

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES

Arturo Fermandois V.
Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

El tema del Tribunal Penal Internacional emanado del Tratado de Roma de 1998 tiene vinculaciones con disciplinas jurídicas en la que no somos versados, las que afortunadamente no creemos relevantes para referirnos a las implicancias constitucionales de este órgano jurisdiccional.

En este sentido, debo obviamente confesar que no soy penalista; me es difícil calificar si el Estatuto del Tribunal o Corte Penal Internacional, en adelante TPI o CPI, es más o menos perfecto como norma típica, como código penal internacional humanitario, en términos de su valor de represión, disuasión u otro parámetro criminal; no soy internacionalista: no somos aptos para evaluar si el Tratado de Roma es un modelo desde la perspectiva internacional, un avance como instrumento multilateral de integración; por último: no soy un diplomático, no trabajo en el servicio exterior, y por lo tanto no estoy a cargo de diseñar y materializar objetivos de política exterior.

Este es solamente un *análisis constitucional* sobre las implicancias del TPI, del Tratado de Roma de 1998 que lo crea y del Estatuto por el que se rige, todo bajo el prisma del Derecho Constitucional chileno.

Una segunda aclaración útil consiste en constatar que hoy existe un escenario diametralmente opuesto al existente hasta el 8 de abril de 2002, fecha en la que el Tribunal Constitucional pronunció su fallo rol N° 346. Este dictamen exigió la reforma de la Carta Fundamental como requisito previo para la aprobación del Tratado de Roma de 1998.

Finalmente, una confesión: participamos activamente en la redacción del requerimiento y en el informe en derecho que se acompañó a los autos rol. N° 346, los que nos ubica desde un comienzo en la situación que de ello se desprende. Ello no nos exime, evidentemente, de los esfuerzos de objetividad a los que estamos llamados en este trabajo.

De consiguiente, el tema de las implicancias constitucionales del TPI es indisoluble de la sentencia rol N° 346 del Tribunal Constitucional, porque esta cerró una larga disputa en doctrina constitucional que tuvo a esta Corte en su epicentro jurídico, pero también abrió desafíos tan relevantes e inciertos como los que resolvió.

De ello nos ocuparemos en las siguientes páginas.

1. IMPLICANCIAS DEL TPI. SUMARIO

Vamos a proponer tres clases de consecuencias o implicancias del TPI:

En primer lugar, creemos que el TPI y el subsecuente fallo referido pone fin a la aguda incerteza en materia de Tratados Internacionales, vigente hasta antes del TPI y fallo rol 246:

- i. tanto en relación a jerarquía normativa y recepción en el derecho interno;
- ii. cuanto a su naturaleza jurídica (por oposición a su naturaleza política);

A continuación, nos parece que el TPI convoca una amplia reforma constitucional, en materia de:

- i. Bases de la Institucionalidad: Integración supranacional futura;
- ii. Tribunal Constitucional: control de constitucionalidad de los tratados.

Y finalmente, agregaremos una reflexión propositiva: nos parece que el capítulo del TPI produce una tercera consecuencia, a nuestro juicio trascendental para el Derecho Constitucional, consistente en que permite confrontar dos Escuelas de Constitucionalismo: una real y otra hipotética.

2. INTRODUCCIÓN

Como anunciamos en un comienzo, el Tribunal Penal Internacional o Corte Penal Internacional es un capítulo sabroso en la historia de la doctrina constitucional chilena. Son elementos de esta expectante situación una polémica doctrinaria, un tratado internacional de vanguardia y un fallo preciso y contundente del Tribunal Constitucional que declara una inconstitucionalidad.

En cuanto al primer elemento, es obvio que el TPI se ubica en el medio de la disputa doctrinaria más controversial y académicamente prolífica que ha producido el Derecho Constitucional en los últimos 15 años¹. Bastó que la reforma de 17 de agosto de 1989 agregara una frase al artículo 5° inciso segundo de nuestro Código Máximo, para que la academia encendiera sus discrepancias. El tema debatido, en lo inmediato solía ser reducido a la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento chileno, pero las diferencias revelaban algo más profundo: apreciaciones sobre noción de soberanía, conveniencia de la convergencia supranacional y otros objetivos más difusos.

Desde los trabajos de Humberto Nogueira en 1993 en la Revista *Chilena de Derecho*², hasta los informes que recibió la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara al tratar el tema del TPI en 2001, pasando por la famosa polémica de prensa Rodríguez-Etcheberry en 1994-1995³, la doctrina se trabó en una formidable litis dogmática inédita desde la plena vigencia de la Carta de 1980.

Un segundo elemento que agregó interés al caso fue la naturaleza vanguardista del Tratado de Roma y del órgano que por él se estaba creando. Nos ocuparemos de este elemento en el siguiente acápite relativo a los antecedentes del Estatuto del TPI.

Finalmente, el fallo rol N° 346 del Tribunal Constitucional agregó un tercer elemento de atracción para nuestro tema. Una sentencia no es noticia ni produce impacto si rechaza un

¹ Bástenos recordar solamente la gran cantidad de artículos escritos respecto del tema, así como de las publicaciones que exclusivamente aluden a este candente tema constitucional; solamente por nombrar algunos aquí: la Revista Chilena de Derecho, Volumen 20 del año 1996; el "Cuaderno de Análisis Jurídico" N° 6 de la Universidad Diego Portales; la revista "Ius y praxis" de la Universidad de Talca, del año 2001, en un trabajo bastante extenso y, últimamente el excelente recuento doctrinario que efectuó la Revista "Actualidad Jurídica" N° 6 de la Universidad del Desarrollo, publicado el año en curso.

² Nogueira Alcalá, Humberto, "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Revista Chilena de Derecho, vol. 20, págs. 881 y ss., año 1993.

³ Esta polémica jurídica se produjo a través de las páginas del diario *El Mercurio* de fechas 12 de octubre de 1994 ("*Hermetismo Constitucional*" de Pablo Rodríguez); 26 de noviembre de 1994 ("*Aporía Constitucional*" de Alfredo Etcheberry); 10 de diciembre de 1994 ("*Sobre el Hermetismo Constitucional*" de Pablo Rodríguez); 22 de enero de 1995 ("*¿Una Soberanía Bifronte*" de Alfredo Etcheberry); 20 de febrero de 1995 ("*Soberanía transferida*" de Pablo Rodríguez); 28 de marzo de 1995 ("*Soberanía, Constitución y Tratado*" de Alfredo Etcheberry); y 11 de abril del mismo año ("*Supremacía Constitucional*" de Pablo Rodríguez). Para una sistematización de las ideas del profesor Pablo Rodríguez, ver *El Tratado Internacional frente a la Constitución y a la ley*, revista "Actualidad Jurídica" Año I N° 1, año 2000.

requerimiento en materia de tratados internacionales. Así ocurrió cuando el Tribunal rechazó el requerimiento deducido contra el Convenio N° 269 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes⁴. La trascendencia constitucional de ese pronunciamiento fue enorme, pero el Tratado sobrevivió y ello le restó el impacto doctrinario que se merecía. Aquí, el fallo acogió el requerimiento, y ello despertó el interés público sobre el tema debatido. Un fallo que declara inconstitucionalidades es siempre una advertencia al Poder Legislativo, a los órganos colegisladores, lo que lo hace intrínsecamente interesante.

3. ANTECEDENTES. EL ESTATUTO DEL TPI Y EL FALLO ROL 346 DEL TC

Al enumerar los antecedentes del Estatuto del TPI y del fallo rol 346 del Tribunal Constitucional, ingresaremos directamente a los elementos de la polémica.

3.1 *Naturaleza jurídica inédita del TPI:*

Un primer antecedente en el cual detenerse es la naturaleza jurídica del TPI. Esta es la primera señal de advertencia que señalamos al Tribunal Constitucional, en adelante TC. La afirmación es la siguiente: el TPI no es un tribunal internacional clásico, sino muy distinto, al menos bajo dos parámetros: en cuanto a los destinatarios del imperio jurisdiccional; y en cuanto al objetivo inmediato del tribunal (represión y no promoción de derechos).

3.1.1 *Creación de un tribunal internacional por un tratado*

Es evidente que un tratado internacional puede crear una Corte de Justicia. Un tratado así suscrito deberá ratificarse según los mecanismos de aprobación de una ley, según reza el artículo 50 N° 1 de la Constitución.

Son muchos los tribunales que se han creado por la vía del tratado. Empero, debemos inmediatamente advertir que todos ellos son de naturaleza diversa a la CPI. Por ejemplo, abordemos dos casos paradigmáticos: el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el de la Corte Internacional de Justicia.

Decíamos entonces que ambas cortes se distinguen de la Corte Penal Internacional en dos aspectos: a) en cuanto a quienes son los destinatarios del imperio de sus sentencias; y b) en cuanto a su objetivo final de su existencia, en un caso promotor de los derechos humanos, y en el otro sancionador de delitos graves. En cuanto a lo primero, como el mismo Director Jurídico de la Cancillería admitía, en el caso del TPI "...no estamos hablando de la responsabilidad internacional del Estado, sino de la responsabilidad penal de una persona de carne y hueso que es sujeto de un procedimiento penal, ante una instancia internacional, no ante los tribunales de su propio Estado..."⁵.

⁴ Sentencia rol N° 309, de 4 de agosto de 2000. Aquel fallo, pese al reconocimiento que le hemos hecho siempre, en cuanto fija claramente las normas relativas a los quórum para la votación en el Congreso Nacional respecto de los tratados internacionales, no fue lo suficientemente claro, en cuanto distinguía la aplicabilidad de los tratados internacionales de acuerdo si eran normas *Self Executing* o *Non Self Executing*. Las primeras eran disposiciones de carácter autoejecutables y las segundas de tipo meramente programático. El Tribunal determinó que solamente respecto de las primeras cabía efectuar control de la constitucionalidad, pero respecto de las segundas se requería de una ley que las hiciera ejecutable para poder determinar si se ajustaba o no plenamente a la Constitución. Ello llevaría a una situación en la que podrían convivir dentro de un mismo ordenamiento, cuya cúspide es la Constitución Política, normas que se ajusten a ella y normas que no se ajusten a ella, aunque estas sean puramente programáticas. Ello abrió una brecha doctrinaria sumamente compleja y peligrosa. Pese a lo anterior, no podemos dejar de destacar la importancia de este rol N° 309, en cuanto fijó las bases para determinar los quórum de aprobación de los tratados internacionales, terminado con una controversia jurídica que permaneció en nuestras aulas y tribunales por casi diez años. Para mayor abundamiento dirigirse a Teodoro Ribera Neumann, *Incorporación del Derecho Internacional al Ordenamiento Jurídico Chileno*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, N° 5, Santiago, año 1995.

⁵ Troncoso Repetto, Claudio, "La Corte Penal Internacional y el Principio de la Complementariedad", en revista "Ius et Praxis", Universidad de Talca, 2001, p. 407.

Exactamente este es el elemento constitucional que hace necesario prestar estricta atención a la CPI, como veremos.

3.1.2 *Destinatarios del imperio jurisdiccional*

Como propusimos al TC –y este lo recogió en sus considerandos–, todos los tribunales internacionales creados anteriormente por tratados internacionales son distintos a la CPI.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica”, puesto en vigencia en Chile por Decreto Supremo N° 873 (RREE, D. Of., 5 de enero de 1991), respeta íntegramente la naturaleza soberana de los Estados miembros del tratado.

Así, el artículo 61 N° 1 del Pacto dispone que “*solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte*”. Las partes del proceso son siempre los Estados Partes, y las sentencias de la Corte se cumplen por intermedio de los Estados Partes, y porque esa es la voluntad de los Estados Partes. El artículo 68 N° 1 del pacto dispone que “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”.

Es decir, son sujetos del imperio jurisdiccional de la Corte Interamericana los Estados Partes del Pacto; está expresamente previsto que la ejecución de lo juzgado se canalice por la vía del Estado, exigiendo su consentimiento para ello en el mismo tratado (art. 68 N° 1), y se materializarán sea modificando su legislación, disponiendo indemnizaciones, liberando al detenido, etc.⁶.

La Corte Internacional de Justicia sigue la misma lógica. Establecida por la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 34 N° 1 de su estatuto regla: “*Solo los Estados podrán ser partes ante la Corte*”. Y luego, el artículo 59 dispone: “*La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido*”.

Ambas Cortes han podido ser ingresadas al sistema jurídico nacional por medio de tratados, y sin mediar reformas constitucionales. Ello porque los destinatarios del imperio de sus dictámenes son los propios Estados, quienes, en su soberanía, harán descansar el cumplimiento o incumplimiento de lo fallado. Hay así pleno resguardo de lo dispuesto en el artículo 5° inciso primero de nuestro Código Máximo, en cuanto a que la soberanía se ejerce también “por las autoridades que esta Constitución establece”.

En el caso de la Corte Interamericana, no así en la Corte Internacional de Justicia, los particulares agraviados pueden hacerse parte, pero los sujetos de la decisión –para efectos de su cumplimiento– serán siempre los Estados miembros del tratado.

La Corte Penal Internacional se aparta diametralmente de esta lógica, puesto que los destinatarios de sus sentencias son las personas naturales inculpadas de los crímenes perseguidos ante ella. Este matiz jurídico viene a hacer toda una diferencia constitucional, por cuanto si los actos jurisdiccionales están previstos para alcanzar directamente a los acusados, estamos en presencia de un Tribunal de Justicia de rango nacional, de aquellos que el artículo 74° de la Constitución ha previsto para la “*pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República*”. La CPI ejerce jurisdicción directa en el Estado que ratifique el Tratado. Dice el Estatuto de la Corte: “...podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente estatuto en el territorio de cualquier Estado parte”.

Y siendo así, teniendo a la vista las potestades formidables de la CPI, directas y no sujetas a superintendencia alguna de otro ente judicial superior, no era concebible su inserción en Chile sin reformar el Capítulo VI, del Poder Judicial.

⁶ Al respecto, ver Humberto Nogueira Alcalá, *El valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y Sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos para el estado de Chile y sus órganos judiciales*, Gaceta Jurídica N° 238, año 2000.

Solo como ejemplo del poder jurisdiccional directo de las resoluciones de la CPI pueden citarse el artículo 77, N^{os} 1 y 2 del Estatuto, que, al referirse a las penas aplicables, autoriza a imponer prisión de hasta 30 años (letra a); cadena perpetua (letra b). Adicionalmente, puede imponer multas y embargos de propiedades (N^o 2).

3.1.3 *Objetivos diversos de promoción y represión*

Los ejemplos que hemos tomado, las Corte Interamericana de Derechos Humanos y la CPI se diferencian también en cuanto a la misión jurisdiccional para la que han sido creadas.

En esta línea debe tenerse presente que los tribunales o cortes de justicia internacionales que buscan promover los derechos esenciales de la persona humana –como la Corte Interamericana– tienen una connotación positiva, orientada hacia la maximización garantística del individuo. Su intromisión en el plano jurisdiccional nacional tendrá siempre por objeto mejorar la posición de los sujetos interesados en tal o cual causa.

La CPI, por el contrario, está dirigida a sancionar aquellas personas que ya causaron un daño por delitos de lesa humanidad; tiene una naturaleza persecutoria y sancionatoria, intrínsecamente represiva en lo inmediato, promotora de derechos solo en términos mediatos. Aquí, entonces, las garantías constitucionales que Chile se ha dado en el plano judicial emergen en toda su extensión, tanto en lo orgánico como en lo garantístico. No solo son barreras para esta clase de Cortes el debido proceso del artículo 19 N^o 3, y su interpretación “pro reo” en todas sus disposiciones de naturaleza criminal (legalidad, tipicidad, no retroactividad), sino también la estructura orgánica armónica y sustantiva que es dotada de potestades sancionatorias (Corte Suprema, superintendencia sobre el resto de los tribunales, cosa juzgada, independencia, inexcusabilidad, etcétera)⁷.

Frente a una Corte Internacional de vocación sancionatoria nuestra Constitución se rigidiza en sus requisitos; así, habremos de interpretar restrictivamente los caminos que abre la Carta para hacerle ingresar, por la vía del Tratado, un tal órgano jurisdiccional.

Es así como el TC se enfrentaba a pronunciarse sobre la constitucionalidad de un tribunal internacional de vanguardia, objetivamente distinto a todos los demás ingresados a nuestro ordenamiento antes o después de nuestra Carta de 1980.

3.2 *Fuentes de inconstitucionalidad del TPI*

Al preparar el requerimiento, enumeramos una serie de vicios constitucionales que nos parecía que exhibía el Estatuto del TPI⁸.

Para evitar extendernos demasiado, los reduciremos y resumiremos en tres clases de afirmaciones:

- a) *Esencia de la soberanía*: El TPI comprometía parte esencial de la soberanía, a menos que se condujera previa reforme la Carta;
- b) El TPI adolecía de *diversas inconstitucionalidades técnicas*; y
- c) El TPI es un ejemplo de la que llamamos Inconstitucionalidad por Imprevisión.

⁷ Como afirma Cruz Coke Ossa en “*Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*” de “Actualidad Jurídica” N^o 6 de la Universidad del Desarrollo: “es el capítulo III de nuestra Carta Fundamental el que hace posible la concreción de los grandes principios constitucionales que emanan de dicho Capítulo I, por lo que ellos se harían ilusorios si no los expresara y no señalara los recursos constitucionales para hacer efectiva la protección de los mismos”.

⁸ Importantes artículos referidos a la inconstitucionalidades adolecidas por el TPI encontramos en Guillermo Bruna, *Algunas Consideraciones acerca de la Constitucionalidad de la Corte Penal Internacional*, revista “Ius et Praxis” Año 6 N^o 2 (2000); igualmente un análisis del tema en el trabajo conjunto de los profesores Salvador Mohor y Paulino Varas, *Corte Penal Internacional: evaluación crítica y cuestiones constitucionales*, en revista “Temas de Derecho” 15 N^o 1 y 2, año 2000. Otro trabajo importante, aunque desde una perspectiva más internacionalista, es el del profesor Mario Rojas, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, en Revista “Actualidad Jurídica” Año II N^o 2, año 2000.

a) En cuanto a la inconstitucionalidad global por vulneración de la Soberanía, los parlamentarios requirentes plantearon su recelo al hecho mismo de la transferencia de facultades jurisdiccionales a un tribunal de esta clase. Estimaron que un órgano de esta naturaleza comprometería la esencia de las facultades soberanas, que el artículo 5° inciso primero de la Constitución hacía descansar en la nación y en las autoridades “que esta Constitución establece”. En este plano, muchos parlamentarios cuestionaron incluso la idea de que algún día, con o sin reforma constitucional, un *supra* y tribunal como este pudiese tener vigencia en Chile⁹.

Esta tendencia, que descansa en apreciaciones fundadas y plausibles desde la óptica del derecho internacional, es compartida por varios autores, quienes sostienen que en este tribunal, es negado desde un origen el principio internacional de igualdad entre los Estados. El Consejo de Seguridad de la ONU aparece revestido de potestades que no se entregan a otros estados¹⁰.

En la asesoría técnica, encauzamos los reproches al TPI en materia de soberanía sobre la base de que, jurídicamente, el Estatuto del TPI establece una jurisdicción rectificatoria o sustitutiva de la jurisdicción nacional, y no solo complementaria.

Este vicio consistiría en que el TPI no solo deplegaría su poder jurisdiccional para complementar el trabajo de los tribunales nacionales, sino para reemplazarlos en algunos casos, lo que sería resuelto privativamente por la propia Corte.

Para ello, una simple mirada al artículo 17 del Estatuto, sobre Cuestiones de Admisibilidad, permitió despejar toda duda de que ello es así.

Este precepto permite a la Corte determinar su competencia para juzgar un determinado delito, y la faculta en las letras a) y b) para entrar a conocer en una causa cuando el Estado que estuviere conociendo “*no está capacitado o dispuesto genuinamente a llevar adelante la investigación ni el proceso*”.

A continuación, y para determinar la existencia de voluntad real en el Estado para llevar adelante el proceso, la letra b) del artículo 17 del Estatuto entrega cuatro eventos profundamente subjetivos, todos de apreciación única de la Corte. Estos son tales como “*demora injustificada en el juicio*” (b), “*decisión del Estado de sustraer a la persona de su responsabilidad penal*” (a), que el proceso “*no esté siendo sustanciado de manera imparcial*” (c), y otros similares¹¹.

En definitiva, nos asistió la convicción que, pese a su diseño subsidiario, este artículo 17 admite una jurisdicción criminal correctiva y sustitutiva, de grado variable, sobre los tribunales supremos, lo que atenta contra la letra misma del artículo 79° de la Constitución (superintendencia de la Corte sobre todos los tribunales de la nación) y contra todo su Capítulo VI, del Poder Judicial.

b) En cuanto a las Inconstitucionalidades Técnicas, se formuló una lista de inconsistencias del TPI en diversas materias penales y procesales-penales.

i. Así, mientras la Constitución establece el *fuero e inviolabilidad* parlamentarias (art. 58), el Estatuto prohíbe excepcionar un encausamiento en virtud de los fueros o inviolabilidades nacionales.

⁹ *Requerimiento de Inconstitucionalidad*, marzo de 2001, en causa rol 346, Tribunal Constitucional.

¹⁰ Véase Pedro Daza Valenzuela, “*Intervención ante la Comisión de Relaciones Exteriores. Cámara de Diputados*”, de fecha 2 de agosto de 1999. Asimismo véase en Carlos Cruz-Coke Ossa, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, revista “*Actualidad Jurídica*” N° 6, Santiago, 2002 : “*Por otra arte, no es menos cierto que no han concurrido y han señalado que no concurrirán a su ratificación potencias como los Estados Unidos de América y China Popular entre otras. De esta manera, la eventual situación jurídica de los Estados menores pasaría a ser verdaderamente dramática, y por lo tanto no todos ellos serían juzgados de la misma forma, lo que constituye un verdadero abuso del derecho*”.

¹¹ Troncoso Repetto había afirmado, en relación al derecho que la propia Corte dispone para apreciar cuándo estas circunstancias se han configurado, “...este examen de las funciones jurisdiccionales nacionales por parte de la Corte Penal Internacional resulta inevitable, toda vez que las alternativas a este respecto son pocas: o el examen lo hace la Corte Penal, o lo hacen los propios sistemas nacionales”. Troncoso, *op. cit.*, p. 413.

- ii. Mientras la Constitución faculta al legislador para conceder *indultos generales y amnistías* (art. 60 N° 16), el Estatuto dispone en su artículo 27 que “*las inmunidades y normas de procedimientos 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*”.
- iii. Mientras la Constitución sanciona la *Cosa Juzgada* en el art. 73°, prohibiendo incluso al legislador “...revivir procesos fenecidos...”, el art. 20 N° 3 del Estatuto configura una excepción al principio de que nadie puede ser juzgado si ya lo hubiere sido por otro tribunal, a menos que el proceso en el otro tribunal “...obedeciere al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte”, o “...no hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial...”, creándose así dos causales que relativizan la cosa juzgada en apreciación que será exclusiva del TPI (letras a y b del N° 20);
- iv. Mientras la Constitución confía la investigación de los delitos en forma exclusiva al Ministerio Público (art. 80 A), el Estatuto del TPI permite al Fiscal de la Corte investigar y ampliar la investigación “*a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de acuerdo con el presente Estatuto*”¹².

Todos estos reparos constitucionales del Estatuto eran realmente insalvables, a menos que otorgase a los Tratados Internacionales una naturaleza jurídica especial, *sui géneris*, semi-vinculante, algo que ya la sentencia rol N° 309 del Tribunal Constitucional venía insinuando¹³.

c) *Inconstitucionalidad por imprevisión*

Por último, en el requerimiento nos correspondió plantear una tesis de fondo, destinada a que el Tribunal evitara el juicio sobre la conveniencia o inconveniencia de la Corte, y se concentrara simplemente en su constitucionalidad.

Para ello, sugerimos que el TPI y su Estatuto configuran un caso clásico de lo que hemos llamado *Inconstitucionalidad por Imprevisión*.

Esta clase de inconstitucionalidad consiste en la contradicción de una norma sometida a control y la Carta Fundamental, por efecto de no haber previsto, imaginado o predicho el Constituyente la posibilidad del contenido de esta norma controlada. La inconstitucionalidad no deriva principalmente de que la norma (en este caso el Tratado de Roma) colisione frontalmente con nuestras bases constitucionales, en términos de erosionar derechos esenciales de las personas; más bien, su vicio consiste en que el sistema orgánico no tiene espacio alguno para el órgano que se pretende inyectar en el ordenamiento porque no se intuyó la posibilidad de su existencia.

Ante esta situación, el sistema tiene dos alternativas: o fuerza las normas constitucionales por la vía legislativa o judicial, estirando la interpretación de las normas a grados incompatibles con la certeza jurídica y el sentido natural de las palabras, o se allana a la reforma constitucional. Zapata admite la posibilidad de que la interpretación “finalista” opere en casos como este¹⁴.

¹² Igualmente, como hacer notar Cruz-Coke Ossa en *op. cit.*, existe una serie de delitos, como la “agresión”, que no aparecen descritos, violentando con ello el Principio de Tipicidad, establecido en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental.

¹³ Como decíamos anteriormente, parece desprenderse de dicha sentencia que las normas de tratados calificadas como *Self Executing* serían plenamente vinculantes, mientras aquellas *Non self executing* no podrían aplicarse plenamente hasta que se dictara una norma que les implementara.

¹⁴ Zapata Larraín, Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, 2002, p. 48. El finalismo iría más allá de la expresión literal de las palabras y de la intención del constituyente, siempre que se pueda determinar el sentido auténtico y genuino de una norma constitucional.

La consecuencia de la inconstitucionalidad por imprevisión es la siguiente: más que declarar la inconstitucionalidad del precepto controlado, el Tribunal Constitucional declara que la Carta Fundamental debe reformarse para acoger la norma o institución no prevista en la Carta.

En nuestro caso, era bastante evidente que ni la CENC ni el reformador de 1989 previó la posibilidad de un Tribunal Penal Internacional de estas características¹⁵. Luego, es inconstitucional por imprevisión. Reflexionemos al respecto.

La *Inconstitucionalidad de Fondo* es toda contradicción entre la norma sometida a control y los preceptos sustantivos –no procesales– del Código Político que nos rige. A su vez, la inconstitucionalidad de fondo puede clasificarse entre aquella derivada de una colisión entre normas del Tratado –en este caso– y derechos y garantías individuales de la Carta, por una parte, y aquella derivada de la colisión entre Tratado y la normativa constitucional orgánica, por otra.

Por cierto, hay vicios de constitucionalidad que participan de ambas calidades. Estos se encarnan en preceptos que transgreden a la vez el diseño orgánico del Código Máximo –introduciendo cuerpos potestativos que pugnan con aquellos ya incluidos en la Carta– y vulneran derechos constitucionales.

Lo interesante consiste en que la Inconstitucionalidad de Fondo por vicio orgánico no es necesariamente equivalente a una contradicción entre la norma y las bases fundacionales de un sistema constitucional del país. El vicio orgánico puede emerger simplemente porque la Constitución no previó, no imaginó, no desarrolló y, en suma, no abrió sus puertas a la llegada de órganos potestativos con vocación supranacional. Esto se explica, normalmente, por la época en que el constituyente definió su obra. Dice Zapata que “*la noción de vicio (de inconstitucionalidad) refuerza, además, la idea de que el juicio de reproche recae única y exclusivamente en la norma defectuosa, pero nunca en las motivaciones o desempeño del legislador. El TCCh, en términos generales, debe evitar la exploración de eventuales propósitos desviados o aviesos del legislador*”¹⁶.

¿Desaparece la inconstitucionalidad por esa razón? De ninguna manera. La certeza constitucional, aun aquella que promueve una visión dinámica del articulado de la Carta, exige que sus preceptos se acomoden con precisión al nuevo diseño orgánico que se pretende. Así lo han entendido varias de las democracias constitucionales más respetadas, frente a este dilema. Veremos más adelante los procesos de reforma constitucional en Alemania, Francia, Irlanda y otros países europeos con motivo de la creación de la ratificación del Tratado de Roma que crea la CPI.

El estudio profundo del Estatuto de la CPI permite afirmar que esta es la situación en que se encuentra el Tratado de Roma. Su conveniencia política e incluso jurídica puede ser completa; no obstante, su implantación en el ordenamiento chileno sin ajustar previamente la

¹⁵ Ver solamente al respecto, el trabajo del profesor Bertelsen Repetto, en *op. cit.* A partir de lo que emana de la historia fidedigna de la ley, jamás se pensó en darle un efecto tan amplio a la reforma del artículo 5° que transformara a un tratado internacional que versara sobre derechos humanos y que hubiera sido ratificado por Chile como una disposición de carácter constitucional o supraconstitucional. Como muy bien afirma Bertelsen Repetto, no habría tenido sentido entonces declarar expresamente que un tratado es susceptible del Recurso de Inaplicabilidad de la Leyes, por solo mencionar un argumento.

¹⁶ Zapata Larraín, Patricio, “*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General*”, Editorial Biblioteca Americana, Santiago de Chile, 2002, p. 102. Asimismo ver, del mismo autor, su artículo *La Interpretación de la Constitución*, Revista Chilena de Derecho, 18 N° 2, año 1991.

Otros artículos de interés respecto del mismo tema pueden ser de Eduardo Aldunate, *La Doctrina Nacional sobre Interpretación Constitucional*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. VIII N° 8, año 2000; Enrique Barros, *La Interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la teoría del Derecho*, Revista de Derecho Público N° 29/30, año 1981; Ismael Bustos, *Hermenéutica constitucional*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso N° 10, año 1986; Manuel Carrasco, *La interpretación de la Constitución*, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte N° 4, año 1997; Mario Verdugo, *La Interpretación constitucional*, Gaceta Jurídica N° 185, año 1995.

Constitución tiende a emerger como un acto predecesor de una yuxtaposición jurisdiccional que el constituyente jamás previó¹⁷.

3.3 Reformas constitucionales en el mundo

El profesor don José Luis Cea planteaba en su exposición a la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara que, si aplicamos un concepto clásico de soberanía, el TPI ofrece dudas constitucionales. Pero si se aplican los conceptos de Estado, Constitución y Soberanía vigentes en Europa y algunos países de América Latina, esas dudas se disipan¹⁸.

Empero esta correcta afirmación, debemos reconocer que resultó muy sorprendente comprobar durante nuestra investigación que, en la misma Europa de la moderna soberanía, de la integración supranacional, existía un amplio proceso de reformas constitucionales destinadas a reformar las cartas fundamentales para acoger el Tribunal Penal Internacional.

Este elemento de derecho comparado, debemos reconocer, resultó trascendental para que TPI no atravesara la barrera del Tribunal Constitucional.

Hemos venido anunciando que la CPI aparece como un avance hacia la supranacionalidad jurisdiccional¹⁹, por una parte, y como una inserción orgánica no prevista ni tolerada por la Constitución que nos rige. Pero antes de fundar esta afirmación recurriendo a los vicios concretos de inconstitucionalidad, permítasenos revisar cómo se ha resuelto la problemática de la CPI en el derecho constitucional comparado.

En este ejercicio revisaremos primeramente lo que han resuelto algunos Tribunales Constitucionales y Estados europeos frente a la ratificación del Tratado de Roma. Luego, nos trasladaremos a América Latina.

3.1 Europa

3.1.1 Francia. La sentencia del Conseil Constitutionnel francés (22 de enero de 1999)

El *Conseil Constitutionnel* de Francia, convertido en el prestigiado tribunal constitucional de aquella república, y modelo para el Tribunal chileno en su diseño de control preventivo, se pronunció frente al tratado que establece la CPI por sentencia de 22 de enero de 1999, publicada en el Diario Oficial de la República Francesa el 24 de enero de ese año, en decisión signada como N° 98-408.

El asunto que ocupó al contralor constitucional francés fue exactamente el que ocupó en marzo de 2002 hoy al Tribunal Constitucional chileno. La lectura del tenor de sus numerosos considerandos hace concluir que la interrogante central fue la siguiente: independiente de su conveniencia, ¿puede ratificarse el tratado que establece la CPI sin una "revisión" (enmienda) de la Constitución francesa, sin que ello atente contra las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional francesa?

El sentenciador francés fue confrontando las potestades de la Corte con las oportunidades de Francia para hacer respetar su soberanía jurisdiccional en el marco de estas potestades. En este proceso, halló vicios de inconstitucionalidad insalvables.

La sentencia 98-408 resolvió, en definitiva, que el Tratado no podría ser ratificado sin recurrir una reforma constitucional. En particular, el Estatuto de la CPI se estimó vulneraba la Constitución de Francia en los siguientes aspectos específicos:

¹⁷ La existencia de esta *inconstitucionalidad por imprevisión*, ahonda en la voluntad del constituyente, y, al hacerlo, va directamente "en busca" de la finalidad de que este quiso a dar a los preceptos dictados. Por tanto, dentro de un finalismo "clásico", esta tesis es perfectamente compatible.

¹⁸ Cea Egaña, José Luis, "*Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional*", en versión escrita de la exposición ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados, 31 de agosto de 1999.

¹⁹ Ver al respecto, Hugo Llanos, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Revista Gaceta Jurídica N° 236, Año 2000.

- a) Inmунidades y Artículo 27 del Estatuto: El Tribunal francés identificó una inconsistencia grave en esta materia, puesto que mientras el artículo 27 del Estatuto de la Corte dispone que “las inmunidades o reglas de procedimiento especiales que pueden asociarse a la calidad oficial de una persona, en virtud del derecho interno, ...no impiden a la Corte ejercer su competencia con respecto a dicha persona”; el artículo 26 de la Constitución de 1958 otorga inmunidad a los miembros del Parlamento por sus opiniones o votos, y fuero frente a las detenciones. Es decir, inviolabilidad y fuero; tal como la Constitución chilena los consagra en el artículo 58 de la Carta de 1980.
- b) Amnistía, Prescripción y Enjuiciamiento por la CPI. Un segundo aspecto de inconstitucionalidad, tal como lo sería en Chile, surgió al comprobar que la CPI podría ordenar la detención y enjuiciamiento de personas por el solo hecho de la aplicación en su favor, según la ley nacional, de una ley de amnistía o bien de un estatuto de prescripción. “En tales condiciones”, señaló el *Conseil Constitutionnel*, “se estaría atentando contra las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional”.
- c) Actos investigativos directos sin intervención del Poder Judicial nacional. Finalmente, se objetó en la sentencia el inciso 4° del artículo 99 del Estatuto, en cuanto permite al Fiscal de la CPI la ejecución de actos de investigación (inspecciones, toma de declaraciones), directamente en el territorio de los Estados, “sin la presencia de las autoridades del Estado requerido y en el territorio de este último”. Estimó el Tribunal que esta facultad, que puede ejercerse sin la presencia de las autoridades judiciales francesas competentes, “puede atentar contra las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional”.

La experiencia del Tribunal Constitucional de Francia, acostumbrado a resolver sus controversias inserto en una nación fundadora de la Unión Europea, con vocación y generosidad supranacional, es elocuente. La CPI tiene tal cantidad de potestades autónomas que hace imposible su inserción en el sistema constitucional nacional por un simple tratado. Esto no quiere decir que se trate de una Corte inconveniente; solo quiere decir que una mayoría calificada tiene derecho a pronunciarse sobre su conveniencia o inconveniencia.

3.1.2 Irlanda. El referéndum de 7 de junio de 2001 y la posterior Reforma Constitucional

Irlanda abordó la ratificación del tratado que establece la Corte Penal Internacional mediante un referéndum y una posterior reforma constitucional.

El referéndum tuvo lugar el día 7 de junio de 2001, y sometió al veredicto del pueblo tres decisiones: la eliminación de la pena de muerte, la ratificación del tratado de Roma y la CPI, y la ratificación del Tratado de Niza, que impone mayorías calificadas en la Unión Europea.

El Estado irlandés estimó que la Corte y su Estatuto serían inconsistentes con la Constitución irlandesa, en particular con el artículo 29 de su articulado, relativo a relaciones internacionales y obligaciones adquiridas mediante tratados internacionales.

La Comisión de Referéndum, en documento oficial publicado para efectos de informar sobre el referéndum, expuso:

“La ratificación del Estatuto de Roma por Irlanda parecería requerir una reforma constitucional, porque de otra forma sería inconsistente con las actuales disposiciones de la Constitución relativas a la soberanía y al enjuiciamiento de crímenes”²⁰.

La ratificación finalmente se materializó mediante la 23ª Ley de Reforma Constitucional, que agregó el siguiente texto a la Sección 9 del Artículo 29 de la Constitución de Irlanda:

²⁰ Ver en “*Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court*”, publicado por The Referendum Commission. 18 Lower Leeson Street, Dublin 2, Irlanda.

“El Estado puede ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma el 17 de Julio de 1998”²¹.

Resulta interesante revisar los argumentos jurídico-políticos que la Comisión oficial del Referéndum Irlandés entregó para informar a los votantes en la alternativa No:

- No hay necesidad de una institución internacional permanente de esta naturaleza. La Justicia ha sido eficientemente administrada por cortes especiales en Nuremberg o Tokyo y los *tribunales ad hoc* de Ruanda y Yugoslavia. Una corte permanente no tendría la flexibilidad que esas cortes disponen;
- No habrá mandato democrático para esta corte porque solo ha sido ratificada, por ahora, por países pequeños. Los dos países con mayor población, China e India, no lo han ratificado ni tienen intención de hacerlo. El tratado no será ratificado por Estados Unidos.
- La Corte trasladará la responsabilidad judicial desde nuestras cortes para decidir en materias de nuestro propio interés nacional. [Irlanda] debe retener el poder de administrar justicia criminal en nuestro propio Estado”.
- Hay demasiadas palabras imprecisas en el Estatuto, que probablemente serán interpretadas de forma imprevisible. “Crímenes contra la humanidad” es una expresión que admite muchas interpretaciones. Por ejemplo, el crimen de “embarazo forzado” podría ser interpretado como fundamento de la disponibilidad del aborto.

Me permito adjuntar a este Informe los documentos emitidos por la Comisión de Referéndum en Irlanda, organismo estatal, en que se detallan las motivaciones e implicancias de la ratificación del Estatuto de la CPI para ese país europeo.

1. Portugal

La ratificación de la CPI en Portugal también exigió de una reforma constitucional, aprobada por el Parlamento en mayo de 2001, que despejó los reparos constitucionales que el Estatuto generaba en materia de extradiciones.

3.1.4 Alemania. La Enmienda Constitucional del Artículo 16 de la Ley Fundamental

Quizá el caso más elocuente en Europa lo constituya el de Alemania, país fundador de la Unión Europea y firme promotor de la existencia de la Corte Penal Internacional. En efecto, es interesante constatar que el apoyo alemán a la CPI no fue obstáculo para que su gobierno optara por la vía del pleno respeto de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, durante el proceso de ratificación del tratado²².

Así, Alemania procedió a una Reforma Constitucional para compatibilizar el sistema de extradiciones nacional con el sistema represivo directo de la CPI. El 29 de noviembre de 2000 se aprobó la reforma del artículo 16 de la Constitución de Alemania, para agregar, a continuación de la frase:

“Una regulación derogando esta disposición puede adoptarse por una ley de extradición a un Estado Miembro de la Unión Europea o a una corte internacional, siempre que en ella exista resguardo de los principios del Estado de Derecho”.

²¹ La Corte Penal Internacional fue finalmente aprobada en el referéndum por un 64% de los votantes.

²² Este caso es, junto al francés, el que nos demuestra con más nitidez la necesidad de realizar una reforma constitucional para poder entender al TPI como una institución que ejerza jurisdicción dentro de un país. El artículo de la Constitución de 1949 reconocía plena vinculación al Derecho Internacional. Esto se refuerza aún más en el período post Segunda Guerra Mundial. Aun así, se requirió de reforma a la Ley Fundamental de Bonn. Repetimos, dicho caso es, en verdad, ejemplarizador.

El Canciller alemán, en un reporte al Consejo de Europa, explicaba la reforma introducida: *“La Ley de Reforma Constitucional del artículo 16 de la Ley Fundamental ha creado las bases constitucionales que hacen posible para Alemania entregar alemanes a cortes internacionales, así como a la Corte Penal Internacional”*²³.

2. *Bélgica. Reforma Constitucional a posteriori*

El criterio constitucional de Bélgica ante la ratificación del Tratado de Roma es aún más interesante que el alemán. Como es sabido, Bélgica no solo es país fundante de las Comunidades Económicas Europeas, luego Unión Europea, sino sede misma de los órganos comunitarios más relevantes (Comisión y Parlamento Europeo), y capital de la Unión (Bruselas). Bélgica forma parte del núcleo central de la Unión, llamado Benelux, integrado por Bélgica, Holanda (Neerdenlands) y Luxemburgo. Benelux es la zona de integración europea más intensa, en lo institucional y constitucional.

Se trata, por tanto, de una nación preparada para incorporar órganos supranacionales. No obstante ello, el Consejo de Estado recomendó modificar la Constitución para acoger la Corte Penal Internacional.

En Reporte de 13 y 14 de septiembre de 2001, ante el Consejo de Europa con sede en Estrasburgo, la representación de Bélgica explicó:

“El Consejo de Estado, en su estilo, y en relación al proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma, recomendó una modificación de la Constitución antes de su ratificación.

Luego agregó:

“El gobierno, apoyado por el Parlamento, resolvió no seguir la recomendación del Consejo de Estado... Una modificación como esa es esperable en el futuro. Ella introducirá verosíblemente un artículo único en la Constitución, subrayando que Bélgica es parte de un Tratado y debe respetar las obligaciones que este crea”.

En suma, junto con destacar en su reporte al Consejo que Bélgica deberá adecuar fuertemente su legislación interna para la operación de la CPI, la posición oficial del gobierno belga es promover una reforma constitucional a posteriori de la ratificación, para compatibilizar el Estatuto con la Ley Fundamental de ese Estado²⁴.

3.1.5. *Otras naciones europeas.*

Finalmente, debe destacarse que según el reporte del instituto universitario *“The International Human Rights Law Institute - DePaul University College of Law”*, séptima edición, otras naciones europeas también han enfrentado la ratificación mediante reformas constitucionales, o al menos se encuentran discutiendo seriamente su procedencia.

Es el caso de la República Checa, de Bosnia y Herzegovina y de Ucrania.

²³ Gerard Shröder, Canciller Federal; Johannes Rau, Presidente Federal; Däubler-Gmelin, Ministro Federal de Justicia, y J. Fisher, Ministro Federal de Relaciones Exteriores, en *“The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Cour - progress Report by Germany and Appendices”*, Estrasburgo, 20 de julio de 2001, en www.councilofeurope

²⁴ Véase *“Le implications pour les états membres du conseil de L’Europe de la ratification du Statut de Rome de la Cour Penale Internationale- Bilan de L’Etat D’Avancement de la Ratification et la Mise en Oeuvre par la Belgique”*, en *Rappaport de la Belgique*, 13 de septiembre de 2001, Consejo de Europa, en www.councilofeurope

A. América Latina

En nuestra investigación hemos constatado que existe una larga lista de países latinoamericanos en los que la ratificación del Tratado de Roma ha envuelto reformas constitucionales, o ha levantado fuertes controversias constitucionales.

Es el caso de México, en que fue necesario que el Presidente Vicente Fox enviara un proyecto de reforma constitucional del artículo 21 de la Constitución mexicana, para evitar la pugna entre el Estatuto y esa norma constitucional.

El artículo 21 de la Ley Básica de México contiene las bases del sistema jurisdiccional nacional, tal como lo hacen en Chile los artículos 73 a 80 de nuestra Carta²⁵.

En discurso ante la 56ª Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de noviembre de 2001, el Presidente Vicente Fox expresó: "Por ello, mi gobierno ha iniciado pláticas formales con las distintas fuerzas políticas de México con el fin de generar condiciones favorables para impulsar una reforma constitucional que permita la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, firmado por nuestro país el año pasado". (El destacado es nuestro).

En Brasil se ha resuelto también proceder al mecanismo de la reforma constitucional. Es lo que dan cuenta todos los reportes internacionales que hacen el seguimiento del estado de ratificación de la CPI, principalmente el *Human Rights Watch*, y *The International Human Rights Law Institute*, ya citado.

Hemos corroborado esta realidad mediante la lectura de la exposición de la delegación brasileña ante la ONU, en Nueva York, el 13 de noviembre de 2001. En inglés, el delegado brasileño expresó:

*"A su turno, el Parlamento está examinando proposiciones para una reforma constitucional que asegure que el Estatuto, cuando se adopte, sea completamente implementado en Brasil"*²⁶.

Desconocemos el grado exacto de avance de este proyecto de reforma en Brasil.

En Perú, la propia Constitución de 1993 establece que si un tratado internacional afecta a normas constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento de reforma de la Constitución.

En Guatemala, con fecha 30 de enero de 2002, el Presidente Alfonso Portillo Cabrera consultó a la Corte de Constitucionalidad la compatibilidad entre las normas del Estatuto y el artículo 204 de la Constitución.

Las dudas del Presidente guatemalteco son plausibles; consultó, en concreto, si resulta constitucional la norma del Estatuto que dispone que la CPI "podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente estatuto en el territorio de cualquier Estado parte,..."; para ello, confrontó la consulta con el artículo 204 de la Carta Magna

²⁵ Es interesante revisar el texto del artículo de la Constitución de México que se estimó incompatible con la CPI: "Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso. Las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley. La seguridad pública es una función a cargo de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en las respectivas competencias que esta constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. La federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública".

²⁶ Declaración de la delegación brasileña ante el Sexto Comité de la ONU, Item 164: "Establecimiento de la Corte Penal Internacional", Nueva York, 13 de noviembre de 2001.

de Guatemala, que dispone: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado".

Desconocemos si a esta fecha la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado al tenor de esta consulta presidencial.

Finalmente, puedo dejar constancia que al menos en otras 5 naciones se han producido fuertes disputas de constitucionalidad frente al Estatuto de la CPI. Entre ellas, Uruguay y El Salvador. Por razones de tiempo y espacio no incluiremos el tenor de esas contiendas, que han circundado la necesidad de ratificar el Tratado previa reforma constitucional de sus respectivas cartas fundamentales.

3.3 *La controversia del Presidente de la República*

Para completar los antecedentes de la litis trabada con ocasión del TPI, resumiremos las alegaciones más importantes que planteó el Presidente de la República ante el TC²⁷, en las siguiente afirmaciones:

1. La CPI establece una jurisdicción complementaria y no sustitutiva de las jurisdicciones criminales nacionales (art. 1° Estatuto"). Complementariedad emana de la insuficiencia de las jurisdicciones nacionales (fojas 257 contestación);
2. La facultad de juzgar crímenes internacionales no es parte de la jurisdicción interna o estatal; es el Tratado de Roma el que reconoce competencia a las jurisdicciones estatales. Luego: a) no afecta la superintendencia de la Corte Suprema; b) no es necesario reformar la Constitución.
3. No hay inconstitucionalidades técnicas: a) La cosa juzgada aparente, la inexistencia y el fraude procesal tienen su correlato en el derecho nacional; b) el renunciar a las amnistías e indultos forma parte del ejercicio de la soberanía, más que de una cesión de ella.

Resumidas imperfecta y apretadamente, quizá estas son las defensas más trascendentes que tuvieron los promotores de la constitucionalidad de la CPI. De ellas, las dos primeras son cruciales. Si la CPI está destinada a operar un ámbito distinto de la jurisdicción nacional, entonces es complementaria y no sustitutiva, y ergo, es constitucional.

Veamos qué resolvió el TC²⁸.

3.4 *La sentencia rol 346 del Tribunal Constitucional*

El Tribunal determinó lo siguiente:

En los considerandos 25 y 32: la CPI ejerce una jurisdicción sustitutiva, correctiva y tutelante de tribunales nacionales;

En el considerando 47: la CPI constituye una excepción a Superintendencia de la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la nación, debiendo incorporarse como excepción a ese artículo.

En el considerando N° 49: declaró la improrrogabilidad de las materias sometidas al conocimiento de la CPI, salvo reforma constitucional.

²⁷ El Presidente de la República formuló sus observaciones en escrito de 220 páginas, que rola entre las fojas 220 y 443 del expediente rol N° 346 del Tribunal Constitucional.

²⁸ Nos parece importante, al respecto, citar la opinión de la profesora Ángela Vivanco, quien plantea en su informe del 31 de agosto de 1999 a la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interplanetarios e Integración Latinoamericana de la H. Cámara de Diputados, que la solución al problema del TPI pasa por la aplicación de los siguientes principios: "a) el compromiso contractual no puede desconocer el respeto debido a las instituciones jurisdiccionales de la República, es decir, a los tribunales de justicia; b) No puede significar un atentado contra la continuidad de la vida de la Nación, particularmente en su esfera jurídica; c) No puede vulnerar los derechos y libertades de las personas, los que deben tenerse presente que, a propósito de la actividad de la judicatura, significan una consideración bilateral de las partes (...)".

Y en el considerando 74: declaró que la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos es inferior a la Carta Fundamental.

4. CONSECUENCIAS DEL TPI Y DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TC

Hay dos clases de consecuencias derivadas del Tratado de Roma y del subsecuente fallo rol 346: aquellas inmediatas de naturaleza jurídica, y las permanentes, doctrinarias y políticas.

4.1 Consecuencias inmediatas

Creemos que las implicancias inmediatas, en lo meramente jurídico, son dos: a) la reforma constitucional como requisito para acoger la CPI; y b) la aceptación del concepto que llamamos “inconstitucionalidad por imprevisión”.

En primer término, y según lo dispone la parte resolutive de la sentencia del TC: “...se declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa”. Esta es una consecuencia precisa, que ahorra comentarios adicionales.

Luego, creemos que el Tribunal Constitucional, enfrentado al TPI, a su Tratado y a la inspiración humanitaria que subyace a él, acogió, sin decirlo expresamente, una nueva clase de declaración de inconstitucionalidad: la inconstitucionalidad por imprevisión.

Ya explicamos qué entendemos por esta clase de inconstitucionalidad. Pero ¿de dónde extraemos que esta es una clase distinta de declaración de inconstitucionalidad? Sencillamente del tenor literal que solicitamos al Tribunal en el escrito de requerimiento, y de lo que el Tribunal expresamente declaró.

En efecto, se solicitó deliberadamente al Tribunal que declarase que el Tratado no podría ser aprobado ni ratificado sin previa reforma de la Constitución Política de la República. El TC, entonces, así lo declaró, exactamente.

El matiz es relevante: el TC no declaró inconstitucional el Tratado de Roma, simplemente declaró que su ratificación es imposible sin previa reforma constitucional. El efecto constitucional de esta declaración es el mismo –si requiere reforma significa que pugna con la Carta– pero, tal como se sugirió en el requerimiento, envuelve un reproche institucional levemente menor: el juez constitucional admite que el constituyente está habilitado para hacer una valoración actualizada de la Carta Magna, y que luego de ella, el Tratado podría resultar constitucional.

La declaración del TC es, en definitiva, más que un reproche a la institución del TPI, un llamado al debate público que envuelve la tramitación de una reforma constitucional.

4.2 Consecuencia constitucional permanente: *Pone fin a la aguda incerteza en materia de Tratados Internacionales, vigente hasta antes del TPI y fallo rol 246*

La consecuencia más imprevisible que nos trajo el capítulo de la CPI y su fallo fue esta: la solución jurisprudencial final –y a nuestro juicio correcta– a la incerteza respecto del lugar jerárquico que confiere nuestro ordenamiento a los tratados internacionales²⁹.

²⁹ Para conocer una visión crítica del fallo: Humberto Nogueira Alcalá, *Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece el Tribunal Penal Internacional*, Revista “Ius et Praxis” Año 8 N° 1, año 2002.

4.2.1 *Los deslindes de la discusión doctrinaria*

No es el propósito de este trabajo repasar los contornos de esta polémica. Solo diremos que las alternativas propuestas han cubierto todo el espectro posible: los tratados internacionales tienen rango constitucional, porque forman parte de un procedimiento secundario de reforma constitucional (Nogueira)³⁰, los tratados internacionales y los derechos que comprenden son válidos desde antes de la reforma de 1989, por lo que esta les confirió rango constitucional (Medina)³¹, los tratados internacionales que contienen derechos humanos que se contrapongan a la Carta de 1980, la derogan (Cumplido)³², etc.

En sentido contrario se ha afirmado: los tratados internacionales de derechos humanos son infraconstitucionales, pero supralegales, porque el deber de “*promoción y respeto*” del inciso segundo del artículo 5° de la Carta vincula también al legislador (Bertelsen)³³; y la famosa tesis de Pablo Rodríguez, del “Hermetismo Constitucional”, que se funda en la triple afirmación: a) la Constitución es la norma suprema, b) la Constitución se encuentra en una sola norma y no dispersa, y c) la Constitución solo se modifica mediante una reforma constitucional³⁴.

4.2.2 *El fallo y la jerarquía de los tratados*

La sentencia del TC no dejó lugar a dudas, y castigó más allá de lo que arriesgaba en este caso, a la tesis de la superioridad jerárquica de los tratados sobre la ley o la Constitución.

El considerando 74° de la sentencia pone fin, definitiva y categóricamente, a la discusión, negando rango constitucional ambos tratados de derechos humanos. Apelando a elementos históricos, sistemáticos (arts. 80 y 82 de la Carta), y a diversos autores (Bertelsen, Ríos y Silva Bascuñán)³⁵, como al Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y reglamento del Senado de noviembre de 2001 (por unanimidad), que hizo referencia a otro de 1993, dijo:

“...no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que se contraría a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, solo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional”.

³⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.* Supra.

³¹ Medina Quiroga, Cecilia, “*El derecho internacional de los derechos humanos*”, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, páginas 53 y siguientes, Cuadernos de Análisis Jurídicos, 6, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.

³² Cumplido Cereceda, Francisco, “*Alcances de la Modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales*”, en Revista Chilena de Derecho, vol 23 1996, pp.255-258.

³³ Raúl Bertelsen, Informe Constitucional 1.091, “*Rango jurídico de los tratados internacionales*”, de 8 de agosto de 1995.

³⁴ Rodríguez Grez, Pablo, en *El Mercurio*, 31 de mayo de 1995, página A-2.

³⁵ No podemos dejar de hacer justicia a los valiosos aportes doctrinarios efectuados por los profesores Gustavo Fiamma y Salvador Mohor, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales*, Revista de Derecho Público N° 55/56, año 1994 ; Lautaro Ríos, *jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos*, en revista “*Ius et Praxis*” Año 2 N° 2 (1997), en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 94 N° 2 (1998), en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 202 (1997) y en “*Gaceta Jurídica*” N° 215 de 1998; Mario Vargas, *los tratados internacionales sobre protección de la persona humana: su jerarquía interna y externa*, revista “*Temas de Derecho*” 14 N° 1/2 (2000); Víctor Muñoz, *jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la carta de 1980*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. VIII N° 8 (2000). Otra visión: Fernando Saenger, *Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución*, Revista Chilena de Derecho 20 N° 2 y 3 (1993). Igualmente en Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. II N° 2 (1993).

4.3 La posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de un tratado. El rol N° 309 del T.C.

Un segundo aspecto que hacía interesante este fallo, y cuyo resultado lo hizo aún más inesperado, fue el precedente en materia de control de tratados internacionales por el TC.

Los considerandos en el caso “Pueblos Indígenas” resultaban desesperanzadores para la posibilidad siquiera de una declaración de inconstitucionalidad sobre un tratado. Dijo en dicha sentencia el TC: “*Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y que se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución*”.

Refiriéndose al principio de presunción de legitimidad, el TC había extremado la interpretación de la Carta para declarar constitucional el Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Esto hacía presumir la aplicación de idéntico criterio en el caso de la CPI.

En este sentido, el TPI ha dejado una consecuencia constitucional permanente, que es a la vez un vuelco, puesto que crea el precedente, por vez primera, consistente en que un Tratado Internacional es declarado inconstitucional y se impide así su ratificación por el Presidente de la República.

Nos parece sano el precedente que sentó el TC, con miras a rescatar la naturaleza de los tratados internacionales.

4.4 El rescate de la naturaleza vinculante de los tratados internacionales

Con el TPI se ha reafirmado la naturaleza vinculante, jurídica, de los tratados internacionales. Existen dos posibilidades: o se considera a los tratados como una norma jurídica, con todos sus elementos propios: coercibilidad, generalidad, etc., o se les concibe como una norma *sui generis*, carente de estos elementos.

Me temo que no ha existido claridad en estas materias en Chile durante las últimas décadas. En el hecho, muchas veces se ha pretendido que los tratados son más un instrumento de política internacional, que normas jurídicas vinculantes para todas las personas. De hecho, ha existido una evolución que, como bien explica Ribera, tiene hoy a los tratados operando con personas naturales como sujetos del derecho internacional. Se trata de un nuevo escenario³⁶.

El fallo rol 346 es entonces un vuelco: ratifica que un tratado es una norma jurídica, y como tal debe ser tratada exactamente igual que la ley al controlarse su constitucionalidad. En el rol N° 309, el TC había incursionado en el sentido inverso, al crear la distinción entre normas “*self executing*” y “*non self executing*” de un tratado, inhabilitándose para conocer de estas últimas. Nos correspondió criticar esta artificial distinción.

En conclusión, después del capítulo de la CPI, los tratados dejan de ser un instrumento de política internacional, para transformarse en leyes vigentes, vinculantes, destinadas a proteger derechos operativamente, a sancionar personas y Estados. Son los llamados tratados de tercera generación.

4.3 Convoca una amplia reforma constitucional

Podemos decir que la CPI ha dejado también un doble desafío al constituyente: a) debe reformar la Constitución diseñando un sistema permanente pero nuevo de incorporación de

³⁶ Ribera Neumann, Teodoro, “*Incorporación del Derecho Internacional al Ordenamiento Jurídico Chileno*”, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, N° 5, 2001, p. 346.

los tratados al ordenamiento interno; y b) debe perfeccionar el control de constitucionalidad de los tratados.

En cuanto a lo primero, el texto del artículo 50 N° 1 de nuestro Código Supremo es pobre y ambiguo. Deben explorarse los siguientes cambios: i. Facilitar al Congreso para modificar un tratado, y no solo “aprobar o desechar”, como reza el actual texto, permitiendo la introducción de reservas por parte del legislador; ii. debe precisarse el inciso segundo, en cuanto a reducir la intervención administrativa en la aprobación de tratados “de ejecución”, práctica creciente que viene erosionando las facultades legislativas del Congreso.

Finalmente, debe explorarse una reforma al artículo 5° de la Carta, para acoger una forma de transferencia limitada y calificada de soberanía, a órganos supranacionales, todo con vistas a los futuros procesos de integración. Proponemos al respecto un quórum alto y control forzoso por el Tribunal para esta clase de tratados.

En cuanto a su control, creemos reflejar el sentido del mundo constitucional, al sugerir que todos los tratados, incluso aquellos acogidos al inciso 2° del N° 1 del artículo 50, deben incorporarse al N° 2 del artículo 82 de la Constitución, materializándose respecto de ellos un control forzoso de constitucionalidad.

5. EL CONSTITUCIONALISMO REAL Y EL HIPOTÉTICO

Para concluir, permítasenos unas reflexiones sobre otra réplica que ha dejado el TPI y su paso por Chile.

Creemos que el fallo 346 ha significado la escuela del “Constitucionalismo Real”, por sobre la siempre fuerte del “Constitucionalismo Hipotético”. Ambas son escuelas latentes, no evidentes, pero presentes con fuerza en nuestro medio académico, legislativo y judicial.

El constitucionalismo real pretende transformar las normas de la Constitución en preceptos precisos, vinculantes, dotados de efectos jurídicos que mandan, prohíben o permiten. Busca que produzca efectos en las personas mediante preceptos ciertos, equiparables a la ley en su poder normativo, pero dotados de supremacía³⁷.

El constitucionalismo hipotético ve a las normas constitucionales como meros parámetros flexibles de acción para el poder político, dotados de una necesaria generalidad, flexibilidad e imperceptible mutabilidad.

Es claro que diversas sentencias del TC y algunos votos de minoría se inscriben en esta última línea. A modo de ejemplo, el considerando 46° de la sentencia rol 325, caso “Catalíticos”, cuando aceptando que el Decreto Supremo N° 20 controlado “no cumple a cabalidad con los requisitos” constitucionales, declara cinco líneas después que “...esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y solo para la aplicación de él...”³⁸.

Otro ejemplo es el considerando 3° del rol 309, Pueblos Indígenas, que extremó la presunción de constitucionalidad a un nivel incompatible con el “realismo” constitucional, al declarar que “el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las norma de un Tratado y los preceptos de la Constitución”.

El voto de minoría en la sentencia rol 279, “Elecciones primarias”, también es un reflejo de la escuela hipotética de Derecho Constitucional. Expresó allí el disidente: “Y en lo tocante a la invocación que hace el requerimiento a los antecedentes históricos sobre la locución ‘votaciones

³⁷ Como muy bien lo decía ya en 1803 la Corte Suprema Norteamericana en el caso *Marbury con Madison*: “o la Constitución es la ley superior y suprema, inalterable por los medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca”.

³⁸ Véase respecto de esta sentencia del Tribunal Constitucional los acertadísimos Comentarios de Raúl Bertelsen, Gustavo Cuevas Farren y Beatriz Hidalgo Gallardo en la revista “Ius Publicum” N° 7 / 2001.

*populares' cabe tener presente que, por respetables que ellas sean, no tienen carácter vinculante para el intérprete que postula una visión dinámica y evolutiva de la Constitución*³⁹.

Creemos, en suma, que el TPI y su fallo han sido una ocasión reivindicadora del derecho constitucional real, en que las palabras de la Constitución conservan su poder vinculante en el contexto dinámico a que están llamadas a regir. No nos parece que esta reflexión haya que situarla en el supuesto antagonismo de los elementos de interpretación "literalista" y "originalista" por oposición al "finalista". Todos estos funcionan en un plano de "realismo", admisible y sano. El derecho constitucional hipotético resulta en un grado superior de incertidumbre, pues aborda la norma en términos tan difusos que solo sirve como estéril parámetro flexible y acomodaticio para el control del poder.

³⁹ Sentencia rol 279, de 6 de octubre de 1998, voto del Ministro Sr. Mario Verdugo M.