado. Esa parte, Amnistía Internacional, compartía con el Gobierno de España y la Fiscalía de la Corona británica, no un interés financiero sino un interés que consistía en establecer que no existe inmunidad para ex jefes de Estado en relación con crímenes contra la humanidad".

La sustancia del asunto era establecer que Amnistía Internacional, Amnesty International Ltd. y Amnesty International Charity Ltd formaban diversas partes de una entidad o movimiento que trabaja en diferentes campos con los mismos objetivos. Para mantener la imparcialidad absoluta de los jueces, tiene que haber una norma que descalifique automáticamente a un juez que está involucrado, bien personalmente o como director de una compañía, en la promoción de las mismas causas, cuando la misma organización es una parte en un pleito. Los Lores señalan que no hay margen para distinciones de matices, haciendo referencia a lo señalado por Lord Hewart en 1924:

"Es fundamental que no sólo se haga justicia, sino que se vea manifiesta e indudablemente que se imparte justicia".

Lord Goff, en acuerdo con Lord Browne-Wilkinson, insistió en que Lord Hoffman no incurrió en perjuicio sino que "tenía un interés en el desenlace del procedimiento y

como tal no podía juzgarlo". Lord Nolan señaló que "en cualquier caso en el que la imparcialidad de un juez está en cuestión, la apariencia del asunto es tan importante como la realidad". Los restantes miembros en esta instancia judicial, Lord Hope y Lord Hutton, también señalaron que Lord Hoffman pecó de "apariciencia" de parcialidad.³⁶⁷

4.3.4. Pinochet pierde "en parte" su Inmunidad (24 de marzo de 1999)

La decisión de someter a un juicio de extradición al General Augusto Pinochet se dio por una votación de seis votos a uno, aunque de manera muy polémica la Cámara de los Lores redujo ampliamente el ámbito de aplicación temporal para los delitos cometidos durante la dictadura del Senador chileno.³⁶⁸

El procedimiento de extradición planteado por España, solamente abarcaría algunos delitos aislados de conspiración para torturar y tortura a partir del 8 de diciembre de 1988, fecha en que tales delitos fueron considerados por la legislación británica hechos de persecución penal extraterritorial. Todos los demás cargos quedaron fuera del proceso.

Lord Browne-Wilkinson, de 68 años, presidente del tribunal de siete Jueces Lores, sostuvo que el senador Pinochet no gozaba de inmunidad como ex jefe de Estado frente a delitos de extradición, pero señaló que la apelación, en su opinión, debería ser admitida en parte. La clave en esta decisión estaba en esas cinco palabras: "Debe ser admitida en parte".³⁶⁹

³⁶⁷ El País, España, 18 de diciembre de 1998; 16 de enero de 1999.

³⁶⁸ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, (on appeal from a Divisional Court of the Queens Bench's Division)*, 24 March 1999., www.parliament.the-stationery-office.co.uk

³⁶⁹ Lord Goff of Chieveley, único juez que votó en favor de la inmunidad de Pinochet, fue asesor de tesis de la abogada del Senador chileno.

Lord Hope, tercero en turno en la audiencia, señaló:

"Soy de la opinión de que la mayoría de los cargos dirigidos contra el senador Pinochet, están relacionados con delitos por los que no puede ser legalmente extraditado a España, aún en el caso de que no tuviera inmunidad. Sobre la cuestión de la inmunidad, sostengo que el senador Pinochet no goza de inmunidad frente a los cargos de tortura y conspiración para torturar que se dirigen contra él, pero solamente respecto al periodo posterior al 8 de diciembre de 1988."

Lord Hutton no concedió la inmunidad del senador Pinochet respecto a las acusaciones de tortura y conspiración para torturar, señalando como fecha de aplicación el 29 de septiembre de 1988.

Dos jueces Lorens se mostraron contrarios a la inmunidad durante el juicio. Lord Millet opinó que el senador Pinochet podía ser extraditado a España respecto a los delitos de tortura y conspiración para torturar cometidos en cualquier país y en cualquier momento. Lord Phillips dijo, profundizando la línea de Lord Millet, que admitía el recurso respecto a todos los presuntos delitos de que se acusaba al Senador Pinochet como constitutivos de delitos de extradición.

El caso Pinochet, a partir de este momento, se volvería en un precedente relacionado con la interpretación y alcance de la Ley de Extradición del Reino Unido, así como los principios aplicables a este tipo de procedimientos. Lord Browne-Wilkinson explicó que nadie puede ser extraditado a menos que la conducta alegada contra él constituya un delito en ambos países, el país extranjero y el Reino Unido; ésto es el principio de la doble criminalidad".

Como en una clase de derecho, el presidente de la sesión señaló que las acusaciones contra el senador Pinochet eran principalmente acusaciones de tortura y conspiración para torturar fuera del Reino Unido. La tortura cometida fuera del Reino Unido no constituía un delito en la ley británica hasta la Ley de Justicia Criminal de 1988, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 29 de septiembre de 1988.

En el enjuiciamiento ante la Cámara de los Lores en enero de 1999, seis miembros del comité de apelación sostuvieron que bajo la ley ordinaria de extradición, el senador Pinochet no podía ser extraditado para hacer frente a cargos en relación con tortura cometida antes del 29 de septiembre de 1988, porque antes de esa fecha, no estaba satisfecho el principio de doble criminalidad.

El resultado de esta decisión fue la eliminación de la mayoría de los cargos planteados contra el senador Pinochet por el Gobierno de España y propuestos como la base para su extradición. La mayoría de los cargos se referían al período del golpe de Estado en Chile en 1973 y los años inmediatamente posteriores. Los únicos cargos que eran delitos de extradición comprendían cargos aislados de tortura después del 29 de septiembre de 1988, ciertas conspiraciones para torturar en el período del 29 de septiembre de 1988 y enero de 1990 y ciertas acusaciones de conspiración en España para cometer asesinato en España.

Aunque seis miembros del Comité mantuvieron que Pinochet no gozaba de inmunidad en los cargos de tortura, los razonamientos variaban en algunos puntos. Lord Browne-Wilkinson, Lord Hope y Lord Saville consideraron que Pinochet sólo había perdido su inmunidad con la entrada en vigor de la Convención Internacional contra la Tortura, que se convirtió en ley de respeto obligatorio en España, Chile y el Reino Unido el 8 de diciembre de 1988. Lord Hutton sostuvo que la inmunidad del senador Pinochet terminó el 29 de septiembre de 1988. Lord Millet y Lord Phillips sostuvieron que Pinochet nunca tuvo derecho a la inmunidad"

4.3.5. Londres decide la Extradición de Pinochet (8 de octubre de 1999)

En octubre de 1998, el magistrado presidente del Tribunal Penal de Bow Street en el caso Pinochet, Ronald Bartle, anunció su sentencia en la que consideró conforme a la legislación británica la extradición del general Augusto Pinochet a España y le conminó a permanecer en Londres a la espera de la decisión del Ministro del Interior, Jack Straw.³⁷⁰

El magistrado falló que Pinochet debía ser extraditado por un delito de conspiración para tortura y 34 casos de personas torturadas, todos a partir del 8 de diciembre de 1988, tal como solicitaba la Fiscalía de la Corona, a instancias del juez Baltasar Garzón. El Juez Bartle aclaró que el procedimiento no tenía por objeto el decidir si el senador Pinochet era culpable o inocente en relación con las acusaciones que se formulaban contra él; el propósito era decidir si las condiciones estaban reunidas para obligar al senador Pinochet a esperar la decisión del Ministro del Interior. En ese momento faltaba saber el número de casos que se le imputarían al General Pinochet.

El magistrado consideró, conforme a la jurisprudencia, que los casos "suplementarios" añadidos por el juez Garzón después del fallo de los Lores, las 34 personas torturadas a partir del 8 de diciembre de 1988, serían considerados como parte de la demanda de extradición ampliada.

Sobre la tesis de la defensa de Pinochet, de que los crímenes por los que se acusaba al ex dictador, no constituían un delito de extradición en España, el magistrado Bartle dijo: "¿Puedo yo, un magistrado con ningún conocimiento particular, y francamente ningún conocimiento de la ley española, cuestionar las resoluciones de un alto Tribunal español sobre la ley de su propio país? Creo que no".

³⁷⁰ *The Kingdom of Spain v. Augusto Pinochet Ugarte, Mr. Ronald David Bartle, Metropolitan Magistrate, 8th October, 1999.*

4.3.6. Pinochet regresa a Chile.

Después de 503 días de detención en Londres el General Augusto Pinochet regresó a Chile. La decisión de suspender el procedimiento fue tomada por el Ministro del Interior, Jack Straw, porque, según él, el dictador chileno no estaba físicamente capacitado para afrontar un juicio de extradición o un proceso en el Reino Unido.

La sección 12 de la Ley de Extradición de 1989,³⁷¹ otorga las más amplias facultades discrecionales al Ministro del Interior para adoptar una decisión sobre la liberación de una persona sujeta a un proceso de extradición en el Reino Unido. La Ley de Extradición en su parte relevante señala:

Sección 12 Orden de Regreso

- (1) Cuando una persona sujeta a un proceso...no sea liberada por una orden del Tribunal Superior..., el Ministro del Interior puede ordenar su liberación, a menos que dicha liberación esté prohibida por esta misma ley, o el Ministro decida no hacer dicha orden en el caso.
- (2) Sin perjuicio a su facultad discrecional general para emitir una orden de liberación...
 - (a) el Ministro del Interior no deberá emitir una orden de liberación... si a su consideración, la ofensa:
 - (i) por razón de su naturaleza trivial, o
 - (ii) por razón del paso del tiempo desde que se cometió la conducta..., o
 - (iii) porque la acusación no es hecha en buena fe...

Sería injusta y opresiva tal liberación.

³⁷¹ Extradition Act 1989, 27 July 1989.

- (b) El ministro del Interior puede decidir no emitir una orden de liberación por ofensas que no se castiguen con pena de muerte en el Reino Unido, si la pena de muerte es aplicada en el país que solicite su regreso.

La liberación por razones humanitarias no está prohibida en la Ley de 1989, por lo que el Ministro del Interior puede tomar la decisión que le parezca más favorable al caso particular. En el último de los casos, la legislación británica no obliga al Ministro del Interior a fundamentar las razones en las que basa su decisión.

4.4. Imposibilidad de Juzgar a Pinochet en Chile

Por más de un cuarto de siglo las víctimas de violaciones contra los Derechos Humanos en Chile y sus familiares han proclamado justicia, así como el esclarecimiento de la verdad, con el apoyo de abogados, organizaciones y jueces. Políticos y funcionarios gubernamentales han declarado que el asunto de los crímenes cometidos en Chile es un asunto sin resolver.

Varios son los mecanismos que aseguran la impunidad e impiden la investigación judicial efectiva en Chile. En 1978, el gobierno militar del General Pinochet decretó una ley de amnistía,³⁷² diseñada especialmente para proteger a los responsables por las violaciones contra los Derechos Humanos, cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, de un posible enjuiciamiento. Esta ley ha hecho imposible para los familiares el encontrar las respuestas del paradero de los desaparecidos y así poder obtener justicia.

³⁷² Decreto 2191

Los responsables de las violaciones de los Derechos Humanos tuvieron un papel fundamental en la transición política de Chile, a un gobierno civil, para asegurarse la inmunidad por los crímenes cometidos. La Constitución, en cuya redacción el mismo Pinochet participó, incluye un sistema de senadores vitalicios de por vida, quienes como miembros del parlamento, tienen inmunidad absoluta en el régimen jurídico chileno. El General Pinochet se aseguró el puesto de senador vitalicio al retirarse de las fuerzas armadas.

La Ley de Amnistía de 1978, representa una auto-amnistía repudiada por la comunidad internacional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1996 y en 1998, concluyó que las auto-amnistías son incompatibles con el derecho internacional de los Derechos Humanos y su trascendencia legal forma parte de una política general de violaciones a estos derechos.³⁷³ En enero del 2000, la misma Comisión Interamericana se pronunció en contra de la figura de senador vitalicio, recomendando a Chile que tomara las medidas necesarias para eliminar esta institución "que es contraria a la instauración de un régimen democrático en el continente".

Según declaraciones del saliente presidente chileno, Eduardo Frei, los esfuerzos para lograr el regreso de Pinochet han tenido como único fin el que los tribunales chilenos, y no los de otros países, sean los que apliquen la ley. Serán los tribunales chilenos los que decidan si el senador Pinochet es responsable de los delitos que se le imputan.

El regreso del General Pinochet a sólo 10 días de la transición democrática del poder en Chile, al socialista Ricardo Lagos, crea un escenario de gran expectativa en el ámbito nacional e internacional de la vida del país sudamericano. Los obstáculos por vencer son muchos. En primer lugar el gobierno civil deberá enfrentar a la fuerza militar chilena que se ha declarado siempre partidaria de la causa pinochetista. En segundo lugar, la eliminación del fuero constitucional del cual goza el senador vitalicio

³⁷³ IACHR Reports No. 36/96 and No. 25/98.

deberá ser declarada por el máximo órgano judicial del país, un órgano aún formado por integrantes del antiguo régimen dictatorial. Tercero, es necesario cuidar las posibles implicaciones internacionales que involucran a terceros países con los cuales Chile tiene un amplio intercambio en lo político y en lo económico, tales como Estados Unidos y Argentina, entre otros. Cuarto, la transición democrática, transparente y pacífica que ha tenido el pueblo chileno a finales del siglo XX puede verse afectada por los diversos enfrentamientos entre grupos que apoyen la causa contra el ex dictador chileno y sus defensores.

La presencia del General Augusto Pinochet en Chile abre las puertas para que el poder judicial de ese país se consolide y reivindique con el pueblo chileno. Al iniciar los procedimientos en Londres para la extradición del General Pinochet, solamente existían en Chile 11 denuncias en su contra. Al finalizar su estadía en el Reino Unido, el General Pinochet deberá enfrentar en su propio país más de 60 denuncias en su contra, instruidas por el Juez Juan Guzmán.

4.6. Necesidad de una Corte Penal Internacional.

El arresto del general Augusto Pinochet en Londres provocó un amplio debate a escala internacional.³⁷⁴ Incluso algunas personas que apoyaron al ex dictador en su tiempo, como el ex Secretario de Estado norteamericano, Henry Kissinger, dijeron que, el caso Pinochet debería ser un tratado en un Tribunal Penal Internacional. Otros políticos, como el jefe del ejecutivo español, Felipe González, también evocaron la necesidad de que dicho tribunal se hiciera cargo del asunto.

³⁷⁴ El País, España, 3 de marzo del 2000.

La creación de una Corte Penal Internacional fue, en algunos casos, utilizada como un elemento para desviar el caso Pinochet de los cauces en que había entrado. España, por ejemplo, proclamaba aplicar la jurisdicción universal sobre delitos que son considerados, desde los juicios de Nuremberg, como crímenes contra la humanidad. La creación de la Corte Penal Internacional para el caso Pinochet, era enviarlo a una vía muerta. La Corte Penal Internacional, tal como lo señala en su Estatuto, no podrá hacerse cargo de asuntos que hayan ocurrido con retroactividad a su nacimiento. Y los crímenes contra la humanidad en Chile, por ejemplo, están en esa situación. Los tribunales para juzgar los crímenes en Ruanda y en la ex Yugoslavia ya funcionan aún cuando puedan presentar serios problemas y dificultades. El caso Pinochet, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, sólo tenía cabida en la afirmación de la jurisdicción universal, ésto es, en la aplicación de los tratados internacionales como el Convenio contra la Tortura de Naciones Unidas.

La Creación de una Corte Penal Internacional amerita un análisis detallado de sus principios fundamentales. Es necesario establecer el alcance de los crímenes que su estatuto contempla y la forma de ejercer su jurisdicción, que siendo complementaria, estaría sujeta a la decisión de los Estados de juzgar o no a los criminales, o en el mejor de los casos cuando no quisieran hacerlo podría actuar la Corte Internacional. El mayor problema para la solución de los conflictos derivados de las políticas de represión llevadas a cabo durante la segunda mitad del siglo pasado radicaría en la inclusión, a mi parecer necesaria, del principio de la no retroactividad. Esta afirmación pierde fuerza cuando se presentan situaciones como las acontecidas en Yugoslavia y Ruanda, que hacen necesaria la actuación de la comunidad internacional para mantener la paz y la seguridad internacional. La firma y ratificación del Estatuto de Roma de 1998 avanza con una singular lentitud, en febrero del 2000 solamente nueve países habían firmado dicho instrumento, de los sesenta necesarios para su entrada en vigor.

Es indiscutible la contribución al derecho internacional del caso Pinochet. Éste, ha sentado jurisprudencia en varios terrenos de la legislación británica, y precedente interesante en el derecho internacional. Es la primera vez que un individuo es acusado de crímenes internacionales gozando aún de una posición real de poder en su país, y, sin que dicho país se encuentre en un conflicto bélico, como en la antigua Yugoslavia.³⁷⁵ La inmunidad de los actos de Estado en la comisión de crímenes internacionales se ha acabado para los ex dictadores o jefes de Estado; al igual que la aplicación de la inmunidad diplomática para ellos, también.

Entre las reacciones internacionales derivadas del caso Pinochet podemos encontrar que el 3 de febrero del 2000, un tribunal de Senegal inició un proceso al exiliado dictador de Chad, Hissène Habre, por torturas y ordenó su detención domiciliaria. La acción judicial fue impulsada por siete ciudadanos del Chad y una ciudadana francesa cuyo marido fue asesinado por el régimen de Habre.³⁷⁶ El caso en el fondo es similar al del senador chileno, pero no involucra aspectos de extradición.

En el continente americano, los países del hemisferio sur que sufrieron una ola de represión sistemática durante la segunda mitad del siglo XX, han perdido el miedo de demandar en sus propias cortes a los oficiales militares y jefes de los gobiernos dictatoriales que los gobernaron. Sin duda el precedente del General Augusto Pinochet ha terminado una etapa importante, pero no podemos decir que haya concluido. Los acontecimientos por venir en Chile tendrán una repercusión internacional de la misma magnitud que los largos meses de arresto domiciliario que marcaron la derrota del ex dictador Augusto Pinochet Ugarte.

³⁷⁵ Cfr. Echeverría Gutiérrez Gabriela, *La Corte Penal Internacional como Límite Necesario a la Jurisdicción Universal, Tesis que para obtener el título de licenciado en Derecho, UNAM, México, 1999, p. 55.*

³⁷⁶ Kirgis Frederic, *The Indictment in Senegal of the Former Chad Head of State*, ASIL insight., February 2000.

Ruiz Harrell señala que cualquiera de los teóricos de la versión moderna de la razón de Estado, o sea la “política del poder” (*Machpolitik*), como Hegel, Meinecke o Theodor von Ranke, podría explicar claramente que la liberación del dictador Augusto Pinochet no respondió a las razones humanitarias esgrimidas por el Ministro del Interior británico, y, que fueron en cierta medida, aceptadas por otros países. La liberación del General Pinochet fue simple y llanamente por motivos políticos: se pasó por alto los Derechos Humanos de las víctimas porque, según Ruiz Harrell, “defenderlos contrariaba la lógica del poder”. El Estado tradicional no acepta del todo la idea de que un tribunal internacional o el de otro país, pueda ser competente para juzgar los crímenes que ocurrieron en su territorio.

La comunidad internacional vive una globalización que no puede ser limitada al ámbito económico. El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales dependen en gran medida del aseguramiento de una cabal impartición de justicia a nivel mundial. La “globalización de la justicia” no debe entenderse como un sinnúmero de acciones adoptadas por los países más poderosos en beneficio de la humanidad, sino como una serie de acciones conjuntas encaminadas a consolidar el respeto a los derechos fundamentales del individuo, a través de mecanismos eficaces y efectivos en el ámbito internacional.

4.7. Estado y Derechos Humanos

La lucha por la defensa de los Derechos Humanos fundamentales del hombre no puede ser ignorada, por la ambición de algunos Estados en un orden mundial que no resulta igualitario en la práctica, de implementar la jurisdicción universal. En la mayoría de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial pueden encontrarse graves violaciones a estos derechos, la mayoría fueron llevados a cabo ignorando la garantía de un juicio justo para el acusado. Desde su detención y la oportunidad para obtener una defensa justa se puede ver el atropello a sus garantías como individuo, sin mencionar que la pena de muerte fue una sanción recurrente.

La lucha entre los Derechos Humanos y la política entendida como parte de la "razón de Estado",³⁷⁷ deberá ser analizada desde un punto de vista jurídico solamente, dejando a un lado las implicaciones en el ámbito económico y el de las relaciones internacionales entre los Estados involucrados. En el escenario mundial el dilema será si los crímenes contra la humanidad dañan o no a los seres humanos, y, en consecuencia es jurídicamente válido ejercer la jurisdicción universal; es decir, si cualquier tribunal será competente para juzgarlos aunque los crímenes hayan sido cometidos en otro país.

En el escenario interno, cada nación tendrá que constituir los organismos, legislativos, ejecutivos y judiciales, necesarios para lograr que el gobierno del Estado cumpla con todos los deberes que tiene hacia los gobernados. Las recomendaciones, hechas tanto por los organismos nacionales e internacionales, ya no pueden quedar al arbitrio de las autoridades, que al final son, las responsables de las mismas violaciones.

³⁷⁷ Ruiz Harrell Rafael, *Estado y Derechos Humanos*, Periódico Reforma, Editorial, Sábado 4 de marzo de 2000, México, p. 13. El autor señala que Machiavello llamó a los principios que animan el concepto tradicional de Estado "razón de Estado". Conforme a esta teoría, y en un sentido muy general, el gobierno del Estado tiene la tendencia orgánica a buscar su incremento y consolidación tanto frente a cualquier otro poder interno, como frente al poder de otros Estados. Tal crecimiento cancela cualquier otra finalidad, y, fuera de los motivos económicos que le dan sustento, desconoce cualquier otra razón, sea jurídica o moral.

Conclusiones

PRIMERA.- El estudio de un caso tan complejo como lo es el Caso Pinochet, no puede desligarse de los factores sociales, económicos y políticos que lo rodean. El derecho internacional, se ve, en algunos casos, supeditado a decisiones que van más allá del ámbito jurídico y moral. El factor económico es el que más influencia suele tener en estos casos. Algunos autores han llegado a asegurar que solamente mediante la presión económica será posible alcanzar cabalmente el cumplimiento de los derechos humanos.

SEGUNDA.- En la actualidad la codificación del derecho internacional sirve como el mayor soporte para la aplicación, en cortes nacionales, de los principios que el mismo derecho establece, como los derivados del derecho humanitario. En el área de los derechos humanos la costumbre internacional que cada día se consolida más, se ve frecuentemente ignorada por cuestiones políticas, expresadas en la doctrina de la "razón de Estado". En el Caso Pinochet, con las decisiones tan cambiantes tomadas por el jefe del ejecutivo español, se llevó esta doctrina a una de sus expresiones más extremas: la "razón de partido".

TERCERA.- La teoría de la inmunidad soberana, ligada al concepto clásico de soberanía, no puede ser sostenida de manera absoluta en la actualidad. Si bien en un principio las relaciones comerciales sirvieron para despojar de ese privilegio a funcionarios y agencias del Estado ante los tribunales nacionales, la comunidad internacional deberá poner mayor énfasis en los derechos del hombre. La clasificación de los actos como privados, comerciales u oficiales, no puede ser aplicada al analizar crímenes tales como el genocidio, la tortura u otros delitos de *lesa* humanidad.

CUARTA.- Las Convenciones internacionales en materia de inmunidad del Estado, solamente han limitado ésta en materias comerciales y civiles. El mayor avance en este rubro se puede observar con la implementación de leyes nacionales que amplían y clasifican las actividades que no gozan de ningún tipo de privilegio o inmunidad.

QUINTA.- Los instrumentos internacionales, y nacionales, en materia de inmunidad del Estado, por lo general omiten una mención expresa a las actividades criminales. No mencionan una posible distinción entre crímenes comunes y crímenes internacionales. Es necesario analizar sus ámbitos de aplicación, ya que la inmunidad soberana es aplicable al Estado, y no como un privilegio otorgado al individuo. Es importante tener siempre presente que el sujeto de aplicación del derecho penal internacional es el individuo.

SEXTA.- El derecho diplomático goza de una aceptación general en la comunidad internacional, debido a su carácter funcional y por los beneficios recíprocos que la implementación del mismo representa. Si un país quiere tener relaciones con la comunidad internacional, o defender sus intereses y sus nacionales en otro Estado, debe hacerse representar, en principio, por personas de una calidad moral y reputación intachable, que guarden el más alto grado de respeto al desarrollar sus funciones oficiales. Por su parte, el Estado receptor debe asegurar al máximo el bienestar y la dignidad de los representantes de Estados acreditantes.

SÉPTIMA.- En la práctica la inmunidad diplomática se ha llevado a excesos por parte de algunos agentes diplomáticos. En la mayoría de los casos, las faltas se limitaron a cuestiones administrativas o relacionadas con los reglamentos de tránsito del Estado receptor. El ejercicio de la legación, al ser una práctica longeva y aceptada de manera uniforme, deja fuera de cualquier cuestionamiento la posible acotación, a excepción de las que el mismo derecho diplomático establece, a la inmunidad que gozan los agentes diplomáticos en materia penal. En mi opinión, si la inmunidad no puede ser otorgada a un ex jefe de Estado por la comisión de crímenes internacionales, mucho menos podrá concederse tal prerrogativa a un representante de un Estado, que guarda una posición inferior en la organización del gobierno del Estado.

OCTAVA.- El ejercicio de la jurisdicción criminal internacional representa una de las áreas más controversiales del derecho internacional contemporáneo. Los crímenes internacionales no pueden ser ejecutados por entidades abstractas sino por personas

físicas. El sujeto del derecho criminal es el individuo. Se ha criticado la atribución de la calidad del individuo como sujeto del derecho internacional, pero los seres humanos no solamente gozan de obligaciones, sino también de derechos, v.g. los derechos humanos, civiles y políticos reconocidos en diversos instrumentos internacionales. Es muy remota la posibilidad de que el individuo pueda obtener la capacidad internacional para celebrar o ser parte en acuerdos multilaterales, pero no así la posibilidad de ser representado por un órgano civil colegiado, v.g., organizaciones no gubernamentales.

NOVENA.- Los distintos principios aplicables a un delito en el ámbito internacional: territorialidad, nacionalidad, protección, personalidad pasiva; deben ser aplicados con cautela por los Estados que tengan un interés jurídico en ejercer su jurisdicción sobre un presunto delincuente y no caer en el error de justificar cualquier actuación bajo el principio de la extraterritorialidad, ejerciendo de una manera errónea la jurisdicción universal.

DÉCIMA.- El principio de la jurisdicción universal tiene un fundamento que, aplicado a la piratería, es, en principio, válido. El ejercicio de la jurisdicción en este delito se justificaba, *prima facie*, ya que el lugar donde se cometía el acto ningún Estado tenía o ejercía un poder de soberanía, esto es, en alta mar. Cualquier Estado que aprehendía al presunto criminal podía ejercer válidamente su jurisdicción, ya que de otra manera el pirata como "enemigo de la humanidad" quedaría impune.

DECIMAPRIMERA.- En la actualidad el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de las cortes nacionales de los Estados, tiene que ser analizado en conjunto con los principios básicos del derecho internacional y sus obligaciones. Los publicistas y jueces de todo el orbe, deberán comparar la forma de ejercer la jurisdicción universal por un tribunal local y principios tales como: el de la territorialidad, los derivados de procedimientos de extradición, el respeto a los derechos humanos, la creación de organismos especializados para la persecución y castigo de los crímenes internacionales, entre otros.

DECIMOSEGUNDA.- La jurisdicción *de facto* en los casos criminales se ejerce solamente por los actores más poderosos en la comunidad internacional. En un sistema jurídico internacional donde el principio de igualdad soberana de los Estados se respeta solamente en el protocolo, no puede haber cabida para la aplicación de un principio que pueda constituir a un país, o grupo de países, en un Tribunal de Justicia Mundial. No se puede imaginar la instalación de un procedimiento criminal en contra de un Presidente norteamericano en el Medio Oriente o Asia, o el pronunciamiento de una sentencia contra una Primera Ministra inglesa en cortes argentinas.

DECIMOTERCERA.- Por otro lado, el principio de la jurisdicción universal ha hecho posible la implementación de una serie de medidas y procedimientos en la persecución y castigo de criminales internacionales alrededor del mundo entero. Una de las mayores contribuciones se puede observar en la reacción inmediata que adoptaron los sospechosos de crímenes internacionales, al no salir de la protección territorial de sus países, demostrando que eran impunes a cualquier tipo de justicia, doméstica o internacional.

DECIMOCUARTA.- La evolución de los crímenes internacionales ha permitido al mismo tiempo el desarrollo de la jurisdicción universal. En un principio se concedió la facultad de perseguir y castigar estos crímenes solamente a tribunales internacionales. La creación de dichos tribunales no escapó de los problemas prácticos y jurídicos que les eran inherentes a la forma en que fueron constituidos. El haber limitado el enjuiciamiento de dichos crímenes a cortes internacionales, sin establecer un tipo de jurisdicción local que gozará de primacía en ciertos casos y mediante la aplicación de algunos criterios definidos, detuvo en cierta medida la evolución de la inmunidad soberana en el ámbito interno de los países.

DECIMOQUINTA.- Los crímenes contra la humanidad, que esencialmente son los mismos crímenes contra el derecho humanitario cometidos en tiempos de paz, necesitaron de una evolución sistemática, que no ha terminado del todo. Desde la misma definición de los crímenes *de lesa humanidad*, la forma en que serán implementados, así como los mecanismos necesarios para su persecución, se puede

ver la necesidad de una actuación conjunta, a escala internacional, para la consolidación del respeto de los derechos del individuo en la comisión de estos crímenes.

DECIMOSEXTA.- El Caso Pinochet, en lo particular, representa un parteaguas muy importante en el derecho internacional para poder analizar la forma en que se presentan las cosas en materia de inmunidades y privilegios concedidos a los jefes de Estado, ex jefes de Estado y representantes o agencias del mismo Estado.

DECIMOSÉPTIMA.- Las sentencias dictadas en las cortes inglesas, desde las Cortes de Divisionales hasta los diversos Comités de Apelación de la Cámara de los Lores, permiten observar la complejidad del caso en estudio y la manera tan cautelosa como fueron llevados los procedimientos. En algunas resoluciones los juzgadores no coincidían desde la interpretación y aplicación misma de la ley interna del Reino Unido. En el aspecto internacional se aprecian grandes deficiencias en los razonamientos alcanzados, e inclusive se especulaba que las audiencias eran unas verdaderas cátedras de derecho internacional. El único problema radicaba en que los pupilos eran los mismos jueces. Después de analizar detalladamente los resultados de las distintas instancias judiciales la conclusión que finalmente se dio al Caso Pinochet resultaba, en cierto sentido, lógica y previsible.

DECIMOCTAVA.- La orden de liberación emitida por el Ministro del Interior, Jack Straw, en el mes de marzo del 2000, se vio motivada por razones políticas derivadas de las relaciones internacionales tan numerosas que tiene el Reino Unido con los Gobiernos español y chileno. Los rubros de la inversión extranjera, los nacionales de uno y otro residentes en cada país, llegando incluso hasta el intercambio de arsenal militar, fueron algunos de los motivos por los que Jack Straw decidió tomar en cuenta la cuestión humanitaria en el caso. Defender los derechos de las víctimas en el Caso Pinochet contrariaba la lógica del poder. El Estado tradicional no acepta del todo la idea de que un tribunal internacional, o el de otro país, pueda ser competente para juzgar, lo que consideran como, sus asuntos internos.

DECIMONOVENA.- El ejercicio de la jurisdicción universal sirvió como el escaparate del pueblo español para aparecer ante el mundo como el gran defensor de las causas justas ante la comunidad internacional. En su lucha contra la inmunidad se unieron grandes actores internacionales, como, Bélgica, Francia, Suecia, Luxemburgo, Amnistía Internacional, etc. Habrá que observar detalladamente cual es el papel de estos protagonistas de la "justicia globalizada" en el reciente caso del jefe de Estado del Chad detenido en Senegal. La ausencia de grandes intereses económicos en ese país o en esa región del hemisferio sur, la no intervención por parte de los Estados Unidos en el caso, o simplemente el desarrollo de una nueva forma de discriminación derivada de la jurisdicción universal, al no ser ésta una "causa noble" para el mundo, deberán entenderse como elementos necesarios, o suficientes, para el no ejercicio de la jurisdicción universal.

VIGÉSIMA.- El arresto del General Augusto Pinochet en Londres provocó un amplio debate a escala internacional sobre la necesidad de una Corte Criminal Internacional. La creación de dicha Corte para el caso Pinochet no hubiera resuelto nada en absoluto, el único mecanismo eficaz sería la creación de un tribunal *ad hoc*, cuya constitución y principios siempre resultan criticables. La Corte Criminal Internacional no podrá hacerse cargo de asuntos que hayan ocurrido con retroactividad a su nacimiento. Es necesario establecer el alcance de los crímenes que su estatuto contempla y la forma de ejercer su jurisdicción, que siendo complementaria, estaría sujeta a la decisión de los Estados de juzgar o no a los criminales, o en el mejor de los casos cuando no quisieran hacerlo, podría actuar la Corte Internacional.

VIGESIMOPRIMERA.- El Caso Pinochet deja un precedente fundamental al establecer que la inmunidad de los actos de Estado en la comisión de crímenes internacionales ya no existe abiertamente para los ex dictadores o jefes de Estado que los hayan cometido.

VIGESIMASEGUNDA.- Para Latinoamérica, y en especial para la parte sur de nuestro continente, el Caso Pinochet abrió la posibilidad de intentar la búsqueda de la justicia, no en las cortes de otros países, sino en su mismo hogar. A raíz del caso Pinochet,

muchas causas de activistas, representadas por diversas organizaciones para la defensa de los derechos humanos, han iniciado procesos en contra de los militares y dictadores de los regímenes establecidos en el hemisferio sur en las décadas de los setenta y ochenta. Militares de todos rangos, hasta los presidentes de las Juntas Militares, han sido enjuiciados en países como Argentina. Ahora le toca el turno a Chile, que ha comenzado los juicios en contra de algunos cómplices de la dictadura, de poder juzgar por su propios medios, los crímenes en el lugar donde fueron cometidos, y lo más importante, acabar con la impunidad de las personas que tanto daño hicieron a miles de familias chilenas.

Bibliografía

➤ Libros

- Bassiouni M.C., *Crimes against Humanity*, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1992).
- Bassiouni M.C., *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, Law & Contemporary Prob., 25 (1996).
- Bishop Jr. William W., *International Law, cases and materials*, third edition, Little Brown and Company Limited, U.S.A., 1962.
- Brownlie Ian, *Principles of International Law*, fourth edition, Clarendon Press, Oxford, 1995
- Buergenthal Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, segunda edición, ed. Gernika, México, 1996.
- Campbell Black Henry, et. al., *Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, sixth edition, West Publishing Co., St. Paul Minn., U.S.A., 1990.
- _ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tercera edición, Porrúa-UNAM, México, 1989.
- _ *Dictionary of National Biography*, vol. 21 (London: Oxford University Press, 1921-22).
- Díez de Velasco Vallejo Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, décima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- Eban Abba, *The New Diplomacy: International Affairs in the Modern Age*, London: Weidenfeld and Nicolson, and New York; Ransom House, 1983.
- Echeverría Gutiérrez Gabriela, *La Corte Penal Internacional como Límite Necesario a la Jurisdicción Universal, Tesis que para obtener el título de licenciado en Derecho, UNAM, México, 1999.*
- _ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XV, Driskill S.A., Argentina, 1990, p. 936.
- Gómez-Robledo Verduzco Alonso, *Extradición en Derecho Internacional, Aspectos y tendencias relevantes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

- Henkin Louis, Crawford Richard, Pugh, Schacter Oscar, Smit Hans, *International Law, cases and materials*, Third Edition, American Book Series, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1993.
- Hsü Immanuel C.Y., The Development of the Chinese Foreign Office in the Ch'ing Period, in the Times Survey of Foreign Ministers of the World, Zara Steiner, ed. (London: Times Books, and Westport, CT: Meckler, 1982).
- Jessup Philip, *A Modern Law of Nations*, 1948.
- López Monroy Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, Porrúa, primera edición, México, 1999.
- Mariño Menéndez Fernando., *Derecho Internacional Público*, parte general, segunda edición, ed. Trotta, España, 1995.
- McClanahan Grant, *Diplomatic Immunity, Principles, Practices, Problems*, Institute for the Study of Diplomacy, Georgetown University, Hurst and Company, London, 1989.
- Morris Virginia, Shcarf Michael P., *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, (Irvington-on-Hudson, New York: Trasnational Publishers, Inc. 1997).
- Nicolson Harold, *Diplomacy*, third ed., (New York: Oxford University Press, Galaxy Book, 1964; Washington: Institute for the Study of Diplomacy, Georgetown University, 1988).
- Ogdon M., *Juridical Basis of Diplomatic Immunity* (Washington: John Byrne, 1936).
- Oppenheim L., *Tratado de Derecho Internacional Público*, 8a ed. Inglesa a cargo de Sir. Hersch Lauterpacht, t. I, vol. II (Paz), Barcelona, Editorial Bosch, 1961.
- Oppenheim, *International Law*, 9th edition, 1992, p. 57.
- Röling, Rüter, *The Tokyo Judgment*, (Amsterdam: University Press 1977), II.
- Russell J.G., *Peacemaking in the Renaissance* (London: Duckworth, 1986).
- Sepúlveda César, *Derecho Internacional*, decimoquinta edición, Porrúa, México, 1986.
- Shaw Malcolm, *International Law*, fourth edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 1997.
- Sorensen Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
- Swift Richard N., *International Law, Current and Classic*, John Wiley & Sons, Inc., U.S.A., 1969.

Tapia Hernández Silverio, compilador, *Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.

Verdross Alfred, *Derecho Internacional Público*, quinta edición, ed. Aguilar, España, 1980.

Wilson C.E., *Diplomatic Privileges and Immunities*, (Tucson: University of Arizona Press, 1967).

Wilson John A., *The Burden of Egypt: An interpretation of Ancient Egyptian Culture*, University Press, and London: Cambridge University Press, Chicago, 1951.

➤ Artículos Especializados

Brownlie, Ann. IDI 1992, ses. De Bâle, vol. 64-II.

Henkin, Act of State Today: Recollections in Tranquility, 6 Colum. J. Transnat'l L. 181 (1967)

Higgins Rosalyn, *The abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience*, 79 AJIL 1985.

Kirgis Frederic, *The Indictment in Senegal of the Former Chad Head of State*, ASIL insight., February 2000.

Meron Theodor, *International Criminalization of Internal Atrocities*, AJIL 89 (1995) p. 569; Randall Kenneth C., *Universal Jurisdiction under International Law*, Tex. L. Rev. 66 (1988).

Ruiz Harrell Rafael, *Estado y Derechos Humanos*, Periódico Reforma, Editorial, Sábado 4 de marzo de 2000, México.

Shcwebl E., *Crimes Against Humanity*, 23 BYIL, 1946.

Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity, Recent Development*, RCADI 1980, II, vol. 167.

➤ Instrumentos Internacionales

Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

Carta del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente de 1946.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1985.

Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982.

Convención de Viena sobre los Tratados de 1969.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, entró en vigor el 19 de marzo de 1967, texto: 596 UNTS 261.

Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en Viena el 18 de abril de 1961, entrada en vigor 24 de abril de 1964, 23 U.S.T. 3227, T.I.A.S., No. 7502, 500 U.N.T.S. 95.

Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, Basilea, 16 de mayo de 1972, 11 ILM (1972), 470.

Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, UNGA, Off. Rec., 3rd Sess., Resolution 174 (A/180) 1948.

Convenio de Bruselas para la Unificación de ciertas reglas relativas a la Inmunidad de Navíos de Propiedad Estatal de 1926.

Convenios de Ginebra sobre Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958.

Draft Articles on State Responsibility, ILC, 37 ILM 440, March 1998.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, Distr. General, A/CONF.183/9

Estatuto del Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, establecido por el Consejo de Seguridad en 1994.

Estatuto del Tribunal Internacional Criminal para la Antigua Yugoslavia, Resolución 827 del Consejo de Seguridad (1993).

Israel-Jordan Treaty of Peace of 1994.

Principios del Derecho Internacional Reconocidos por la Carta de los Tribunales de Nuremberg y su Sentencia, AGNU Resolución 95(1) de 1946.

Protocol concerning Frontier Control and Policing, Co-operation in Criminal Justice, Public Safety and Mutual Assistance relating to the Channel Fixed Link, 25 November 1991, 64 BYIL, 1993, p. 647.

Protocolo de la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972.

Proyecto de Artículos sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas el 7 de junio de 1991, A.G. Doc. Off. 46a Session, supp. No. 10 (A/46/10)

Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de las Naciones Unidas de 1996.

Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, ILC 48th Sess; Report (A/48/10), Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II(2).

Resolución de 1931 del Instituto de Derecho Internacional; el Código de Bustamante de 1928.

Resolución de Naciones Unidas contra la Tortura, UNGA Res. 3448 (XXX) del 9 de Diciembre de 1975.

Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute, 1987.

Tratado para el Enjuiciamiento y Castigo de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de Agosto de 1945, texto en 39 AJ (1945).

United Nations Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges (1958) ST/LEG/SER.B/7).

➤ Leyes Nacionales

Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1943.

Código Penal Federal de 1931, reformado en 1999, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de mayo de 1999.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Diplomatic Relations Act of 1978, PL 95-393, 95th Cong., 30 Sept. 1978.

Extradition Act 1989, 27 July 1989.

Ley de Amnistía de 1978, Chile, (decreto 2191).

Ley del Servicio Exterior Mexicano, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1994.

State Immunity Act of 1978 of the United Kingdom, entered into force 22 november 1978, 64 ILR.

United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Public Law 94-583, 94th Congress.

➤ Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversias Constitucionales. Fuero, Concepto de.*, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Tomo III, Junio de 1996, Tesis P./J. 37/96, Jurisprudencia, No. de Registro 200,104, p. 388.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Fuero Constitucional*, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LXXXVIII, Aislada, No. de Registro 304,181, p. 327.

➤ Precedentes Judiciales Nacionales e Internacionales

Al-Adsani v. Government of Kuwait, (1996) 1 Lloyds Reports 104.

Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba, 425, U.S. 682, 96 S.Ct. 1854, 48 L.Ed. 2d 301 (1976).

Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba, 425 US 682 (1976); 15 ILM (1976).

Almeno Trial (United Kingdom, 1945).

Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores Tránsito Aéreo, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Humberto Román Palacios, Secretario Antonio Espinoza Rangel. (1999)

Asylum Case (Colombia/Perú), 20 november 1950, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, pp. 274-275.

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 US 398, 428, 84 S.Ct. 923, 940, 11 L.Ed. 2d. 804, 823-24 (1964).

Barbie Case 78 ILR, pp. 78, 125, 136

Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd., ICJ, 1972.

Berizzi Bros. Co. vs. S.S. Pessaro, 271, U.S. 536, 574 (1926).

Bernstein v. Van Heyghen Freres, S.A., 163 F.2d. 246, 251 (2d.Cir.)

British Airway Board v. Laker Airways Ltd. (1985) AC 58, 85-6.

Callejo v. Bancomer, S.A. 764 F.2d 1101, 1116-21 (5th Cir. 1985).

Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Theran, Judgment of 24 May 1980., in *Summaries of Judgements, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice 1948-1991*.

Cutting Case, US Foreign Relations (1887), 751-867.

Demjanjuk v. Petrovsky 776 F.2d, 571 (1985)

Dralle v. Republic of Czechoslovakia, 17 ILR, p. 155 (1950)

Eichmann Case (1961), 36 ILR.

Floridi vs. Sovexportfilm. 49, AJIL, p. 98 (1955); *Borga vs. Russian Trade Delegation*, ILR, 1955, p. 235.

Gouvernement espagnol c. Casaux, 22 enero 1849, Dalloz, 1849, 1, 5.; *Kingdom of Rumania v. Guarantee Trust Co. of New York*, 250 Fed. 341 [1918].

Governo Rumeno c. Trutta, Giur.It., 1926, Pt. I [1], p. 774; *Foro It.* [1925], I, Col. 584.

Greenham Women against Cruise Missiles v. Reagan Case, 591 F.Supp. 1332 (1984).

Gutierrez vs. Elmilik, Corte de Casación de Florencia, *Foro Italiano* 1886, vol. I p. 913.

Hadamard Trial (United States, 1945).

High Court of Justice, Queen's Bench Division, Thursday 28 October 1998.

Iº Congreso del Partido, (1983) AC 244, 267; 64 ILR, pp 307, 318. Citado Shaw 503

In the Matter of an application for a writ of Habeas Corpus Ad Subjicendum Re: Augusto Pinochet Ugarte And in the Matter of an application for Leave to move for Judicial Review between: The Queen v. Nicholas Evans (Metropolitan Stipendiary Magistrate) Ronald Bartle (Metropolitan Stipendiary Magistrate) The Secretary of State for the Home Department. Ex: Parte Augusto Pinochet Ugarte; Re: Augusto Pinochet, High Court of Justice Queen's Bench Division, Crown Office List, Divisional Court, 38 ILM (1999) p. 70-90.

International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC, 649 F.2d. 1354, 1359; 66 ILR, pp. 413, 418.

Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of the German Major War Criminals, Nuremberg 30th September, and 1st October 1946, Cmd. 6964, Misc. No. 12 (London: H.M.S.O. 1946).

K.K. Osterreichische Finanzministerium vs. Dreyfus, ESB-G, vol. 44, p. 49.

Lotus Case, Permanent Court of International Justice, Ser. A., no. 10, (1972).

Maclaine Watson v. Department of Trade Industry, (1988) 3 WLR 1033; 80 ILR, p. 49.

Maclaine Watson v. Department of Trade Injry, House of Lords, (1989) 3 All ER 523, 544,

Maryland Port Admin. vs I.T.O. Corp. of Baltimore, 40 Md.App. 697, 395 A.2d. 145, 149.

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) (1951-1955), ICJ Reports, 1955.

Oetjen v. Central Leather Co, 246 U.S. 297, 304, 38 S.Ct. 309, 311, 62 L.Ed. 726 (1918).

Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause In Re Pinochet, oral judgment 17 December 1998, Reasons 15 January 1999., www.parliament.the-stationery-office.co.uk.

Procurateur général pres de la Cour de cassation c. Vestwig et autres, Cour de cassation, 5 de febrero de 1946, Rec. Sirey, 1947.

Prosecutor v. Dusko Tadic Case, Tribunal Criminal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Opinion and Judgment of: 7 May 1997..

Questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya V. United States) ICJ, 14 April 1992.

R v. West London Metropolitan Stipendary Magistrate, Ex parte Klahn (1979) 1 WLR 933, 936B, observations of Lord Widgery CJ.

Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Resondent) (On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Respondent), House of Lords, Judgment of 25 November 1998.

Republic of Philippines v. Marcos, 806 F.2d 344 (2d Cir. 1986).

Roumania vs. Pascalet, Tribunal de Marsella, A.D. 1923-24, Caso No. 68.

Sabbatino Case, op.cit.; *First National City Bank of New York v. Banco Nacional de Cuba*,

Saudi Arabia v. Nelson, 123 L.Ed. 2d 47, 61 (1993); 100 ILR.

Schooner Exchange vs. McFaddon 11 US (7Cranch) 116. (1812).

Secretary of State vs. Kamachee Boye Sahaba (1859), 13 Moo. PC 22.

Société anonyme des chemins de fer Liégeois-Luxembourgeois vs. État néerlandais (pasicrisie Belge, 1908, vol. I, p. 294.

The Kingdom of Spain v. Augusto Pinochet Ugarte, Mr. Ronald David Bartle, Metropolitan Magistrate, 8th October, 1999.

The Parliament Belge (1880, 5 P.D. 197)

The Porto Alexandre (1920) p. 30; Ann.Dig. 1919-22 n. 100.

U.S. v. Yunis (No. 2), 681 F.Supp. 896 (1988).

Underhill v. Hernández, 168 US 250, 252, 18 S.Ct. 83, 84, 42 L.Ed. 456, 457 (1897).

United States of America v. Noriega, 746 F.Supp. 1506 (SD Fla 1990).

Visurgis y Sienna, AD 1938-40, caso No. 94.

Zyklon B. Case (United Kingdom, 1946).

➤ Otras Fuentes

Carta del Asesor Jurídico, Jack B. Tate, al Departamento de Justicia, mayo 19 de 1952, 626 Department of State Bulletin, 984 (1952).

Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., grupo establecido por la Resolución 8 del 27 de febrero de 1975.

Comisión Internacional de Juristas, con 42 miembros; Asociación Americana de Juristas.

Conferencia de prensa del Departamento de Estado de E.U.A. del 8 de abril de 1987, State: The Newsletter, May 1987, p. 8.

First Report from the Foreign Affairs Committee, House of Commons, Session 1984-85, The Abuse of Dipolomatic Immunities and Privileges, 12 December 1984, Ref. No. 127 (London: HMSO), paras. 68, 81-83

First Report from the Foreign Affairs Committee, op. cit., para. 85.

InterAmerican Comission on Human Rights Reports No. 36/96 and No. 25/98.

Presidential Proclamation of 24 de noviembre de 1972, in Dept. of State, United States Treaties and Other International Agreements (T.I.A.S.), vol. 23, pp. 3227-28.;

Report of the Secretary General, pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704, May 3rd 1993.

Report to President Truman on the Legal Basis for Trial of War Criminal, Temp. L. Q. 19 (1946)

Reporte del Grupo *Ad hoc* de la ONU para Chile en Derechos Humanos UN Doc. A/31/253, 8 de Octubre de 1976.

The Case of General Pinochet (1998), Amnesty International position on Universal Jurisdiction.

➤ Páginas de Internet

Amnistía Internacional: www.amnisty.org

Corte Internacional de Justicia: www.cij-icj.org

Naciones Unidas: www.un.org

Parlamento Inglés: www.parliament.the-stationery-office.co.uk

Periódico El País: www.elpais.es

Periódico La Tercera: www.latercera.cl

Periódico Reforma www.reforma.com.mx