

# Segundo Comentario al fallo del Tribunal Constitucional respecto de la Corte Penal Internacional

Carlos Carmona Santander<sup>1</sup>

## I. Introducción.

El 2 de abril del año 2002, el Tribunal Constitucional, por cinco votos a uno, acogió un requerimiento presentado contra el Tratado que aprobaba el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El requerimiento había sido formulado el 4 de marzo del mismo año, por diputados de oposición de la UDI y de RN.

El Tratado que aprueba la Corte Penal Internacional había ingresado al Congreso Nacional el 8 de enero del año 1999. La Cámara lo había aprobado, con 62 votos a favor, el 22 de enero de 2002, y se encontraba en análisis en el Senado.

El requerimiento fue el quinto que se presentó en materia de tratados desde 1998 a la fecha<sup>2</sup>.

El Tratado que crea la Corte Penal Internacional había sido aprobado en Roma, en julio del año 1998, con la votación favorable de 120 países y sólo 5 votaciones en contra<sup>3</sup>.

1 Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Universidad Diego Portales, y del Magister de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

2 En efecto, en diciembre de 1998, se impugnó el Décimo Protocolo con Bolivia; el tema discutido era un asunto arancelario. En junio de 1999, se impugnó el tratado de Campos de Hielo Sur. Se discutía un asunto limítrofe. En julio del 2000, se presentó un requerimiento contra el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas. Se discutía la constitucionalidad de algunas de sus cláusulas. En agosto del año 2000, se presentó un requerimiento contra el Tratado Minero con Argentina. Se discutía el quórum de votación y algunos aspectos vinculados a la integración.

De los últimos 10 requerimientos, 5 se refieren a Tratados.

Materia en la que recae	Aylwin	Frei	Lagos
Proyecto de ley	7	17	3
Decreto	5	6	2
Tratado	0	2	3
D.F.L.	0	1	0
Inhabilidad	1	2	0
TOTAL	13	28	8

3 Votaron en contra Estados Unidos, China, India, Israel, Filipinas y Sri Lanka.

El Tratado entró en vigencia internacional en junio de este año. En la actualidad, todos los países latinoamericanos, con la sola excepción de Chile y México, lo han suscrito y ratificado<sup>4</sup>.

## II. La discusión previa.

El requerimiento fue precedido de una larga discusión. A diferencia de otros cuestionamientos ante el Tribunal Constitucional, éste fue largamente anunciado. Dicha discusión tuvo tres escenarios.

En primer lugar, el debate se suscitó en la Comisión de Relaciones Exteriores y de Constitución de la Cámara de Diputados. En ella, una gran cantidad de profesores expresaron su parecer. Algunos se pronunciaron sobre la necesidad de una reforma constitucional; otros, en cambio, sostuvieron que dicha reforma no era necesaria<sup>5</sup>.

4 La situación de los países latinoamericanos, en cuanto a la suscripción y ratificación es, a agosto del año 2002, la siguiente:

País	Firma	Ratificación
Argentina	08.01.1999	08.02.2001
Bolivia	17.07.1998	27.06.2002
Brasil	07.02.2000	20.06.2002
Chile	11.09.1998	
Colombia	10.12.1998	05.08.2002
Costa Rica	07.10.1998	07.06.2001
República Dominicana	08.09.2000	
Ecuador	07.10.1998	05.02.2002
Honduras	07.10.1998	01.07.2002
México	07.09.2000	
Panamá	18.07.1998	21.03.2002
Paraguay	07.10.1998	14.05.2001
Perú	07.12.2000	10.11.2001
Uruguay	19.12.2000	28.06.2002
Venezuela	14.10.1998	07.06.2000

Agradezco a Joaquín Feres la confección de este cuadro.

5 Formularon su parecer los profesores Jaime Harris, Raúl Bertelsen y Ángela Vivanco. Ellos se mostraron partidarios de una reforma constitucional. También fueron escuchados los profesores José Luis Cea, Humberto Nogueira, Francisco Cumplido y Francisco Zúñiga, quienes fueron partidarios que el Tratado no necesitaba reforma constitucional. También intervinieron los profesores Francisco Orrego, Hugo Llanos, Jeannette Irigoin y Natacha Panatt, quienes formularon comentarios sobre puntos específicos al Tratado.

En segundo lugar, el debate se desarrolló en publicaciones académicas. Una gran cantidad de artículos pronunciándose sobre uno o más aspectos del Estatuto fueron publicados antes de la decisión del Tribunal. También las publicaciones adoptaban posiciones encontradas<sup>6</sup>.

En tercer lugar, el debate también se presentó en la Corte Suprema. En efecto, la Cámara de Diputados requirió el informe de ésta, quien lo evacuó el 27 de abril del año 1999. Ahí se originaron tres posiciones. Los Ministros Navas y Rodríguez, admitieron la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del Tratado. Los Ministros Libedinsky, Ortíz, Gálvez, Álvarez, Marín, Yurack y Espejo, sostuvieron que a la Corte no le correspondía intervenir en competencias exclusivas y excluyentes de los poderes colegisladores, como es la aprobación de un Tratado internacional, pero consideraron que había problemas con los fueros procesales. Finalmente, el ex Ministro Dávila y los Ministros Carrasco, Garrido, Benquis, Chaigneau, Tapia y Cury, informaron favorablemente el proyecto.

Este debate previo no dejó indiferente al Tribunal Constitucional. Por una parte, los requirentes citan el planteamiento del profesor Harris y de los profesores Mohor y Varas. La tesis del primero, en el sentido que la Corte Penal Internacional tiene competencia supra nacional, fue acogida por el Tribunal Constitucional. Por la otra, se suma a la tesis de que es necesario, para incorporar el Estatuto de la Corte a nuestro ordenamiento, reformar la Constitución.

El debate también tenía un correlato internacional. La incorporación de la Corte Penal Internacional a los distintos sistemas jurídicos nacionales, había generado intensa reflexión en cada uno de los países acerca de la modalidad concreta en que aquello debía realizarse. Algunos países optaron por la reforma constitucional. Así lo hicieron Francia, Alemania, Portugal, Irlanda, Brasil, Colombia. Otros, en cambio, incorporaron la Corte Penal Internacional sin necesidad de ello. Así procedieron España, Austria, Reino Unido, Italia, Venezuela, Costa Rica, Uruguay, Perú y Argentina.

La discusión internacional también es recogida en el fallo del Tribunal. Este señala que, previo a la aprobación y ratificación del Tratado de Roma, diversos países han tenido que reformar sus Constituciones, como único medio de superar las incompatibilidades que surgen entre dicho Estatuto y éstas últimas. A renglón seguido, el Tribunal Constitucional cita las reformas constitucionales de Francia, Portugal y Luxemburgo<sup>7</sup>.

6 Por ejemplo, Ángela Vivanco Martínez, Informe Constitucional N°2075, 2076, 2079, 2080. Bertelsen, Ratil, Informe Constitucional N°1994. También Salvador Mohor y Paulino Varas, "Corte Penal Internacional: evaluación crítica y cuestiones constitucionales", en XXX Jornadas de Derecho Público, editado por EDEVAL, Valparaíso, 2000, pág. 231-256. En las mismas Jornadas, Nogueira Alcalá, Humberto; "Reflexiones sobre la constitucionalidad del Tratado de Roma, respecto del establecimiento del Tribunal Penal Internacional", pág. 474-510; Muñoz Díaz, Patricio, "Las transferencias de competencias a organismos internacionales", pág. 511-523. También cfr. Revista *Ius et Praxis*, año 6 N°2, 2000, editado por la Universidad de Talca, ponencias de Irigoien, Jeannette, "La Corte Penal Internacional. Diferencias y similitudes con los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda" (pág.401-406); Troncoso Repetto, Claudio; "La Corte Penal Internacional y el Principio de Complementariedad" (pág.407-418); Fuentes, Jimena; "Las inmunidades de jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal Internacional" (pág. 419-426); Gamboa Serazzi, Fernando, "Los elementos que perjudican el adecuado funcionamiento de la Corte Penal Internacional" (pág. 427-434); Bruna, Guillermo; "Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional" (pág. 435-438), y Errázuriz, Maximiano, "El Tribunal Penal Internacional" (pág. 439-444). Además, ver Piddo Gattas, Karen, "Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional a la luz del Derecho Internacional", Tesis, PUC, julio 1999, 90 páginas.

7 Véase considerandos 91 y 92.

### III. La médula de la discusión.

La médula de la discusión ante el Tribunal fue si el Estatuto de la Corte vulneraba o no la Constitución. Sobre eso versaba la objeción de los requirentes y la contestación del Ejecutivo.

Sin embargo, en 17 de los 94 considerandos del fallo, el Tribunal entró a analizar un asunto no controvertido: el rango de los Tratados. En esta parte, el Tribunal estrechó la mayoría de 5 a 1, a 4 a 2.<sup>8</sup>

Para entrar a emitir un pronunciamiento sobre esta materia, el Tribunal expresa dos argumentos<sup>9</sup>. Por un lado, sostiene que el rango de los Tratados está en estrecha relación con el fondo de la controversia sobre el Estatuto de la Corte Penal. Por el otro, supone un argumento que estaría implícito en la contestación del Ejecutivo, señalando que: “en la fundamentación de las observaciones formuladas por el Presidente de la República subyace la idea que el derecho internacional convencional sobre derechos humanos, prevalece sobre la Constitución”.<sup>10</sup>

No obstante la relevancia del pensamiento del Tribunal sobre este último asunto, aquí sólo nos centraremos en la controversia sobre la constitucionalidad del Estatuto.

#### 1. La tesis de los requirentes.<sup>11</sup>

Para los requirentes, en virtud de la soberanía, “el Estado puede darse la organización política y jurídica que prefiera y ningún otro Estado o agrupación de Estados puede interferir en tal proceso (...) La facultad de impartir justicia al interior del Estado deriva precisamente de la calidad de soberano que tiene ese Estado”.<sup>12</sup>

La Corte, a juicio de los requirentes, “no posee una competencia que se activa sólo por un acuerdo entre las partes involucradas en el conflicto. No es tampoco un tribunal creado entre privados para arreglar sus diferencias ni menos uno cuyo objeto sea la solución de controversias entre naciones en cuestiones de límites o comerciales (...) La Corte Penal Internacional, a pesar de señalar en su Estatuto que su competencia es complementaria a la de los tribunales nacionales, en el hecho es un tribunal que, en el conocimiento de los casos que él estime pertinentes, se sobrepone a los tribunales nacionales, pudiendo por sí y ante sí, ordenar las investigaciones que él decida”.<sup>13</sup>

La Corte puede “incluso pasar sobre la autoridad de cosa juzgada, de sentencias dictadas por los tribunales nacionales, y así reabrir procesos ya terminados; puede ordenar la detención de nacionales

8 El Ministro Figueroa no estuvo en esta posición. Argumentó que “nadie ha cuestionado la admisibilidad del requerimiento en cuanto a la potestad de este Tribunal de revisar la constitucionalidad del Tratado en examen. Ahora, la supremacía de la Constitución sobre esta última fuente, es una cuestión que surge cuando el aludido compromiso internacional se incorpora a nuestro derecho interno, para dilucidar –en tal evento y momento– su efectos sobre las normas constitucionales. Dicha cuestión es enteramente ajena a la situación sub-lite, por lo que no resulta útil todo aquel desarrollo argumental”.

9 Véase considerando 60.

10 El subrayado es nuestro.

11 Los requirentes apoyan su razonamiento en la intervención de Jaime Harris, el 20 de julio de 1999, en la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara (ver pág. 9 del requerimiento), y también en el artículo de los de los profesores Mohor y Varas, citado en la nota 6 (ver pág. 14 del requerimiento).

12 Requerimiento, pág. 6.

13 Op.cit. pág. 9.

de una nación, su traslado a la sede de la Corte (...) puede dejar sin efecto leyes de prescripción y de amnistía. Es decir, ella goza de una competencia plena y de una autonomía total. No es, pues, una Corte internacional, sino supra nacional con directa jurisdicción sobre las personas miembros de un país”<sup>14</sup>

De ahí que, concluyen los requirentes, “si autorizamos la creación de esta Corte y le reconocemos potestad en nuestro territorio, sobre las personas de nuestros connacionales, estaríamos abdicando de nuestra soberanía y, en esa medida, perdiendo al menos parte de la condición de nación independiente (...) De ninguna manera puede considerarse la competencia de esta Corte como complementaria, sino como sustitutiva de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia y, además, preponderante aún respecto de la competencia de nuestra Corte Suprema (...) Ello vulnera los artículos 5 inciso primero, 6 inciso primero y 7 incisos primero y segundo de nuestra Constitución.”<sup>15</sup>

## 2. La tesis del Ejecutivo.<sup>16</sup>

El Ejecutivo centró su defensa en el análisis del principio de complementariedad.

En primer lugar, sostuvo que sin la creación de la C.P.I., “la jurisdicción universal para perseguir los crímenes o delitos contra la humanidad, está dispersa, no pertenece ni está radicada en ningún Estado u organismo internacional y, al mismo tiempo, puede ser ejercida por todos o por cualquier Estado. Es decir, la facultad de juzgar los crímenes internacionales no se reconoce como exclusiva ni excluyente de ningún Estado, y a ninguno se le atribuye, internacionalmente, el monopolio de tal jurisdicción, ni preferencia para su ejercicio. La afirmación anterior es totalmente válida -agregó- aún cuando no sea aceptada por todos los Estados, puesto que en los hechos, la tendencia imperante en el orden mundial es a no reconocer primacía, ni preferencia, ni exclusividad a ningún Estado para la persecución y sanción de los delitos sujetos a jurisdicción universal. En cambio, con la creación de la C.P.I., la jurisdicción universal sobre los crímenes comprendidos en el Estatuto de Roma, hoy dispersa y asistémica, quedará depositada o radicada en un sistema internacional unitario en el cual se integran, bajo el principio de la complementariedad, las jurisdicciones penales nacionales y la propia C.P.I.”<sup>17</sup>

En segundo lugar, de dicho razonamiento, el Ejecutivo deduce dos consecuencias o efectos relevantes para los Estados parte. “De un lado, lo que denominamos la dimensión positiva del principio de

14 Op.cit. pág. 10, 13 y 14.

15 Op.cit., pág. 14 y 17

16 La tesis del Ejecutivo se apoya. Kaul, Hans-Peter y Krebs Claus; *Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y compromisos*; en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002. Reiva, Hugo Adrián; *La Jurisdicción Estatal y los Crímenes de Derecho Internacional*; en *Rev. Relaciones Internacionales*, N° 20, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2001, [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org). Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena; *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2001. González Cueva, Eduardo; *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y algunas de sus consecuencias en el ámbito interno*; Universidad Iberoamericana, México, 2000, en [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org). Gómez-Benítez, José Manuel, *La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal: Algunos problemas que plantean las condiciones para el ejercicio de la competencia y la naturaleza preferente de las jurisdicciones nacionales.*, Huelva, España, 2001, en [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org); y Escobar Opazo, José Ignacio; *Tribunal Penal Internacional. Un estudio acerca de la jurisdicción de la Corte*, Memoria de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, 2000.

17 Observaciones del Presidente de la República al requerimiento, pág. 20-21.

complementariedad, esto es, la atribución de competencia para que una jurisdicción penal interna pueda juzgar, preferentemente y de modo exclusivo, los crímenes internacionales sancionados en el Estatuto de la C.P.I., por aplicación de los principios de nacionalidad y/o territorialidad. Esta atribución de competencia preferente quedará así establecida en una norma convencional de derecho internacional y, por ende, no podrá ser discutida o desconocida, como ha ocurrido en la práctica mundial, cuando algún Estado reclama primacía o preferencia para el juzgamiento de estos delitos si se han cometido dentro de su territorio y/o por sus nacionales. Del otro, lo que constituye la expresión negativa de la complementariedad, es decir, el deber que asume cada Estado de perseguir dichos crímenes internacionales conforme a las normas del Tratado, lo que explica y legitima la intervención de la C.P.I., en los supuestos que dicha obligación no sea efectivamente satisfecha por el respectivo Estado, para completar o perfeccionar el ejercicio de la jurisdicción universal”.<sup>18</sup>

Agrega el Ejecutivo, otras tres consecuencias del principio de complementariedad. En primer lugar, que “la C.P.I. no complementa la actividad de los tribunales de un Estado en cuanto a su actividad jurisdiccional interna o estatal, sino en cuanto se integran a un sistema penal internacional y actúan en la persecución de crímenes internacionales fundamentales sujetos a la jurisdicción universal. Esto se ratifica por el propio tenor del artículo 1º del Estatuto, al declarar que la actuación de la C.P.I. tiene carácter complementaria de las jurisdicciones internas únicamente “respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto”. Es decir, la C.P.I. sólo está llamada a complementar la acción de los tribunales estatales en el ejercicio preferente de la jurisdicción universal que el propio Estatuto les confiere. Y ello es así porque es el Tratado el que atribuye competencia a las jurisdicciones estatales respecto de los crímenes internacionales fundamentales que tipifica, para que materialicen la responsabilidad penal internacional que tiene el individuo responsable, ante la sociedad mundial y no sólo la que tenga frente al Estado de su nacionalidad o el Estado en que se cometió el ilícito”.<sup>19</sup>

En segundo lugar, que “el principio de complementariedad supone la integración de las jurisdicciones estatales y de la C.P.I. en una tarea común, cual es la sanción de los crímenes internacionales fundamentales que establece el Estatuto. Para ello, por una parte, otorga y reconoce competencia a los Estados parte para materializar la jurisdicción universal a través de sus jurisdicciones nacionales, y les confiere preferencia y exclusividad para ello, sobre la base de los criterios de nacionalidad y territorialidad. Por la otra, impone a los Estados parte de la obligación de ejercer satisfactoriamente dicha jurisdicción, de modo que su actividad jurisdiccional interna permita la adecuada persecución y sanción de tales crímenes. En conclusión, el concepto de complementariedad que acoge el Estatuto de Roma, supone una competencia compartida entre las jurisdicciones estatales y la C.P.I., para la persecución y sanción de los crímenes internacionales fundamentales que establece el Estatuto. En este sentido, una y otra competencia emanan directamente de la ratificación del Tratado y ambas jurisdicciones son complementarias para la satisfacción de un deber internacional colectivo y común a todos los Estados”.<sup>20</sup>

18 Op.cit. pág. 21.

19 Op.cit. pág. 37.

20 Op.cit. pág. 40.

En tercer lugar, que “el principio de complementariedad también tiene una dimensión negativa en el Estatuto de la C.PI., que se expresa en el deber internacional que asume cada Estado Parte de ejercer satisfactoriamente su jurisdicción estatal para la persecución y sanción de los crímenes allí establecidos, y el de proporcionar la cooperación necesaria para que ese objetivo común se cumpla cabalmente. Esto significa, por una parte, que el derecho de preferencia y exclusividad que se otorga y garantiza a los Estados para materializar la responsabilidad penal internacional a través de sus propias jurisdicciones estatales, cede sólo ante el incumplimiento de la obligación correlativa, que todos los Estados tienen, de cumplir cabalmente tal propósito (...) De otro lado, esa dimensión del principio de complementariedad también alcanza concreción en la obligación de cooperación internacional y asistencia judicial que asumen los Estados parte del Tratado de Roma”.<sup>21</sup>

### *3. La decisión del Tribunal.*

Para el Tribunal Constitucional, la Corte Penal Internacional es, en primer lugar, una jurisdicción correctiva y sustitutiva que transfiere soberanía.

En efecto, en su fallo ha sostenido que “del análisis de diversas normas del Estatuto ‘aparece más bien que la naturaleza jurídica de la jurisdicción que ejerce la Corte Penal Internacional es de carácter correctiva y sustitutiva, supletoria, en determinados casos, de las jurisdicciones nacionales’”.<sup>22</sup> De un estudio de lo sustantivo o esencial de las disposiciones del Estatuto, “resulta evidente que la Corte puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales de los Estados Partes, pudiendo, en consecuencia, decidir en contra de lo obrado por ellos y, en determinadas situaciones, de ausencia real o formal de dichos tribunales nacionales, sustituirlos”.<sup>23</sup> “Es la propia Corte la que resuelve sobre su competencia para conocer de las materias entregadas a su conocimiento y ejerce su jurisdicción en algunas materias de su competencia corrigiendo o sustituyendo la de los Estados Partes”.<sup>24</sup> La jurisdicción de la Corte que se crea, “no necesariamente complementa a aquella de los tribunales de los Estados Partes, sino que, por el contrario, puede en ciertos casos, previstos expresamente por el Estatuto, llegar a revisar resoluciones ejecutoriadas dictadas por tribunales nacionales de los Estados, y sustituirlas”.<sup>25</sup> A mayor abundamiento, y en relación con la jurisdicción correctiva, “la Corte Penal Internacional actuará cuando los sistemas judiciales estatales, competentes, básicamente en razón del principio clásico de territorialidad, no pudieran o no quisieran hacerlo o, incluso, cuando los procedimientos seguidos no sean considerados genuinos”.<sup>26</sup>

En segundo lugar, para el Tribunal la Corte Penal Internacional es un órgano no reconocido por la Constitución. “El Estatuto de la Corte Penal Internacional, al establecer una jurisdicción que puede ser correctiva y sustitutiva de las nacionales, más que complementar a éstas, está prorrogando a una jurisdicción nueva, no contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile, lo que importa, por ende, una transferencia de

21 Op.cit. pág. 43.

22 C. 23.

23 C. 24.

24 C. 28.

25 C. 29.

26 C. 30.

soberanía que, por no estar autorizada en nuestra Carta Política, vulnera en su esencia el artículo 5º, inciso primero, de la Constitución”.<sup>27</sup> A la Corte Penal Internacional, el Tratado, precisamente, “le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional, para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad. Las materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables por lo cual, para que Chile reconozca la jurisdicción de tribunales supranacionales, deberá incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno”.<sup>28</sup>

#### IV. Comentarios.

1. En primer lugar, en este fallo el Tribunal deja de lado los parámetros de análisis de constitucionalidad de los Tratados que había diseñado con ocasión del requerimiento en contra del Convenio 169 de la OIT.

Estos criterios eran los siguientes: la presunción de constitucionalidad; la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad de un Tratado; las cláusulas de salvaguardias propias del Tratado; si sus preceptos son o no conciliables o compatibles con el derecho nacional; si hay o no normas semejantes en el derecho interno, y la interpretación que de sus cláusulas haga el Presidente de la República.<sup>29</sup>

En aquella oportunidad, el Tribunal sentó todas estas variables para someter a análisis de constitucionalidad el Tratado en cuestión. En cambio, frente al Tratado de Roma no utilizó ninguno de estos elementos.

Es más, en varios considerandos, el Tribunal parece fundarse únicamente en el examen de los preceptos del Estatuto. Así señala: “del análisis de diversas normas del Estatuto”<sup>30</sup>; “de un estudio de lo sustantivo o esencial de las disposiciones”<sup>31</sup>; “de un examen exhaustivo del Estatuto”<sup>32</sup>. No obstante el anuncio de análisis, luego el Tribunal sólo se limita a transcribir los preceptos correspondientes.

En este sentido, el fallo constituye un retroceso respecto de sus precedentes. El diseño de criterios de análisis de constitucionalidad permite sofisticar el razonamiento jurídico, mejorar la calidad de la discusión constitucional y aplicar, con rigor metodológico, los criterios resolutivos a otras situaciones.

2. El fallo no opta por un esfuerzo interpretativo de conciliación entre el Tratado y la Constitución. Más bien parece estar orientado a establecer la absoluta imposibilidad de armonización entre sus preceptos y la Carta Fundamental.

27 C. 31.

28 C. 45.

29 Sobre el punto, Carmona Santander, Carlos; Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas, en *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Ediciones Fundación, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, pág. 144 y siguientes.

30 C. 23.

31 C. 24.

32 C. 28.

Ello se demuestra, porque cita expresamente las fórmulas de reforma constitucional que han empleado otros países para incorporar el Estatuto a su ordenamiento jurídico, como Francia, Portugal y Luxemburgo y, en cambio, no menciona que otros países, en vez de la reforma, emplearon un criterio interpretativo de armonización entre sus Constituciones y el Estatuto.

El asunto se expresa más nítidamente si se contrasta, en primer lugar, el voto de mayoría con el de minoría. Este último, a diferencia del criterio empleado por la mayoría, se plantea derechamente el dilema de que la interpretación verdadera de la Constitución se logra cuando se considera a ésta, no como el ancla que mantiene quieto el barco, sino como las velas que impulsan su navegación.<sup>33</sup>

En segundo lugar, se expresa cuando el Tribunal realiza la interpretación del rango de los Tratados. En efecto, cuando afirma que no están por sobre la Constitución ni tienen rango constitucional, el Tribunal realiza un esfuerzo interpretativo tendiente a demostrar su punto, sacando incluso las consecuencias de su razonamiento.<sup>34</sup> En cambio, cuando analiza el Estatuto de la Corte, no muestra esa misma voluntad interpretativa.

El Tribunal Constitucional realiza un esfuerzo interpretativo centrado en las normas del Tratado. Efectúa un “juicio de legalidad” antes de formular su juicio de constitucionalidad.<sup>35</sup> Este último es muy simple: cualquier alteración de la soberanía jurisdiccional implica una reforma constitucional. Sin embargo, para declarar inconstitucional el Estatuto, tuvo que realizar previamente una apreciación sobre el sentido y alcance de los preceptos de aquél. Es en este juicio donde el Tribunal opta por dar un criterio y desechar otro. Específicamente opta por dar a la Corte Penal Internacional un sobre poder. Es, entonces, en este juicio de legalidad donde el Tribunal decide la controversia.

Dicho de otra forma, si el Tribunal hubiera interpretado el principio de complementariedad que consagra el Estatuto de la Corte de otra forma a como lo hizo, podría haber conciliado sus mandatos con la Constitución.

El Tribunal prefigura su decisión con la interpretación que da al Estatuto.

Este es un caso en que el juicio de legalidad es más importante que el juicio de constitucionalidad.

En definitiva, entre el enfoque interpretativo y el enfoque modificadorio, el Tribunal opta por este último y construye un razonamiento en tal sentido.<sup>36</sup>

33 C. Noveno del voto de minoría.

34 Las consecuencias que saca el Tribunal son dos. Por un lado, es necesario una reforma constitucional previa para que el Tratado se incorpore al ordenamiento jurídico si un Tratado contiene normas contrarias a la Constitución (C. 74). Por la otra, el Tratado tiene prevalencia respecto del resto del ordenamiento subconstitucional (C. 75, 76).

35 La doctrina distingue claramente el juicio de legalidad del juicio de constitucionalidad. Mediante el primero, la decisión se obtiene a partir de los criterios y contenidos de normas con rango de ley. Según el segundo, el juez constitucional da una decisión fundada sólo en los propios preceptos constitucionales. Ello no obsta a que, en ciertas circunstancias, utilice la legalidad vigente como elemento orientador de su decisión. Pero el juez constitucional no puede resolver un asunto sometido a su conocimiento, como supremo intérprete de la Constitución, en base a una norma legal. Sobre el punto Carrasco Perera, Angel; *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, Rev. Española de Derecho Constitucional, año 4, N°11, mayo-agosto 1984, pág. 68 y ss. También el Tribunal Constitucional ha hecho el distingo; por ejemplo, STC rol 253, 254, 260.

36 Sobre estos enfoques véase: Rigitte Suhr y Helen Duffy, *El Debate sobre la compatibilidad constitucional de la CPI*, en el sitio Internet de la Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional (ICC); Roldán Martín, Aurea, *Cuestiones de alcance constitucional en la ratificación del Estatuto de Roma*, Madrid, 22-05-2000, pág. 15, en el mismo sitio Internet. Dicho sitio tiene la siguiente dirección: [www.iccnw.org/espanol/articulos.htm](http://www.iccnw.org/espanol/articulos.htm).

3. Por otra parte, el Tribunal realiza la interpretación más pro Corte que se pueda considerar. En efecto, cuando sostiene que la Corte Penal Internacional tiene carácter correctivo y sustitutivo de las decisiones de los tribunales nacionales, ello le permite declarar la inconstitucionalidad del Estatuto, pero al mismo tiempo, con esa interpretación le confiere un poder innecesario a la Corte.

En su alegato, el Ejecutivo trató de conciliar el principio de cooperación con las competencias de los tribunales nacionales. El Estatuto atribuye competencias a los tribunales nacionales para perseguir los crímenes contra la humanidad. Con ello, se termina el principio de persecución universal contra esos delitos. Como contrapartida, exige procesos serios y justos. Con el Estatuto de la Corte, los tribunales pasan a formar parte de un sistema jurisdiccional internacional. El Tribunal, en cambio, hace primar las potestades de la Corte.

El punto es, entonces, que aquello que sirvió para declarar la inconstitucionalidad del Estatuto, no necesariamente servirá en el futuro para establecer un sano equilibrio entre las potestades internas y las de la Corte Penal Internacional.

El Tribunal sostiene que de “un estudio de lo sustantivo o esencial de las disposiciones del Estatuto que se transcriben a continuación, resulta evidente que la Corte puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales de los Estados Partes, pudiendo, en consecuencia, decidir en contra de lo obrado por ellos y, en determinadas situaciones, de ausencia real o formal de dichos tribunales nacionales, sustituirlos”.<sup>37</sup>

Detrás de esta afirmación se encuentra la discusión sobre el artículo 20 del Estatuto. Este permite que la Corte intervenga no obstante existir un fallo de un tribunal nacional, pero sólo en situaciones excepcionales vinculadas al fraude procesal, a la ausencia de independencia, imparcialidad o garantías procesales.<sup>38</sup>

Sin embargo, cabe señalar que dicha norma no es del todo ajena a nuestro ordenamiento nacional. En efecto, el artículo 13 del Código Procesal Penal<sup>39</sup> permite que los tribunales chilenos desconozcan el fallo de un tribunal extranjero si el juzgamiento hubiere sido a propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales, o el proceso se hubiere llevado sin garantías.

37 C. 24.

38 El artículo 20 del Estatuto de la Corte establece lo siguiente: “1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8, a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

39 El artículo 13, inciso primero del Código Procesal Penal establece: “Efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros. Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo a la ley al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer el individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente.”

Además, la posibilidad que la Corte tiene de ejercer esta facultad está sujeta a estrictas normas de admisibilidad reguladas en los artículos 17 y 20 del Estatuto. Ello implica que los eventuales vicios deben, en cada caso, demostrarse fehacientemente. Estos vicios tienen que ver con la ausencia o falta de elementos esenciales del proceso.

Cuando el Tribunal sostiene que la Corte puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales, realiza una interpretación a favor de las competencias de este organismo más allá de todo lo razonable, especialmente porque podían haberse armonizado o conciliado con nuestro ordenamiento, interpretación que puede ser invocada en el futuro si se suscita un conflicto entre nuestros tribunales y la Corte Penal Internacional.

4. Con este fallo, el Tribunal abre una nueva fórmula o procedimiento de incorporación de los Tratados al ordenamiento jurídico nacional.

De acuerdo a la Constitución, si un Tratado abarca materias propias de ley, requiere que el Presidente de la República lo envíe al Congreso para su aprobación y posterior ratificación. Si el Tratado no abarca dichas materias, el Presidente puede proceder a través de la potestad reglamentaria con que está dotado.<sup>40</sup>

Después de esta sentencia, habrá que entender que el Tribunal creó un tercer procedimiento para la recepción del derecho internacional: el de reforma constitucional.

Sin embargo, ello complejiza el procedimiento diseñado en la Constitución. En efecto, la Constitución distingue el procedimiento para incorporar un tratado al orden jurídico interno, del procedimiento para reformar la Constitución. El primero lo regula en el artículo 50; el segundo en el Capítulo 14. En uno se ejerce el poder legislativo, en el otro, el constituyente. Tienen quórum y trámites distintos.

La Constitución no condiciona ni vincula ambos procedimientos. Es decir, puede haber una reforma constitucional sin que previamente haya una aprobación de un tratado, así como puede haber una aprobación de un tratado sin previa reforma constitucional.

Si una reforma constitucional se condicionara a la aprobación de un tratado, se alteraría la naturaleza de norma superior de la Carta Fundamental. Si un tratado, por su parte, se aprobara bajo la condición de una reforma constitucional posterior, se limitaría el poder constituyente derivado. Además, la aprobación de un tratado es un acto simple, no condicionado.

Detrás de este distingo fundamental existen dos razones. Por una parte, el proceso de elaboración de una reforma implica la posibilidad de cambiar su contenido durante su tramitación; en cambio, en los tratados, ello no es posible: estos se aprueban o rechazan.

Ello originará enormes dificultades para adecuar el texto de la Reforma al Tratado. La reforma constitucional implica ejercicio de ajustes, cambios, consensos; no así el Tratado, que se aprueba o rechaza.

40 Artículo 50 de la Constitución.

Por otra parte, la Constitución distingue entre la aprobación de un tratado y la adecuación de la legislación interna que ello puede implicar. Las incompatibilidades que pueda tener un tratado con la legislación interna, no suspenden su aprobación hasta que se materialicen las adecuaciones correspondientes. Con este nuevo proceso de incorporación, al implicar una reforma constitucional, se separarán definitivamente ambos procesos. La vigencia de la reforma y su fuerza normativa incontrarrestable, haría innecesario los ajustes legales posteriores.

5. El Tribunal invoca como razón fundamental para la declaración de inconstitucionalidad, el que la Corte Penal Internacional afecta la soberanía de nuestro país. La soberanía es elevada a una cuestión de principios.

En efecto, para el Tribunal, la Corte Penal Internacional tiene “facultades jurisdiccionales que se sobreponen a las resoluciones de los tribunales nacionales de los Estados Partes.” La naturaleza jurídica de dicha jurisdicción atenta “contra el principio de “soberanía nacional” establecido en el artículo 5º, del capítulo Primero de nuestra Constitución.” En concepto del Tribunal, las funciones y atribuciones que la Constitución entrega a las autoridades constituye la forma en que la soberanía se manifiesta y se hace realidad. Entre las distintas funciones públicas entregadas por la Constitución a las autoridades que ella establece, está la función jurisdiccional. Como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. La Corte Penal es una autoridad no establecida por nuestra Carta, lo cual la hace entrar en frontal colisión con ella.<sup>41</sup>

Detrás de este argumento del Tribunal, destaca la afirmación de que la Corte no está establecida en la Carta Fundamental. Esa afirmación, por sí misma, no transforma a dicho órgano en inconstitucional. Desde luego, porque son variados los órganos no establecidos en la Constitución. En esta categoría se encuentran todos aquellos de configuración legal, como los servicios públicos. Además, la Corte es un órgano internacional. Desde esa perspectiva, no necesita ni podría estar consagrado en la Constitución; más todavía, si recién se incorporó al mundo del derecho internacional en el año 1998. Para estos órganos, la propia Constitución establece su mecanismo de incorporación al ordenamiento jurídico interno y, por esa vía, el procedimiento de reconocimiento del mismo.

El punto es que la Constitución regula el procedimiento mediante el cual el Estado ejerce su soberanía en materia internacional. En efecto, el Presidente de la República y el Congreso son autoridades (órganos) establecidos y regulados por la Constitución, de aquellos a los que se refiere el artículo 5º y a los que la Constitución entrega potestades (art. 7º). Además, la Constitución entrega al Presidente de la República la facultad de conducir las relaciones internacionales, y negociar, celebrar y ratificar los Tratados que estime convenientes para los intereses del país (art. 32 N°17), y al Congreso, la de aprobar o rechazar los Tratados que el Presidente de la República le presente (Art. 50). De este modo, cuando el Presidente de la República y el Congreso ejercen dichas potestades en la forma que la Constitución y la ley prescriben, esas autoridades u órganos actúan válidamente (art. 7º) y ejercen soberanía legítimamente (art. N°5º). Por lo mismo, el Tratado a que dan origen, es una norma

41 C. 34, 35, 41, 42, 45.

dictada conforme a la Constitución (art. 6º), que obliga a todos los órganos del Estado.<sup>42</sup> En tal sentido, la aprobación del tratado es ejercicio de soberanía.

En el contexto descrito, queda subsistente el alegato del Tribunal en el sentido que la Corte Penal Internacional implica cesión de soberanía. Sin embargo, también existe una interpretación contraria. En efecto, si hoy en día existe competencia para que cualquier jurisdicción penal nacional o estatal pueda perseguir y sancionar delitos internacionales fundamentales, ésta sólo emana del principio de universalidad o de jurisdicción universal y no de las soberanías internas de los Estados. Es por ello que, “lejos de haber una cesión o renuncia de soberanía jurisdiccional, lo que hay en el Tratado de la C.P.I. es una ampliación de la competencia de los tribunales nacionales para conocer y sancionar, de modo preferente y excluyente, los delitos internacionales cometidos por chilenos y/o dentro del territorio nacional. La jurisdicción y competencia a la C.P.I. nacen, no por transferencia de potestades propias de la soberanía nacional de los Estados parte, sino por medio de una directa atribución que éstos efectúan, en virtud de su capacidad como sujetos de derecho internacional, mediante un acto que es propio de la soberanía externa de cada uno de ellos.”<sup>43 44</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, todavía subsiste un punto adicional, en el que coincidieron el Ejecutivo y el Ministro Libedinsky en su voto de minoría: la Constitución se estructura no sobre el poder o la soberanía, sino sobre la persona. El poder del Estado, en efecto, debe ejercerse para servir a la persona humana. Ello se traduce, entre otros aspectos, en el deber de todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (Art. N°5º). El Estado es un ente que sirve, no sólo uno que manda.

El artículo 5º de la Constitución debe ser interpretado armónicamente con su artículo 1º. Dicha relación supone, “por un lado, que el Estado se abstenga de ejercer los poderes soberanos que se le han atribuido para atentar o desconocer los derechos de las personas y, por el otro, que ejercite dichos poderes activamente, para favorecer, desarrollar, promover y garantizar el respeto y protección de tales derechos. Sólo de esta forma alcanzan verdadera concreción los mandatos de servicio a la persona humana, y respeto y promoción de los derechos de ésta. Lo que la Constitución manda no es sólo que el Estado se contente con no violar los derechos de las personas, por algunos de sus órganos, sino que lo obliga a promoverlos, esto es, a establecer las condiciones necesarias para que tales derechos efectivamente puedan ser respetados por la comunidad nacional, sea a través de crear condiciones para el desarrollo de las personas, sea estableciendo eficaces remedios jurisdiccionales para desincentivar y/o reprimir sus violaciones... En consecuencia, un Estado que no impulsa y adopta medidas efectivas para

42 Cfr Escrito de contestación del Presidente de la República, pág. 61.

43 Op.cit. pág.60.

44 El Ministro Libedinsky sostuvo sobre este punto lo siguiente: “La Corte, en consecuencia, no sustituye a los tribunales nacionales ni se convierte en una instancia de apelación de sus resoluciones. Tanto es así, que el párrafo 6 del antes mencionado Preámbulo, señala que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. De allí que, no obstante el establecimiento de la Corte, serán los sistemas penales nacionales los llamados prioritariamente a conocer y sancionar las conductas constitutivas de delitos de competencia de los mismos. Por consiguiente, en la medida en que el sistema judicial de un Estado se atenga a las normas internacionales y sancione real y efectivamente a los autores de los delitos dentro de su competencia, ésta no debería inmiscuirse en el funcionamiento de esos tribunales nacionales, ni cuestionar sus procedimientos. Para ese Estado, la creación del referido Tribunal Internacional, no debería implicar ningún tipo de efecto en el funcionamiento de sus propios tribunales, salvo tratándose de solicitudes de asistencia que les pueda dirigir la Corte.” (C. 5º).

prevenir y castigar las violaciones a los derechos humanos, está incumpliendo el imperativo constitucional de los artículos 1º y 5º. No ejercer los poderes soberanos para lograr una efectiva protección de los derechos de las personas, anteponiendo el propio poder estatal a esos derechos, implica trastocar la finalidad de Estado, dejar de servir a la persona, abdicar del mandato esencial que emana de la Nación soberana y, en fin, constituye un directo atentado contra los derechos de las personas, en la medida que los privará de una protección y garantía que el Estado está obligado a proporcionar”.<sup>45</sup> 46

En el mismo sentido se expresó el Ministro Libedinsky respecto del artículo 5º inciso segundo de la Constitución, al preguntarse: “¿Frente al tenor categórico de esta cláusula, podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”? En otras palabras, ¿es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?”.<sup>47</sup>

6. Independiente del conflicto específico entre el Estatuto de la Corte y la Constitución, lo que ha quedado de manifiesto es que nuestro sistema de relaciones institucionales comienza a ponerse en juego dramáticamente, en todo lo relativo a los Tratados. No es casualidad que de los últimos 10 requerimientos ante el Tribunal Constitucional, 5 tengan que ver con Tratados<sup>48</sup>, ni que el Parlamento se queje de falta de atribuciones a la hora de aprobar tratados.

Sin embargo, estos conflictos no pueden poner en entredicho la conducción de las relaciones internacionales. Por ello, para nadie debiera ser irrelevante el que nuestro país haya pasado de tener liderazgo en la preparación y discusión del Estatuto de la Corte, a ser el único país en Latinoamérica, junto a México, que no lo ha ratificado.

45 *Ibidem* pág. 53, 54, 55.

46 El Ejecutivo agregó lo siguiente al respecto: “El Tratado de Roma constituye una efectiva medida de protección de la persona y sus derechos esenciales, por varias razones. En primer término, porque supone una expresa condena por parte de la comunidad internacional para los crímenes internacionales fundamentales descritos en el Estatuto. Si el Estado chileno no aprueba y ratifica este instrumento internacional, se está negando a incorporar esa condena penal al ordenamiento nacional y, por ende, tácitamente estará desconociendo la ilicitud que internacionalmente se atribuye a esas conductas. En segundo término, porque constituye un efectivo mecanismo para la persecución y sanción de tales delitos en el mundo, que garantiza la materialización de la responsabilidad penal que todo individuo tiene frente a la sociedad mundial, por crímenes que atentan contra los valores esenciales que permiten su sustentabilidad y permanencia. Negarse a la aprobación del Tratado implica, entonces, renunciar a la posibilidad de proveer a los nacionales chilenos y al propio Estado chileno, de un mecanismo que garantiza la sanción de tales horrendos crímenes. En tercer término, porque permite que los tribunales chilenos adquieran una competencia preferente y excluyente para conocer y sancionar dichos ilícitos internacionales, cuando éstos sean cometidos por nacionales o dentro del territorio nacional. No aprobar el Estatuto significa que el Estado de Chile abdica de esta posibilidad, excluyéndose de adquirir, para sus jurisdicciones nacionales, la competencia preferente para materializar la responsabilidad penal internacional. En cuarto lugar, porque integra en un sistema penal internacional, a las jurisdicciones estatales y a la C.P.I., de modo que las primeras se hacen de un complemento para asegurar que, en caso de su incapacidad o imposibilidad material para efectuar el juzgamiento, los delitos internacionales más graves no quedarán impunes. Excluirse de este Estatuto implica que el Estado de Chile no se provea de un complemento indispensable para garantizar la sanción de los delitos internacionales allí previstos y que en el caso de no poder ejercer cabalmente la jurisdicción penal interna, opta por la impunidad de los responsables de aquellos.” (pág. 55 y 56).

47 C. 9º del voto de minoría.

48 Ver nota 2.