

## INTRODUCCIÓN

El ocho de abril de 2002, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el requerimiento formulado por 35 diputados pertenecientes a las bancadas de Renovación Nacional y la Unión Demócrata Independiente, con el objeto de que declarase la inconstitucionalidad del *Estatuto de Roma* que crea la *Corte Penal Internacional*, adoptado en esa ciudad el 17 de julio de 1998, resolviendo acoger la petición de inconstitucionalidad y declarando que la aprobación y posterior ratificación del Tratado requería de reforma constitucional previa.

En este trabajo nos ocuparemos del análisis jurídico de dicha sentencia, una de las más importantes -y polémicas- pronunciadas por el Tribunal Constitucional en el último tiempo y que ha sido objeto de una fuerte controversia doctrinal.

La tarea emprendida nos llevó a una exhaustiva búsqueda de material bibliográfico. Ello porque quedaba la impresión de que la sentencia parecía desconocer muchos aspectos indispensables para efectuar un adecuado tratamiento del tema. Decidimos en definitiva abordar aquellos que nos parecieron mas relevantes para dejar en evidencia las falencias de la resolución, siguiendo su misma estructura temática, e incluyendo los planteamientos del voto disidente del Ministro Marcos Libedinsky.

En el Capítulo 1 intentaremos precisar el tema de la naturaleza de la jurisdicción de la Corte y su relación con los ordenamientos nacionales y el concepto de soberanía, destacando el rol que juega el principio de jurisdicción universal.

Luego nos adentraremos en el no menos difícil tema de la jerarquía de los tratados internacionales, aunque como es ésta la oportunidad de tratar *in extenso* el problema, señalaremos en el Capítulo 2 algunas ideas generales y plantearemos nuestra posición al respecto.

El siguiente punto es el de las inmunidades y de la improcedencia del cargo oficial. El Capítulo 3 da cuenta de la evolución sobre la materia y deja en evidencia las omisiones del fallo.

Finalmente, en el Capítulo 4 nos haremos cargo de las “otras inconstitucionalidades”, situaciones de carácter menor que el fallo trató con menos extensión que las anteriores.

Esperamos que el presente trabajo permita reflexionar sobre la necesidad de asumir con un criterio amplio los desafíos que plantea la protección de la dignidad del ser humano y la defensa de su vida y libertades, como valores superiores de cuyo respeto depende la construcción de un mundo pacífico, seguro y justo.

## CAPÍTULO 1

### JURISDICCIÓN UNIVERSAL, COMPLEMENTARIEDAD Y SOBERANÍA NACIONAL

Los primeros acápites del fallo dicen relación con el carácter complementario de la Corte Penal Internacional (en adelante “la Corte”), la naturaleza de su jurisdicción y la vulneración que se causaría a la soberanía nacional. En este capítulo examinaremos el principio de jurisdicción universal, que cada vez adquiere mas fuerza en la doctrina y jurisprudencia de tribunales internacionales y extranjeros, encontrándose recogido en diversos instrumentos. Además, analizaremos el carácter complementario que el Estatuto de Roma (en adelante “el Estatuto”) atribuye a la Corte, e intentaremos desvirtuar la idea de una amenaza a la soberanía nacional<sup>1 2</sup>.

#### 1. El principio de jurisdicción universal y los crímenes de competencia de la Corte

Cuando nos referimos a la competencia de la Corte, nos encontramos situados en el plano de la “jurisdicción universal”, y no en el plano de las “jurisdicciones nacionales”. En efecto, los crímenes de competencia de la Corte son crímenes de naturaleza internacional, diferentes a los delitos que cada Estado pueda tipificar en su ordenamiento

---

<sup>1</sup> El texto del Estatuto puede consultarse en [http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) , *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Fecha consulta: 31 de julio de 2004. Por su parte, el texto de la sentencia del Tribunal puede encontrarse en <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/ROL0346.pdf>, fecha consulta: 31 de mayo de 2004.

<sup>2</sup> Para una completa panorámica acerca de los antecedentes histórico-jurídicos de la Corte, *Vid.* URIOS MOLINER, Santiago, “Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. También puede consultarse <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2819>, FERNANDES MORE, Rodrigo, *A prevenção e solução de litígios internacionais no direito penal internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma corte penal internacional*. Fecha consulta: 31 de julio de 2004.

Además pueden consultarse las *Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas* 44/39, 45/41, 46/54, 48/31, 49/53, 50/46 y 51/207, las cuales dan cuenta de las tareas desarrolladas por la Organización y en especial por la Comisión de Derecho Internacional, el Comité Especial y el Comité Preparatorio, en lo relativo al establecimiento de la Corte. *Vid.* <http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm>, “Resoluciones de la Asamblea General”, fecha consulta: 31 de julio de 2004.

interno. Veremos a continuación en que consisten ambos conceptos y la importancia de distinguir entre uno y otro.

### 1.1 Concepto de “jurisdicción universal” y “jurisdicción nacional”

La *jurisdicción nacional*, en términos amplios, se concibe como el poder del Estado de crear normas, interpretarlas, aplicarlas e incluso hacerlas cumplir por medios coercitivos, todo ello siempre dentro de su territorio<sup>3</sup>. Así, en materia penal, el Estado solo puede tipificar y sancionar hechos ocurridos dentro de su territorio, y solo excepcionalmente sus tribunales tendrán competencia para conocer de hechos ocurridos fuera de él, situaciones que en todo caso requieren algún vínculo entre el Estado y el imputado o la víctima (nacionalidad, por ejemplo).

La *jurisdicción universal*, por otro lado, es “aquella que, sin reparar en el territorio en que se ha cometido el crimen o la nacionalidad de la víctima o del victimario o si se han afectado intereses nacionales y, en rigor, desentendiéndose de toda circunstancia fáctica, atribuye jurisdicción a los tribunales de todos los Estados en razón de la naturaleza misma del delito involucrado”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Utilizada en este sentido, la expresión *jurisdicción nacional*, viene a ser sinónimo de *soberanía*.

<sup>4</sup> Vid. RELVA, Hugo Adrián, *La Jurisdicción Estatal y los Crímenes de Derecho Internacional*, p.3, en [www.iccnw.org/espanol/articulos/Relva\\_ic.pdf](http://www.iccnw.org/espanol/articulos/Relva_ic.pdf), visitado el 30 de agosto de 2004. De la misma forma, el Principio 1.1 de los *Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal* señala que “se entenderá por jurisdicción universal la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido el crimen, de la nacionalidad del presunto o culpable perpetrador, de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otro vínculo con el Estado que ejerza tal jurisdicción”. Y mas adelante el mismo principio en su párrafo 2, señala que “la jurisdicción universal puede ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario de cualquier Estado para el enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido graves crímenes bajo el derecho internacional”, Vid. [www.upaz.edu.uy/informes/otros/princeton2.htm](http://www.upaz.edu.uy/informes/otros/princeton2.htm). “*Texto completo de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal*”, consultado el 05 de agosto de 2004.

Este principio de universalidad se traduce en que *cualquier Estado* tiene el derecho-y podríamos afirmar que el deber- por motivo de interés u orden público internacional, de apresar y juzgar a una persona por los crímenes definidos internacionalmente<sup>5</sup>. Además, estas infracciones internacionales “revisten el carácter de *ius cogens*, constituyen *obligatio erga omnes* y son inderogables. Entre las consecuencias de este estatuto legal [...] se cuentan, según M.Cherrif Bassiouni, las siguientes obligaciones imperativas de los Estados: “[...]el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda inmunidad, comprendida la de los Jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la “obediencia debida” (salvo como atenuante), la aplicación de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los estados de excepción, y la jurisdicción universal”<sup>6</sup>. Volveremos luego sobre algunas de estas obligaciones de los Estados.

## 1.2 Evolución del concepto de jurisdicción universal y su recepción en el Estatuto de Roma

El principio de jurisdicción universal se aplicó en la Edad Moderna a la *piratería*, extendiéndose posteriormente al comercio de esclavos(siglo XIX). En la segunda mitad del siglo XX, diversos instrumentos establecieron la jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra,

---

<sup>5</sup> Vid. <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList106/6EC0070224FC2844C1256DE10059C9F6>, “El régimen de consentimiento del Estado contra la jurisdicción universal: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio”. Fecha consulta: 05 de agosto de 2004.

<sup>6</sup> Vid. <http://www.abogarte.com.ar/index.php3?dos=2003-12-29%2013:09:26-03>, MATTAROLLO, Rodolfo, *La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad*. Fecha consulta: 01 de Septiembre de 2004.

crímenes de lesa humanidad, la tortura y el apartheid<sup>7</sup>. Similar posición asumieron diversas legislaciones nacionales<sup>8</sup>.

Como suele ocurrir con las normas de Derecho Internacional, su mayor desarrollo ha sido por la vía jurisprudencial, tanto de tribunales internacionales como nacionales. A vía de ejemplo podemos mencionar los casos *Adolf Eichmann* (Israel, 1961), *Munyeshayaka* (Francia, 1978), *Polyukhovic* (Australia, 1991), *Saric* (Dinamarca, 1994), *Cvjetkovic* (Austria, 1994), *Djajic* (Alemania, 1997), *Jorgic* (Alemania, 1999), *Furundzija* (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 1998), y el caso *Pinochet*<sup>9</sup> (Reino Unido, 1999). “En el célebre caso *Eichmann*, los tribunales de Israel ejercitaron jurisdicción universal y afirmaron que en razón de su misma naturaleza los crímenes de guerra y contra la humanidad exceden el marco de las fronteras y las leyes nacionales, siendo objeto del orden internacional de las naciones, bajo el que deben estar comprendidos(...)”<sup>10</sup>.

El *Estatuto de Roma* deja en claro que la competencia de la Corte se limita a los *crímenes internacionales* de mayor gravedad. En efecto, el Preámbulo afirma que “los *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional* en su conjunto no deben quedar sin castigo”, y recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de *crímenes internacionales*”.

---

<sup>7</sup> Entre otros instrumentos podemos mencionar el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*, la *Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado*, los cuatro *Convenios de Ginebra* de 1948 y sus *Protocolos I y II*, la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, y la *Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes*. Se debe agregar también el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*.

<sup>8</sup> V.gr. *Ley Orgánica del Poder Judicial* de España, el *Código de Procedimiento Penal* francés, el *Código Criminal* canadiense, la *Ley sobre Castigo de los Nazis y sus Colaboradores* en Israel, y los códigos penales de Alemania, Etiopía, Bélgica, Perú, Brasil, Italia.

<sup>9</sup> En el caso *Pinochet*, la Cámara de los Lores británica sostuvo que: “Aunque los detalles de razonamiento varían, la proposición básica común a todos, salvo para Lord Goff of Chievely, es que la tortura constituye un delito internacional sobre el que el derecho internacional y las partes en la Convención contra la Tortura han concedido jurisdicción universal a todos los tribunales independientemente del lugar donde se practique la tortura”.

<sup>10</sup> Vid. RELVA, Hugo Adrián, *La Jurisdicción Estatal y los Crímenes de Derecho Internacional*, p.6, en [www.iccnw.org/espanol/articulos/Relva\\_ic.pdf](http://www.iccnw.org/espanol/articulos/Relva_ic.pdf), Fecha consulta: 30 de agosto de 2004.

Más adelante el Artículo 1 señala que "...la Corte estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los *crímenes mas graves de trascendencia internacional...*"; y el Artículo 5 dispone que "la competencia de la Corte se limitará a los *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...*".

Es evidente entonces que la Corte ejerce jurisdicción universal respecto de los crímenes puestos bajo su competencia, la cual, en todo caso, se articula con las jurisdicciones nacionales, como veremos a continuación, al tratar el tema de la complementariedad.

## **2. El principio de complementariedad: concepto, desafíos y problemas**

Para el Tribunal Constitucional, aun cuando la Corte tiene un carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales, en realidad es una jurisdicción correctiva y sustitutiva de estas. Existiría una prórroga de jurisdicción al contar la Corte con la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile, situación que implicaría una transferencia de soberanía no autorizada por la Constitución, infringiéndose el artículo 5º inciso 1º de la misma. La Corte sería un Tribunal supranacional, por ser permanente y tener jurisdicción sobre personas naturales, pudiendo incluso ejercerla por sobre las jurisdicciones nacionales a la cual esté sometido el procesado, característica que no tienen otros tribunales internacionales como la Corte Interamericana de DD.HH. y la Corte Internacional de Justicia, los cuales no supervigilan, corrigen ni sustituyen las resoluciones de los tribunales nacionales.

A continuación trataremos de explicar brevemente en qué consiste la complementariedad, dejando en evidencia los errores en que incurrió el Tribunal al respecto.

El Artículo 1 del Estatuto dispone: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (la “Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”. Según esta norma la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales es de *complementariedad*. Lamentablemente, el Estatuto no define el sentido ni el alcance de este carácter complementario de la Corte.

Tras hacer un estudio del tema de las *Cuestiones de Admisibilidad* (Artículo 17 del Estatuto), el Tribunal concluyó que la jurisdicción de la Corte en realidad es sustitutiva y correctiva de las jurisdicciones nacionales y que “...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 viene a ser una transferencia de soberanía no autorizada por la Constitución<sup>11</sup>. Citando a la profesora Ángela Vivanco, señaló que “la presunta idea de la acción de la Corte como complementaria a la de los tribunales chilenos se pierde del todo, ya que se superpone totalmente a la actividad de estos, y aún más, el juzgamiento que ellos puedan

---

<sup>11</sup> Considerando 31: “Que, de todo lo expuesto se desprende que 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 soberanía que, por no estar autorizada en nuestra Carta Política, vulnera en su esencia el artículo 5º, inciso primero, de la Constitución[...].”

hacer previamente de un asunto, no tendrá más mérito que el que en criterio de la Corte éste tenga. De esta forma, la Corte se transforma en una instancia de supervigilancia respecto de los tribunales de justicia chilenos, incluida la Corte Suprema, ya que tiene la facultad de examinar sus intenciones y motivaciones al juzgar, cosa que le está expresamente prohibida de hacer tanto al Presidente de la República como al Congreso Nacional, de acuerdo al artículo 73 de la Carta. De esta forma, en la materia, la Corte será mas soberana que la totalidad de los poderes públicos del país<sup>12</sup>.

Pensamos que, si la sentencia se hubiese detenido a examinar el significado de la complementariedad, gran parte de su argumentación siguiente no hubiese sido necesaria, porque se habría clarificado lo medular del problema en cuestión.

Si partimos de la base, como hace el Tribunal, de que la jurisdicción de la Corte es la misma que corresponde a las jurisdicciones nacionales, debemos concluir que efectivamente su carácter es correctivo y sustitutivo de éstas, y efectivamente sería un tribunal supranacional. Por el contrario, si, como sostenemos en este trabajo recogiendo la doctrina de la jurisdicción universal, el ámbito de competencia de la Corte está limitado a los crímenes internacionales de mayor gravedad, la conclusión será la opuesta<sup>13</sup>.

Como bien señala el Presidente de la República en las observaciones al requerimiento, el carácter complementario de la Corte supone una competencia

---

<sup>12</sup> Vid. VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "Informe en Derecho acerca de los alcances constitucionales del Estatuto de Roma contenido en el Boletín N°2.239-10", de fecha 31 de agosto de 1999.

<sup>13</sup> Advertamos eso sí, que aunque el Tribunal usa los términos "correctivo", "sustitutivo" y "supranacional" con una connotación negativa, como elementos que pondrían en jaque el ordenamiento jurídico chileno, en nuestro concepto, ellos no tienen esa significación, porque es perfectamente conciliable con la soberanía nacional la posibilidad de que un tribunal supranacional pueda revisar, en ciertos casos y dándose ciertas condiciones, las decisiones de tribunales chilenos, porque como veremos en la sección siguiente, la soberanía no es un concepto monolítico y admite limitaciones.

compartida entre las jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional, respecto de los crímenes internacionales fundamentales, los cuales como ya clarificamos en la sección anterior, son de jurisdicción universal.

Según Claudio Troncoso Repetto, debe entenderse que la Corte funciona en subsidio de la competencia de los tribunales internos; “la tarea primaria o primordial en la investigación y juzgamiento de los graves *crímenes internacionales* está a cargo en primerísimo lugar de los tribunales nacionales”<sup>14</sup>. El Estatuto no obliga, por tanto, a los Estados a ceder parte de su jurisdicción a la Corte, sino por el contrario, le reconoce a estos la competencia de juzgar estos crímenes, lo cual viene a significar una ampliación de las competencias de los tribunales nacionales, los cuales quedan facultados no solo para conocer de los delitos tipificados en la ley interna, sino además, y de manera preferente, de los delitos tipificados en el propio Estatuto. “Si éstos -los tribunales nacionales- actúan apropiadamente, impartiendo justicia en cada caso que les corresponda conocer, la Corte no tendrá intervención alguna”<sup>15</sup>. Solo en caso de no existir en el respectivo Estado un aparato judicial, o si éste no está en condiciones de impartir justicia o derechamente no quiere hacerlo, se desenvolverá la actividad de la Corte, la cual vendrá a perfeccionar o completar el ejercicio de la jurisdicción universal, en el caso concreto.

El voto de minoría del Ministro Libedinsky concluye al respecto que este principio viene a garantizar la primacía de nuestro sistema jurisdiccional, permitiendo la actuación

---

<sup>14</sup> Vid. TRONCOSO REPETTO, Claudio “La Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad”, en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2, año 2000, pp. 414. En el mismo sentido Vid. CEA EGAÑA, José Luis, “Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, Año 5, N° 2., 1999, pp.358-359.

<sup>15</sup> Vid. TRONCOSO REPETTO, Claudio “La Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad”, en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2, 2000, pp. 414.

de la Corte sólo cuando "...este sistema no haya actuado o lo haya hecho de un modo ficticio o simulado"<sup>16</sup>.

Antonio Cassese señala que "el establecimiento del Tribunal Penal Internacional proclama que cuando fracasan los mecanismos territoriales y nacionales, es la comunidad internacional al unísono la que tiene que actuar –a través de un cuerpo judicial central, el TPI. La Corte no es un sustituto de las instituciones penales nacionales activas y efectivas. Por el contrario, su propósito es constituir un poderoso incentivo para que las cortes nacionales instituyan procedimientos contra supuestos criminales. El TPI solo actúa cuando esas cortes nacionales son incapaces de hacerlo"<sup>17</sup>.

Dos consecuencias surgen de la explicación anterior sobre la complementariedad. Desde un punto de vista jurídico, "para que los tribunales nacionales puedan ejercer cabalmente su jurisdicción en estos graves crímenes internacionales, será necesario adecuar la ley penal y procesal penal a lo requerido por el Estatuto de Roma. Ello significará tipificar en la ley penal doméstica los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, como revisar el resto de la legislación, especialmente en lo tocante a las reglas de cooperación judicial en materia penal"<sup>18</sup>.

Por otro lado, desde un punto de vista jurídico-político, la admisión de un asunto a la competencia de la Corte implicará entrar a calificar la capacidad de organización judicial

---

<sup>16</sup> Punto Sexto del voto de minoría: "[...]Debe concluirse que el principio de la complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma configura una garantía de la primacía de nuestro sistema jurisdiccional, que sólo posibilitará la actuación de la Corte Penal Internacional en aquellas situaciones en que este sistema no haya actuado o lo haya hecho de un modo ficticio o simulado[...]."

<sup>17</sup> Vid. [http://www.crimesofwar.org/icc\\_magazine\\_s/icc-cassese.html](http://www.crimesofwar.org/icc_magazine_s/icc-cassese.html), CASSESE, Antonio, "Un Gran Paso Adelante para la Justicia Internacional". Fecha consulta: 05 de septiembre de 2004.

<sup>18</sup> Vid. TRONCOSO REPETTO, Claudio "La Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad", en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2, 2000, pp. 414.

de un Estado. Como señala Alejandro Rodríguez Carrión<sup>19</sup> “en mayor o menor medida se podría asistir a un intento de calificación de las judicaturas nacionales como aceptables o inaceptables, invocando el concepto de las divisiones de los Estados entre bárbaros, semicivilizados y civilizados”.

### **3. La soberanía**

En opinión del Tribunal, la función jurisdiccional, expresión de la soberanía, corresponde solo a las autoridades que la Constitución establece. El Estatuto al otorgar jurisdicción a la Corte para conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, colisiona con el artículo 5 de la Constitución, porque atribuye potestad jurisdiccional a una autoridad no establecida en ella. La potestad jurisdiccional de nuestros tribunales excluye cualquier injerencia de autoridades nacionales o internacionales, por lo que si un Tratado complementa o eventualmente corrige la situación anterior, se hace necesaria una reforma constitucional.

El tema de la soberanía es el punto central del fallo y es el que marca las diferencias entre los autores a la hora de alabarlo o criticarlo. Esta materia está profundamente influida por la posición política del analista; si adhiere a una línea de pensamiento cercana a la derecha política, tendrá normalmente una concepción clásica de la soberanía; por el contrario, si adhiere a un pensamiento de centro-izquierda, generalmente estará por la denominada concepción moderna o limitada<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, “Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales. Creación de una jurisdicción penal internacional”, Colección Escuela Diplomática, Nº 4, Madrid, 2000, p.172, citado por TRONCOSO REPETTO, Claudio, “La Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad”, en *Ius et Praxis*, Año 6 Nº 2, 2000, pp. 417.

<sup>20</sup> No hemos querido hacer aquí la clásica contraposición entre conservadores y liberales, debido, sobre todo, a las diferentes acepciones que suele tener la última expresión, que en determinados contextos y ocasiones hace referencia

Si bien no adherimos a la doctrina del Tribunal, creemos que no basta con decir - como hacen muchos autores- que el fallo es errado porque el concepto de soberanía ha evolucionado. Es necesario un análisis no solo desde la óptica del derecho interno, sino también del derecho internacional.

### 3.1 Concepción clásica de la soberanía

Mario Verdugo M. y Ana María García B.<sup>21</sup> señalan que la soberanía es una característica del poder del Estado, que implica que no existe otro superior o concurrente con él. Citando a Hermann Heller<sup>22</sup> afirman que “cuando se dice que el Estado es soberano, hay que entender por ello que, en la esfera en que su autoridad es llamada a ejercerse posee una potestad que no depende de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder”.

Recogiendo esta concepción el fallo señala que la soberanía es una cualidad del poder del Estado, en cuanto éste no admite a otro por encima de él ni en concurrencia con él. Agrega que siendo la jurisdicción una de las manifestaciones de la soberanía, solo la pueden cumplir las autoridades, en este caso los tribunales de justicia nacionales. Por ello el Estatuto es inconstitucional, ya que otorga jurisdicción a una autoridad no reconocida en la Constitución. En todo caso admite, aunque solo al pasar, que la

---

incluso a corrientes económicas o instituciones jurídicas propias del pensamiento conservador. Piénsese, por ejemplo, en la concepción de la propiedad individual, considerado un aporte del liberalismo pero defendido a ultranza por los conservadores, o en el modelo de “libre mercado”, impulsado por dos claros exponentes del conservadurismo, como Margaret Thatcher y Ronald Reagan. Tampoco se ha querido hacer sinónimos los términos *clásico*, *moderno* y *liberal*, como hacen algunos autores al considerar la época de surgimiento de la primera concepción.

<sup>21</sup> Vid. VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana María, *Manual de Derecho Político*, Tomo I, *Instituciones Políticas*, pp. 143-144, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

<sup>22</sup> Vid. HELLER, Hermann, *La soberanía*, p. 214, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

soberanía ha evolucionado, siendo uno de sus límites los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Se adhiere por tanto a una concepción clásica de la soberanía que la entiende en términos absolutos y la ve como un elemento esencial del Estado, entendiendo a la Constitución como la expresión del Poder Constituyente de ese Estado, acotado al ámbito interno y excluyendo a los demás Estados (o a la Comunidad Internacional) de intervenir en sus asuntos. José Luis Cea<sup>23</sup> afirma que en esta concepción la Constitución resulta ser exclusivamente Derecho manifestado por el Estado y está subordinada a la soberanía de éste; ninguna norma constitucional puede exceder la soberanía en el orden interno y, especialmente, en el internacional.

Desde este punto de vista, entonces, siendo la Nación el titular de la soberanía<sup>24</sup>, quienes la ejercen, no pueden hacerlo de tal forma que se renuncie o abdique de ella, porque solo están autorizados para “administrarla” y no para “disponer” de ella o “enajenarla”, como ocurriría en el caso del Estatuto<sup>25</sup>.

### 3.2 Concepción moderna o soberanía limitada

Ciertamente el concepto de soberanía ha evolucionado, enfrentando el poder estatal diversas limitaciones, relacionadas, por una parte, con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y por otra, con el respeto a los Derechos Humanos;

---

<sup>23</sup> Vid. CEA EGAÑA, José Luis, “ Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, año 5 N° 2, 2000, p.356.

<sup>24</sup> Artículo 5º de la Constitución Política de la República.

<sup>25</sup> Vid. ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, “Corte Penal Internacional y Soberanía Universal”, en *Actualidad Jurídica*, Año 1, N°2, Julio 2000, p.17.

limitaciones que tienen un alcance infinitamente mayor a la idea de “auto limitación” que plantea el fallo, según la cual sólo la Constitución puede autorizar la delegación del ejercicio de las competencias soberanas, como ocurre en el caso de la delegación legislativa -idea que por cierto no se condice con la moderna concepción del Estado de Derecho-.

En todo caso, pensamos que la adopción del Estatuto de Roma por parte del Estado chileno, representa un ejercicio de la soberanía (no una delegación o transferencia), para dar así cumplimiento a las obligaciones internacionales que imponen el respeto y la promoción de los Derechos Humanos. El desarrollo siguiente dejará en evidencia lo anacrónica que es la concepción del Tribunal Constitucional.

Como señala Humberto Nogueira<sup>26</sup>, la Carta de Naciones Unidas hizo perder a la soberanía el carácter de poder supremo incondicionado e ilimitado; en el plano externo, se establece la ilegitimidad del derecho a hacer la guerra, quedando desplazado por el derecho a la paz y el arreglo pacífico de las controversias<sup>27</sup>; asimismo queda limitado por los derechos humanos asegurados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos y Convenciones complementarios en el plano internacional”.

Teniendo a la vista los artículos 27, 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, tales normas-ilicitud del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, respeto y promoción de los Derechos Humanos- tienen el carácter de *Ius Cogens*, es decir, son principios y normas que los Estados deben acatar y cumplir para

---

<sup>26</sup> Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece el Tribunal Penal Internacional”, *Ius et Praxis*, Año 8 N° 1, 2002, p.568.

<sup>27</sup> Artículo 2.3 y 2.4 de la *Carta de las Naciones Unidas*.

lograr una convivencia internacional pacífica y justa; preceptos imperativos y generales del Derecho Internacional, aceptados y reconocidos por la comunidad de Estados, que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificados por una disposición ulterior de Derecho Internacional General de igual carácter<sup>28</sup>. Consecuencia de lo anterior es que jamás un Estado puede invocar su normativa constitucional interna para desconocer el cumplimiento de tales normas-y en general, de toda obligación internacional que haya contraído.

Se ha llegado incluso a plantear que la soberanía no es un concepto de orden interno, sino de carácter internacional. “Esto significa que es la ley internacional la que autoriza al Estado a ejercer jurisdicción sobre cualquier acto que no esté ya bajo la expresa prohibición –se alude aquí a la competencia para conocer de crímenes internacionales- del derecho internacional”<sup>29</sup>. Esto parece ser una manifestación de la Teoría monista de Kelsen, según la cual el Derecho Internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados<sup>30</sup>.

Resumiendo, entonces, la soberanía no es un concepto absoluto. La internacionalización del Derecho Constitucional y la primacía del respeto y promoción de los Derechos Humanos por sobre el instrumento de gobierno, la han relativizado, admitiendo limitaciones (aunque como ya señalamos, siendo una obligación del Estado la

---

<sup>28</sup> Artículo 53 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*.

<sup>29</sup> Vid. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2819>, FERNÁNDES MORE, Rodrigo, “A prevenção e solução de litígios internacionais no direito penal internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma corte penal internacional”. Fecha consulta: 31 de julio de 2004.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Traducción de Eduardo García Maynez, 3ª Edición, México, 1969, p.346, citado por NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, en “Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos en América Latina y Chile”, en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, p. 231.

promoción de estos derechos, todo lo que se haga con tal finalidad, constituye no una limitación, sino un ejercicio de la misma). La Constitución de un Estado, hoy en día, lleva envuelta la condición, so pena de ser ilegítima, de respetar los Derechos Humanos y cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales. Como afirma Cea Egaña<sup>31</sup> “eso es, genuina y verdaderamente, Estado de Derecho o de Justicia, o sea, gobierno limitado y controlado en sus potestades, al servicio de la persona y de la garantía de sus derechos inalienables”<sup>32</sup>.

#### **4. Las reglas constitucionales sobre la jurisdicción**

Para el Tribunal Constitucional el Estatuto implicaría una intromisión de autoridades extranjeras en las decisiones de los tribunales chilenos, afectando así su independencia, la superintendencia de la Corte Suprema e implicando una delegación de la potestad jurisdiccional y la creación de un Tribunal mediante un Tratado y no mediante una ley. Todo esto claramente estaría infringiendo la Constitución.

Lo expuesto en las secciones anteriores, habrá aclarado varios de estos puntos. Baste recordar, como hizo el Ministro Libedinsky<sup>33</sup>, que estas reglas están dirigidas a los tribunales chilenos y no a los internacionales; no podría ser de otro modo, ya que si las reglas sobre el ejercicio de la función jurisdiccional presentes en la Constitución de un determinado Estado se aplicaran a los tribunales de otro Estado o a los tribunales internacionales, estaríamos en presencia de una violación al principio de igualdad

---

<sup>31</sup> Vid. CEA EGAÑA, José Luis, “ Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, Año 5 N° 2, 2000, p.356.

<sup>32</sup> Esto ya se encuentra consagrado, con otras palabras, en el artículo 1º de nuestra Constitución.

<sup>33</sup> Punto Décimo del voto de minoría.

soberana consagrado en la Carta de las Naciones Unidas<sup>34</sup>, situación que comprometería seriamente la paz y seguridad internacionales.

Por otro lado, la exigencia de que los tribunales estén establecidos por ley, es, en su origen, una garantía frente a las actuaciones de un Ejecutivo omnímodo, que le impide crear tribunales mediante disposiciones administrativas (de rango inferior a la ley). Los tratados internacionales (cuya jerarquía al menos legal es indiscutida), perfectamente pueden, en la esfera internacional, crear órganos encargados de aplicar las normas libremente convenidas por los Estados o que forman parte de la costumbre internacional. La garantía es mucho mayor si el órgano ha sido creado por el derecho internacional.

Respecto a la presunta delegación de la función jurisdiccional, la inconsistencia de este planteamiento queda clara al revisar lo dicho anteriormente sobre la jurisdicción universal y sobre el principio de complementariedad. No se afecta en nada la función jurisdiccional de un Estado; por el contrario, la existencia del poder-deber de éste de juzgar los crímenes de Derecho Internacional, reafirma que a él corresponde en primer lugar actuar en esta materia, solo que si no lo hace, incumpliendo sus obligaciones internacionales, subsidiariamente actuará la Corte Penal Internacional.

---

<sup>34</sup> Artículo 2.1 de la *Carta de las Naciones Unidas*.

## CAPÍTULO 2

### LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

No es nuestra intención agotar aquí el tema de la jerarquía que ocupan en nuestro ordenamiento los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, pero nos vemos obligados a formular algunas precisiones, porque el Tribunal trató la materia aún cuando no fue materia del requerimiento<sup>1</sup>. Nos limitaremos a exponer lo dicho por el voto de mayoría, a delinear las corrientes doctrinarias y a adoptar una posición al respecto.

#### 1. Planteamiento del Tribunal Constitucional

En primer lugar, el Tribunal, hace presente que tras la reforma de 1989 al artículo 5° de la Constitución un sector de la doctrina ha pretendido que los tratados sobre Derechos Humanos tendrían rango Constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental. Como tal idea subyace en la argumentación del Presidente de la República, estima necesario dilucidar esta controversia<sup>2</sup>.

Recuerda, a continuación, que con anterioridad a la reforma, la opinión unánime era que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional.

---

<sup>1</sup> Situación que fue advertida por el ministro Sr. Juan Agustín Figueroa, quien no aceptó lo expresado en los Considerandos 59 a 73, ambos inclusive, ya que nadie había cuestionado la admisibilidad del requerimiento en cuanto a la potestad del Tribunal Constitucional de revisar el Tratado en examen. Respecto al tema de la supremacía de la Constitución sobre esta última fuente, señaló que esa es una cuestión que surge cuando el aludido compromiso internacional se incorpora a nuestro derecho interno, para dilucidar –en tal evento y momento– su efecto sobre las normas constitucionales. Dicha cuestión es enteramente ajena a la situación *sub-lite*, por lo que estimó inútil todo aquél desarrollo argumental.

<sup>2</sup> En este punto el fallo cita varias fuentes: BERTELSEN, Raúl, “Rango jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, Tomo I, p. 219. RÍOS, Lautaro, “Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Gaceta Jurídica* N° 215, 1998, p.13, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p.124.

Con respecto al sentido de la reforma introducida al artículo 5º, concluye que “ no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda lógica jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso conoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado”<sup>3</sup>.

Citando al profesor Lautaro Ríos, señala que “ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inc. 2º del art.5º de nuestra Carta[...].La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD.HH., con la suprema jerarquía de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley[...].Dicha pretensión atenta también con el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental[...] que se caracteriza por su notable rigidez especialmente tratándose del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales...”<sup>4</sup>.

Tras analizar los artículos 6º, 80 y 82 de la Constitución concluye que “...no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contrario a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta

---

<sup>3</sup> Considerando 63º.

<sup>4</sup> Considerando 68º.

Fundamental, solo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional<sup>5</sup>.

## 2. Corrientes doctrinarias

Nos limitaremos en este punto a explicar en términos muy generales las posiciones antagónicas que existen al respecto, todo ello a la luz el enfoque internacional que inspira este trabajo.

El problema se estudia a raíz del alcance del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, agregado por la reforma de 1989. Diversas soluciones ha planteado la doctrina<sup>6</sup>, pero pueden clasificarse en dos grupos: aquellos que asignan a estos tratados una jerarquía igual o superior a la Constitución, y aquellos que señalan que tienen rango legal o supralegal pero infraconstitucional<sup>7</sup>.

### 2.1 El rango constitucional o supraconstitucional de los Tratados de Derechos Humanos

Adhieren a esta tesis, con matices, autores como Humberto Nogueira<sup>8</sup>, Francisco Cumplido<sup>9</sup>, Cecilia Medina<sup>10</sup>, José Luis Cea<sup>11</sup>, Alfredo Etcheberry<sup>12</sup>, Claudio Troncoso, Hugo Llanos, Emilio Pfeffer, entre otros.

---

<sup>5</sup> Considerando 74.

<sup>6</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam: *Interpretación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de Chile*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Tesis de Magister, Santiago, 2001, p. 159.

<sup>7</sup> Para tener una completa visión panorámica acerca de las opiniones de los distintos autores sobre la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, Vid. CRUZ F., Rafael (ed.), "La Jerarquía de los Tratados sobre Derechos Humanos frente a la Constitución y la Soberanía", en *Actualidad Jurídica*, Nº 6, Julio 2002, pp. 81-102.

<sup>8</sup> Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, año 1993, pp.881 y ss. Además, del mismo autor, "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno, en *Ius et Praxis*, Año 2, Nº 2, 1997, pp.9 y ss.; "Las Constituciones y los Tratados en

En síntesis señalan que la reforma de 1989, introdujo en la Constitución un reforzamiento de los Derechos Humanos, al establecer dos modalidades de institucionalización de estos derechos: la propia Constitución y los tratados internacionales. Ello permite incorporar derechos a la Constitución por una vía distinta al procedimiento ordinario de reforma, convirtiéndose, entonces, el tratado internacional en un procedimiento secundario de reforma constitucional. Tales tratados tendrían entonces un rango constitucional y para algunos un rango supraconstitucional. Una interpretación gramatical, histórica, sistemática y finalista de la Carta Fundamental conduce claramente a esta conclusión.

## 2.2 La jerarquía legal o suprallegal de los Tratados sobre Derechos Humanos

En esta corriente encontramos a autores como Pablo Rodríguez<sup>13</sup>, Enrique Evans de la Cuadra<sup>14</sup>, Jorge Tapia Valdés<sup>15</sup>, Lautaro Ríos<sup>16</sup>, Enrique Navarro Beltrán y Teodoro Ribera Nuemann, entre otros.

---

Materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile”, en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, pp.227 y ss.; “Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, Año 8 Nº 1, 2002, pp.574-579.

<sup>9</sup> Vid. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “Alcances de la modificación del Artículo 5º de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Año 1996; “Los Tratados Internacionales y el Artículo 5º de la Constitución”, en *Ius et Praxis*, Año 2, Nº 2, 1997.

<sup>10</sup> Vid. MEDINA QUIROGA, Cecilia, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Nº 6, Año 1996, pp.53 y ss.; “La Jerarquía en Chile de los Tratados de Derechos Humanos”, en *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Ediciones Corporación Nacional de reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1993, pp.39-54.

<sup>11</sup> Vid. CEA EGAÑA, José Luis, “Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, año 5 Nº 2, año 2000.

<sup>12</sup> Vid. ETCHEBERRY, Alfredo, “Constitucionalidad del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional”, informe presentado a la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados el 17 de agosto de 1999.

<sup>13</sup> Vid. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “Soberanía, Constitución y Tratado”, en *El Mercurio*, 28 de marzo de 1995; “Supremacía Constitucional”, en *El Mercurio*, 11 de abril de 1995; “El Tratado Internacional frente a la Constitución”, en *Actualidad Jurídica*, Nº 1, Año 2000, pp. 47 y ss.

La idea central es que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos son jerárquicamente inferiores a la Constitución, pudiendo ser iguales a la ley o superiores a ésta pero siempre sometidos a la Carta Fundamental. Demostración de esto serían las normas relativas a la supremacía constitucional, la forma de tramitación de los tratados internacionales y la plena procedencia del control de constitucionalidad a su respecto, tanto preventivo como represivo.

Distintas razones hacen que nos genere una mayor convicción la tesis de que los Tratados en cuestión tienen, al menos, rango constitucional. En síntesis, ellas son:

1) La postura que se adopte al respecto está necesariamente ligada a la concepción que se tenga de la soberanía, porque de la mayor o menor extensión que demos a este concepto dependerá la jerarquía que tengan aquellos instrumentos jurídicos que apuntan precisamente a limitarla. Como ya hemos mencionado, la soberanía ha perdido su carácter absoluto, porque la comunidad internacional estima superiores valores como el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el respeto de los derechos humanos<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Vid. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, p.524, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

<sup>15</sup> Vid. TAPIA VALDÉS, Jorge, "Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5º de la CPR de 1980", en *Ius et Praxis*, Año 9, Nº 1, 2003, pp. 351-364.

<sup>16</sup> Vid. RIOS ÁLVAREZ, Lautaro, "Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", en *Ius et Praxis*, Año 2, Nº 2, 1997, pp.101-112.

<sup>17</sup> Artículo 1º *Carta de las Naciones Unidas*: "Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;[...] 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los

2) Las normas deben interpretarse en el sentido de que produzcan algún efecto (principio del efecto útil). El texto anterior a 1989 ya reconocía como límite a la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo tanto una modificación con la finalidad de reforzar la protección de los derechos humanos( a la luz del contexto histórico y político), señalando que el Estado debe respetar y promover tales derechos reconocidos en los tratados internacionales, necesariamente debía implicar, so pena de volverse superflua, un mejoramiento de la situación jerárquica de los mismos; la elevación al rango constitucional se torna así en una técnica legislativa que resulta ser un corolario de la intención del constituyente y de la historia fidedigna de la norma<sup>18</sup>.

---

derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión[...]".

<sup>18</sup> Vid. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam: *Interpretación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Tesis de Magister, Santiago, 2001, p. 159.

## CAPÍTULO 3

### LA IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL Y LAS INMUNIDADES

En los capítulos anteriores hemos visto la evolución del principio de jurisdicción universal y su amplia aceptación en la actualidad (al menos en términos teóricos) y cómo se articulan, en virtud del principio de complementariedad, las jurisdicciones estatales y la jurisdicción de la Corte. Señalamos que una adecuada comprensión de estos principios es básica para adoptar una posición frente al Estatuto de Roma. El tema que aquí comenzamos a analizar es el que más refleja los recelos y temores que ocasiona este tratado. Ello porque la soberanía y la jurisdicción nacional se elevan al rango de valores absolutos precisamente por el temor que existe, por parte de gobernantes, legisladores y jueces, de que en caso de incurrir en alguna de las conductas tipificadas en el Estatuto, los privilegios e inmunidades que les acuerdan los ordenamientos internos, puedan quedar sin efecto y ser sancionados por la comisión de tales ilícitos.

#### 1. Las inmunidades y sus limitaciones en el Derecho Internacional

El artículo 27<sup>1</sup> consagra la improcedencia del cargo oficial señalando que el hecho de ser Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, no es eximente de responsabilidad ni constituye *per se* motivo para reducir la pena. Además, las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstan a que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

---

<sup>1</sup> Artículo 27 *Estatuto de Roma*: "Improcedencia del Cargo Oficial. 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".

Ante ello el Tribunal Constitucional afirma que, vistos los artículos 58, 78, 80 H y 81 de la Constitución y el citado artículo 27 del Estatuto, "...aparece con nitidez que el fuero parlamentario y las prerrogativas penales de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales y los jueces que integran el Poder Judicial y de los Ministros del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos quedan sin efecto porque el Estatuto hace desaparecer este sistema, ya que prevé un procesamiento directo ante la Corte, lo que resulta incompatible con las disposiciones constitucionales precedentemente citadas"<sup>2</sup>.

En el Derecho Internacional es un principio fundamental el que un Estado no debe juzgar o fallar sobre la conducta de otro Estado. En virtud de este principio, los tribunales de un Estado (Estado foro) deben abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre los actos de un Estado extranjero, el cual goza así de inmunidad procesal en el estado del foro. Este principio encuentra su fundamento en los principios de no intervención y de igualdad jurídica de los Estados, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup>, y en el respeto que los Estados se deben entre sí a su honra y dignidad<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Considerando 88º.

<sup>3</sup> "Artículo 2: Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.[...] 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este Principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII".

<sup>4</sup> Esta inmunidad surgió de la inmunidad de que gozaban los monarcas absolutos y persiste hoy en día respecto de ciertos agentes del Estado, como el Jefe de Estado y los diplomáticos. "En atención a que el Estado actúa representado por determinadas personas, la inmunidad de que goza el Estado en el extranjero también se extiende o se aplica a estos agentes del Estado". Vid. FUENTES, Ximena, "Las Inmunidades de Jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, p.419.

Esta inmunidad no es absoluta. Una primera limitación emana de la clásica distinción entre actos de imperio y actos de gestión; respecto de estos últimos el Estado no goza de inmunidad. Otra limitación, mas reciente, se refiere a los crímenes internacionales cometidos por el Estado, aunque mas precisamente por sus agentes, los cuales "...por su entidad justifican levantar el velo de la inmunidad"<sup>5</sup>.

La improcedencia de la inmunidad respecto de estos crímenes se remonta al Estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>6</sup>, cuyo espíritu fue "que quien violara las leyes de la guerra no pudiera obtener inmunidad por haber actuado invocando la autoridad de un Estado, cuando el Estado, al autorizar esos hechos se movió fuera de su propia competencia". Mas tarde, este principio fue consagrado en diversos instrumentos<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Vid. FUENTES, Ximena, "Las Inmunidades de Jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, p.421.

<sup>6</sup> El artículo 7º del Estatuto del Tribunal de Nuremberg decía: "La posición oficial de los encausados, sea como Jefes de Estado o responsables oficiales en departamentos gubernamentales, no se considerará como liberándolos de responsabilidad o mitigando su castigo". Como afirma Luis Alberto Zuppi, el espíritu de este Estatuto fue "que quien violara las leyes de la guerra no pudiera obtener inmunidad por haber actuado invocando la autoridad de un Estado, cuando el Estado, al autorizar esos hechos se movió fuera de su propia competencia". Vid. [http://www.lainsignia.org/2002/mayo/der\\_030.htm](http://www.lainsignia.org/2002/mayo/der_030.htm), ZUPPI, Alberto Luis, "Inmunidad contra Jurisdicción Universal", Textos por una Justicia Universal. Fecha consulta: 05 de septiembre de 2004.

<sup>7</sup> V. gr.: - *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, "Artículo IV: Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".

- *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, "Artículo 3: El hecho de que una persona actúe como Jefe de Estado o como oficial responsable del gobierno no lo exime de responsabilidad por la comisión de cualquiera de los crímenes definidos en este Código".

- Los artículos 7.2 y 6.2 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia* y del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, respectivamente, son idénticos, y dicen: "...La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena".

- *Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal*, "Principio 5. Inmunidades. Con respecto a los crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el principio 2(1), el cargo oficial de cualquiera de las personas acusadas, sea Jefe de Estado o de Gobierno, o miembro de un gobierno, en ningún caso las eximirá de responsabilidad penal ni será motivo de reducción de pena".

Como afirma Alberto Luis Zuppi<sup>8</sup>, "...parece quedar clara la intención de la sociedad internacional de no permitir la impunidad de los autores de crímenes contra el derecho internacional, por verse amparados con una condición oficial que importe reconocimiento de fueros o inmunidades especiales...". Finalmente señalemos que el principio fue recogido por la Cámara de los Lores británica en el caso Pinochet<sup>9</sup>.

Lo anterior deja en claro que el Estatuto, al establecer la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades y privilegios procesales con que cuente un funcionario, sólo recogió la normativa y la doctrina predominante desde fines de la Segunda Guerra Mundial. Razones de sentido común apoyan esta idea: en la mayoría de los casos estos crímenes han sido cometidos o alentados por las autoridades de un determinado Estado. Si se permitiera que se amparasen en la inmunidad, no tendría sentido haber establecido un tribunal penal internacional, ya que solo se aplicaría a los simples particulares favoreciéndose con ello la impunidad de los principales responsables.

---

<sup>8</sup> Vid. [http://www.lainsignia.org/2002/mayo/der\\_030.htm](http://www.lainsignia.org/2002/mayo/der_030.htm), ZUPPI, Alberto Luis, "Inmunidad contra Jurisdicción Universal", Textos por una Justicia Universal. Fecha consulta: 05 de septiembre de 2004.

<sup>9</sup> Lord Browne-Wilkinson en su fallo señaló: "La pregunta [...] es si la afirmada organización de tortura de Estado del Senador Pinochet (si se prueba), constituiría un acto cometido por el Senador Pinochet como parte de sus funciones oficiales como Jefe de Estado. No es suficiente señalar que no puede ser parte de las funciones del Jefe de Estado cometer un crimen[...]. ¿Se puede manifestar que la comisión de un crimen, el cual es un crimen internacional contra la humanidad y *ius cogens* es un acto hecho en una capacidad oficial a favor del Estado? [...] Aunque en general la ley internacional no involucra directamente obligaciones sobre individuos en forma personal, eso no es siempre apropiado, particularmente para actos de tal gravedad que constituyen [...] crímenes internacionales que infringen el orden público internacional. Los Estados [...] solo pueden actuar a través de las instituciones y agencias de Estado, lo cual significa, finalmente, a través de funcionarios y otros individuos que actúan en nombre del Estado. Para la conducta internacional, un asunto muy serio como para ser manchado con criminalidad, considerar esta como atribuible sólo al Estado impersonal y no a los individuos que la ordenaron o la perpetraron, es tanto irreal como ofensivo para las nociones comunes de justicia. La idea de que los individuos que cometen crímenes internacionales son internacionalmente responsables por ellos, ahora ha llegado a ser una parte aceptada de la ley internacional [...] No se puede dudar que como una cuestión general de la legislación internacional, un Jefe de Estado será personalmente responsable y será llamado a responder ante la justicia si existe suficiente evidencia de que autorizó o perpetró crímenes internacionales tan serios<sup>13</sup> [...] ¿Cómo puede ser para propósitos legales internacionales una función oficial hacer algo que la ley internacional por sí misma prohíbe y criminaliza? [...] Si el jefe de Estado tiene inmunidad, el hombre más responsable de todos escapará a ser responsable, en tanto que sus inferiores (los jefes de policía, funcionarios de menor rango del Ejército) quienes llevaron a cabo sus órdenes deberán responder ante estos actos. Encuentro imposible aceptar que esa sea la intención [...]". El fallo de Lord Browne-Wilkinson fue publicado traducido en la edición de El Mercurio de 25 de Marzo de 1999, pp. C4 y C5; también puede consultarse paralelo a FONTAURA RIVERA, Carlos, "Territorialidad, Prescripción e Inmunidad en Materia de Derechos Humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, Nº 1, 1999, pp. 203-245. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/d990324/pino1.htm>, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police and Others –ex parte Pinochet*.

## **2. Consecuencias respecto de las inmunidades y prerrogativas constitucionales**

Como ya afirmamos, la obligación primordial para perseguir a los responsables de los crímenes de competencia de la Corte corresponde a los Estados, operando esta solo con carácter subsidiario. Desde este punto de vista, entonces, ante la presunta comisión en Chile de alguno de estos hechos por parte de una persona que goce de fuero parlamentario o alguna prerrogativa en su carácter de juez, o en fin, de cualquier otro beneficio semejante, surgirán dos alternativas:

1) Que se le “procese” en Chile, debiendo para ello cumplirse previamente con los mecanismos constitucionales y legales establecidos para el levantamiento de la inmunidad o prerrogativa; o

2) Que se le ponga a disposición de la Corte, lo cual tendrá lugar cuando no se hubiere levantado la inmunidad, cuando el juicio que se le hubiere seguido al presunto culpable como consecuencia de un levantamiento de la inmunidad resulte ser simulado o cuando haya sido efectuado con la finalidad de sustraer al acusado de la competencia de la Corte. Nos parece eso sí que pudiera presentarse un problema cuando no habiéndose levantado la inmunidad, la Corte pretenda la entrega de la persona: ¿será necesario realizar un nuevo procedimiento para levantar la inmunidad y así poder entregarlo a la Corte, o bastará con la solicitud de entrega para que el Estado de Chile quede obligado a entregarlo directamente?.

Nos parece que las conclusiones anteriores son las únicas que permiten conciliar adecuadamente las obligaciones emanadas del Estatuto y el principio de

complementariedad, con la existencia del fuero parlamentario y las prerrogativas que nuestra Constitución acuerda a ciertos magistrados.

Visto así, entonces, no hay contradicción entre lo dispuesto por el Estatuto y la Constitución en materia de inmunidades, sino por el contrario, una reafirmación del principio de complementariedad, en los términos explicados precedentemente.

## CAPÍTULO 4

### LAS “OTRAS INCONSTITUCIONALIDADES” Y OTRAS OBSERVACIONES DEL REQUERIMIENTO

Junto con desarrollar extensamente los temas tratados en los capítulos anteriores, el Tribunal Constitucional hizo referencia a otras inconstitucionalidades de carácter menor. Además, los requirentes formularon otras observaciones que el fallo no entró a analizar. Las veremos a continuación, excluyendo el acápite referido a las inmunidades que estudiamos en el capítulo anterior.

#### 1. Indultos y amnistías

En opinión del Tribunal Constitucional los artículos 17 letra a)<sup>1</sup> y 110<sup>2</sup> del Estatuto son incompatibles con los artículos 32 N° 16 y 60 N° 16 de la Constitución, porque en su esencia coartan “las atribuciones del Presidente de la República para dictar indultos particulares, e igualmente priva al órgano legislativo de su facultad de dictar leyes sobre indultos generales y amnistías, en relación con los ilícitos contemplados en el artículo 5° del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Este quebrantamiento constitucional se

---

<sup>1</sup> “Artículo 17. *Cuestiones de admisibilidad*. 1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo...”

<sup>2</sup> “Artículo 110. *Examen de una reducción de la pena*. 1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte. 2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso. 3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse. La revisión no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos. 4. Al proceder a la revisión examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena. 5. La Corte, si en su revisión inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

produce en razón de que la Corte Penal Internacional podría desconocer en sus sentencias indultos o amnistías previamente concedidas por autoridades nacionales competentes”<sup>3</sup>. Mas adelante cita la sentencia del Consejo Constitucional Francés, que estimó que esta circunstancia constituiría un atentado contra las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía<sup>4</sup>.

Nuevamente en este punto el Tribunal ignoró la evolución del Derecho Internacional<sup>5</sup>. Ya el *Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, y la *Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado*<sup>6</sup> establecían la improcedencia de los indultos y amnistías respecto de los crímenes internacionales<sup>7</sup>.

Sin querer ahondar mas en el tema, sólo nos queda hacer presente una inquietud que se nos genera respecto de las amnistías que se puedan dictar a raíz de la ocurrencia de conflictos armados sin carácter internacional (guerras civiles, rebeliones, etc.), cuya finalidad generalmente es lograr la reconciliación al interior de los países; consistente en que dejar sin efecto las amnistías o indultos que se hubieren dictado pudiera reabrir viejas

---

<sup>3</sup> Considerando 79º.

<sup>4</sup> Considerando 80º.

<sup>5</sup> Para obtener un completo panorama de la evolución del derecho internacional y comparado con respecto a la improcedencia de los indultos y amnistías en esta materia, *Vid.* Sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años*, Buenos Aires, 06 de marzo de 2001, en [www.nuncamas.org/juicios/argentin/cavallo](http://www.nuncamas.org/juicios/argentin/cavallo), “Fallo del juez federal Gabriel Cavallo que anuló la Obediencia Debida y el Punto Final”. Fecha Consulta: 06 de septiembre de 2004.

<sup>6</sup> “Artículo II. 5. En ningún juicio o procedimiento por un crimen de los aquí señalados, el acusado tendrá derecho a las ventajas de ningún estatuto de limitación respecto del período comprendido entre el 1º de enero de 1933 y el 1º de julio de 1945, y ninguna inmunidad, perdón o amnistía concedidos bajo el régimen Nazi se admitirán como obstáculo al juicio o castigo”.

<sup>7</sup> Todos estos principios fueron recogidos posteriormente por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 177 (II), sobre “*Formulación de los principios reconocidos en el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg*”. Los *Principios de Princeton* también han recalcado que “las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de perseguir judicialmente a las personas responsables de crímenes graves bajo el derecho internacional...” *Vid.* <http://www.upaz.edu.uy/informes/otros/princeton2.htm>, “Texto completo de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal”, artículo 7. Fecha consulta: 05 de agosto de 2004.

heridas y generar nuevos conflictos, perjudicando estos delicados procesos. Algún autor ha dicho que la observación solo es teórica, porque los países, a pesar de eventuales situaciones traumáticas, deben cumplir su obligación de sancionar<sup>8</sup>. La verdad, esa opinión no nos satisface, subsistiendo nuestra inquietud, que aquí sólo dejamos planteada<sup>9</sup>.

## **2. El Fiscal de la Corte y el Ministerio Público**

El Considerando 89 de la sentencia señala que “algunas normas del Tratado de Roma, como por ejemplo su artículo 54, párrafo 2, en relación con el artículo 99, párrafo 4, del mismo cuerpo normativo, otorgan al Fiscal de la Corte Penal Internacional determinadas facultades, entre otras, las de investigar en el territorio del Estado Parte, reunir pruebas, hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos. Estas normas infringen derechamente el artículo 80 A de la Constitución, la que encarga en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito”.

Al respecto debemos señalar que si el Estado de Chile cumple su obligación de investigar y juzgar los crímenes de competencia de la Corte, habrá, a la inversa de lo que piensa el Tribunal Constitucional, un ejercicio pleno de las facultades del Ministerio Público, toda vez que a éste órgano corresponderá efectuar la investigación en conformidad a la Constitución, a su ley orgánica y al Código Procesal Penal.

---

<sup>8</sup> Vid. D'ALEMA, Massimo, “Soberanía Nacional y Justicia Global”, en <http://www.chile21.cl/medios/col26.doc>. Fecha consulta: 05 de septiembre de 2004.

<sup>9</sup> Naturalmente, las dudas se disipan si estamos en presencia de una “autoamnistía”, como bien conocemos en nuestro contexto latinoamericano; allí es clara la intención de generar impunidad para los responsables y ciertamente esa amnistía es inoponible respecto de los crímenes de competencia de la Corte. La inquietud subsiste respecto de aquellas que se han dictado regularmente, por procedimientos democráticos y contando con un amplio consenso al interior de los Estados.

Por el contrario, en la hipótesis de que Chile no actúe, el Fiscal de la Corte podrá entrar a investigar los hechos, y de conformidad al artículo 54.2, podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado: “a) De conformidad con las disposiciones de la Parte IX...”. Esta norma a primera vista pudiera parecer que consagra una vulneración de las atribuciones del Ministerio Público por parte de una autoridad extranjera, pero no nos parece que sea así, por las siguientes razones:

1) Las investigaciones en el territorio de un Estado las debe efectuar el Fiscal de la Corte *en conformidad a la Parte IX, (De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial)*, cuya finalidad es precisamente solucionar los posibles conflictos que puedan surgir entre las legislaciones domésticas y el ejercicio de las facultades de la Corte, y coordinar la actuación de ambas esferas.

2) La Parte IX del Estatuto, se cuida de precisar que los Estados Partes deben asegurarse de que en su derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación<sup>10</sup>. Además las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en materia de investigación deben cumplirse por los Estados de conformidad con el Estatuto *y con los procedimientos de su derecho interno*<sup>11</sup>, pudiendo estos en algunos casos imponer ciertas condiciones a la Corte a efectos de prestar su cooperación<sup>12</sup>. Finalmente, de presentarse dificultades fácticas o jurídicas para cumplir lo solicitado por la Corte o por

---

<sup>10</sup> Artículo 88 del Estatuto, que consagra el principio de cooperación.

<sup>11</sup> Artículo 93.1 del Estatuto.

<sup>12</sup> Artículos 93.5, 93.9 a) i) y 94.1 del Estatuto.

el Fiscal, éstos o los Estados pueden celebrar *consultas* a fin de examinar las posibilidades de darle una adecuada solución<sup>13</sup>.

Lo anterior demuestra que entre los órganos de investigación internos y el Fiscal de la Corte debe existir una coordinación, en conformidad a las normas del Estatuto y a las del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.

3) En nuestro Código Procesal Penal existen normas que permiten hacer efectiva la cooperación con órganos de investigación de otros Estados y que perfectamente se pueden aplicar a la cooperación con la Corte y el Fiscal de la misma<sup>14</sup>.

Así las cosas, en nuestra segunda hipótesis queda suficientemente resguardado el respeto a las atribuciones del Ministerio Público, ya que este órgano deberá jugar un rol activo en la colaboración al Fiscal de la Corte en la realización de las actuaciones de investigación que emprenda. En caso contrario, estaríamos en presencia de un incumplimiento de las normas del Estatuto, si llega a ser ratificado.

### **3. La función del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas**

Los requirentes y el Presidente de la República discutieron una cuestión que no fue resuelta por el Tribunal y respecto a la cual aquí plantearemos brevemente nuestro punto de vista. Los primeros señalaron que las atribuciones de la Corte Penal Internacional están gravemente limitadas por las facultades del Consejo de Seguridad, el cual puede requerir a la Corte que suspenda la investigación o enjuiciamiento que haya iniciado,

---

<sup>13</sup> Artículos 89.2, 89.4, 91.4, 93.3, 96.3 y 97 del Estatuto.

<sup>14</sup> Piénsese, por ejemplo, en las normas sobre extradición pasiva, artículo 440 y siguientes del Código Procesal Penal.

petición que puede renovarse. Así el atropello a la soberanía nacional sería doble, primero por las atribuciones que se otorgan a la propia Corte, y segundo, por el derecho de veto que se asigna al Consejo de Seguridad. Además esto infringiría el principio de independencia de los tribunales que consagra el artículo 73 de la Carta Fundamental.

El Presidente de la República contestó que esta facultad del Consejo está plenamente justificada, porque deben conciliarse adecuadamente la necesidad de sancionar delitos de tan grave trascendencia con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El fundamento de esta atribución está en la necesidad de evitar que la acción de la Corte pueda afectar la conducción política o los procesos de mediación y de pacificación que esté llevando a cabo el Consejo.

Paralelamente, al menos en Chile, autores como Fernando Gamboa Serazzi<sup>15</sup>, y en cierta medida Maximiano Errázuriz<sup>16</sup> ven un peligro para la independencia de la Corte en el hecho de no ser el Consejo un órgano representativo de la comunidad internacional y por gozar algunos de sus miembros del derecho de veto.

Es necesario formular algunas precisiones. Según el artículo 16 del Estatuto, el Consejo de Seguridad puede pedir a la Corte que suspenda por 12 meses una investigación o enjuiciamiento, mediante "...una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas...". La Corte debe acceder a esta petición, la cual puede posteriormente renovarse. Dicho Capítulo VII se refiere a la acción de la organización en caso de amenazas o quebrantamientos a la paz o actos de

---

<sup>15</sup> Vid. GAMBOA SERAZZI, Fernando, "Elementos que Perjudican el Adecuado Funcionamiento de la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6, N° 2, 2000, p. 431.

<sup>16</sup> Vid. ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano, "El Tribunal Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6, N° 2, 2000, p.442.

agresión; es decir, es el capítulo que desarrolla la forma de dar cumplimiento al principal propósito de la organización: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Respecto de estas situaciones el Consejo tiene una actuación fundamental, pudiendo incluso tomar medidas coercitivas.

Por otro lado, el artículo 27 de la Carta dispone que las decisiones del Consejo se adoptan por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes. Esto se traduce en la práctica en que presentado un proyecto de resolución, éste debe ser aprobado al menos por nueve de sus quince miembros, incluidos todos los miembros permanentes; si uno de estos ejerce su derecho de veto, aún cuando todos los demás, o la mayoría de los miembros del Consejo estén de acuerdo, el proyecto de resolución no prospera.

Entonces, si se pretende pedir a la Corte la suspensión de una investigación o enjuiciamiento, deberá aprobarse una resolución pidiendo a la Corte dicha suspensión, debiendo contarse con el voto afirmativo de al menos nueve de los miembros del Consejo incluidos los cinco miembros permanentes; si uno de ellos ejerce su derecho de veto, no se podrá aprobar la resolución, y, en consecuencia, la Corte podrá seguir conociendo del asunto<sup>17</sup>. Además esta suspensión sólo puede solicitarse cuando el Consejo esté actuando al amparo del Capítulo VII, es decir, cuando exista una circunstancia que amenace o haya quebrantado la paz internacional o exista algún acto de agresión.

Por todo lo que hemos señalado, queda claro que las aprehensiones respecto a la actuación del Consejo de Seguridad emanan de un desconocimiento de la normativa

---

<sup>17</sup> Vid. TRONCOSO REPETTO, Claudio, "La Corte Penal Internacional y el Principio de Complementariedad", en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, p. 416.

internacional, la cual se ha esforzado por armonizar los distintos valores en juego, procurando garantizar tanto el adecuado e independiente ejercicio de las atribuciones de la Corte como la misión del Consejo de solucionar aquellas cuestiones de seguridad urgentes y que si no encuentran solución rápida pueden generar nuevas violaciones de los Derechos Humanos.

## CONCLUSIONES

En las observaciones al requerimiento el Presidente de la República señaló, con razón, que los requirentes partían del supuesto erróneo de que la jurisdicción de la Corte es la misma que corresponde y que es propia de las jurisdicciones penales internas de los Estados. Como hemos visto, la Corte ejerce una jurisdicción universal respecto de los crímenes internacionales de mayor gravedad y trascendencia para la humanidad; el interés en sancionarlos corresponde a la comunidad internacional en su conjunto, excediendo las fronteras mismas del Estado.

Cualquier Estado, entonces, especialmente aquél dentro de cuyo territorio se hayan cometido los crímenes, tiene el derecho y el deber de conocer de ellos y de sancionar a los responsables. Esto explica el carácter complementario de la Corte Penal Internacional: solo si los Estados incumplen esta obligación, o si juzgan de manera ficta o simulada, la Corte puede entrar a conocer de ellos. En virtud del principio *aut dedere aut iudicare*, un Estado cumple sus obligaciones respecto de los crímenes de derecho internacional si juzga a los presuntos responsables o los extradita a otro Estado o los entrega a un tribunal internacional. Todo el tema de la jurisdicción universal y de la complementariedad se resume en este principio; como afirma el preámbulo “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

No hay, por lo anterior, un atentado contra la soberanía nacional porque se respeta la facultad estatal de juzgar los delitos cometidos dentro de su territorio. No existe tampoco en virtud del Estatuto una enajenación o transferencia indebida de soberanía; por el contrario, su aprobación y ratificación representaría un ejercicio de la misma, a la luz del mandato constitucional de respetar y promover los Derechos Humanos.

Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos deben necesariamente primar por sobre la normativa interna de un Estado, atendido su carácter de valor fundamental

para la comunidad internacional. Esta misma circunstancia lleva a establecer la improcedencia de los cargos oficiales y las inmunidades, así como la inoponibilidad de los indultos y amnistías, respecto de quienes han cometido ilícitos que afectan a la humanidad en su conjunto.

Como observación final debemos decir que en el fallo que estudiamos el Tribunal Constitucional ignoró completamente la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del constitucionalismo en las últimas décadas, invocando conceptos decimonónicos y dando preeminencia a una abstracta teoría política, en desmedro de los esfuerzos de la comunidad internacional por plasmar el ideal del respeto a la dignidad del ser humano por sobre las fuerzas políticas, sociales y económicas, y por sobre los odios étnicos, religiosos y raciales.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Teoría de la Constitución, 3ª edición, Dirección de Extensión e Investigación Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1994.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana María, *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979.

### Artículos

- BERGALLI, Roberto, Globalización y Jurisdicción Penal: un desafío para la cultura jurídica moderna, en [www.ub.es/penal](http://www.ub.es/penal).
- BRUNA, Guillermo, "Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, pp. 435-438.
- CASSESE, Antonio, Un Gran Paso Adelante para la Justicia Internacional, en [http://www.crimesofwar.org/icc\\_magazine\\_s/icc-cassese.html](http://www.crimesofwar.org/icc_magazine_s/icc-cassese.html).

- CEA EGAÑA, José Luis, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, Año 5, Nº 2, 1999, pp. 353-361.
  
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, “Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional”, en *Actualidad Jurídica*, Nº 6, 2002, pp. 137-145.
  
- ERRÁZURIZ, Maximiano, “El Tribunal Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, pp. 439-444.
  
- FERNANDOIS V., Arturo, “El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, Nº 3, 2003, pp.471-489.
  
- FERNANDES MORE, Rodrigo, A prevenção e solução de litígios internacionais no direito penal internacional: fundamentos histórico e estabelecimento de uma Corte Penal Internacional (Tratado de Roma, 1998), en <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2819>.
  
- FONTAURA RIVERA, Carlos, “Territorialidad, prescripción e inmunidad en materia de Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, Nº 1, 1999, pp.203-245.
  
- FUENTES, Ximena, “Las inmunidades de jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, pp. 419-425.

- GAMBOA SERAZZI, Fernando, "El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional", en Actualidad Jurídica, Nº 6, 2002, pp. 155-159.
  
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, "Los elementos que perjudican el adecuado funcionamiento de la Corte Penal Internacional", en Ius et Praxis, Año 6, Nº 2, 2000, pp. 427-434.
  
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Algunos problemas que plantean las condiciones para el ejercicio de la competencia y la naturaleza preferente de las jurisdicciones nacionales*, en [www.abogarte.com.ar](http://www.abogarte.com.ar).
  
- IRIGOIN, Jeannette, "La Corte Penal Internacional. Diferencias y similitudes con los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda", en Ius et Praxis, Año 6, Nº 2, 2000, pp. 401-405.
  
- LLANOS MANSILLA, Hugo, "Algunos aspectos relevantes de las actividades del Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia", en Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp. 401-404.
  
- MATTAROLLO, Rodolfo, *La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad*, en <http://www.abogarte.com.ar/index.php3?dos=2003-12-29%2013:09:26>.

- MONSÁLVEZ MÛLLER, Aldo, "Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales", en *Actualidad Jurídica*, Nº 6, 2002, pp. 147-154.
  
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece el Tribunal Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 8, Nº 1, 2002, pp. 563-581.
  
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo interno", en *Ius et Praxis*, Año 9, Nº 1, 2003, pp. 467-484.
  
- RELVA, Hugo Adrián, *La Jurisdicción Estatal y los Crímenes de Derecho Internacional*, en [www.iccnw.org/espanol/articulos/Relva\\_ic.pdf](http://www.iccnw.org/espanol/articulos/Relva_ic.pdf).
  
- REPETTO TRONCOSO, Claudio, "La Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad", en *Ius et Praxis*, Año 6, Nº 2, 2000, pp. 407-417.
  
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", en *Ius et Praxis*, Año 2, Nº 2, 1997, pp. 101-112.
  
- TAPIA VALDÉS, Jorge, "Efecto de los Tratados sobre Derechos Humanos en la jerarquía del Orden Jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980", en *Ius et Praxis*, Año 9, Nº 1, 2003, pp. 351-364.

- ZUPPI, Alberto Luis, *Inmunidad contra jurisdicción universal*, en [http://www.lainsignia.org/2002/mayo/der\\_030.htm](http://www.lainsignia.org/2002/mayo/der_030.htm).
  
- ZUPPI, Alberto Luis, *La Jurisdicción Extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, en [www.abogarte.com.ar](http://www.abogarte.com.ar).
  
- ZUPPI, Alberto Luis, *La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional*, en [www.abogarte.com.ar](http://www.abogarte.com.ar).

#### Colaboraciones en obras colectivas

- BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “El enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 351-382.
  
- BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores, “La Corte Penal Internacional y su aportación a la teoría general de las Organizaciones Internacionales”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 107-137.

- CARDONA LLORÉNS, Jorge, “La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 61-103.

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La investigación del crimen en el proceso penal ante La Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 277-324.

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “La regulación de la prueba en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 325-350.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y GÓRRIZ ROYO, Elena, “Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 219-274.

- PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, “La organización y competencia de la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 139-161.

- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “ El Fiscal ante la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 163-188.

- URIOS MOLINER, Santiago, “Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 23-59.

- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, “El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 192-218.

#### Documentos

- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE: *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de acuerdo que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, y el Acta de Rectificación del Estatuto original de la Corte penal Internacional de fecha 10 de noviembre de 1998*, Mensaje N° 146-339, en [www.congreso.cl](http://www.congreso.cl)..

- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE CHILE: *Informe en Derecho acerca de los alcances constitucionales del Estatuto de Roma*, contenido en el Boletín N° 2.239 - 10, presentado por la profesora Ángela Vivanco Martínez, de fecha 31 de agosto de 1999.

- SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONA: *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, en [www.sc-sl.org](http://www.sc-sl.org).

- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court*, en [www.un.org/law/icc](http://www.un.org/law/icc).

#### Jurisprudencia

- Sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police and Others –ex parte Pinochet*, Londres, 24 de marzo de 1999, en [www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk).

- Sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años*, Buenos Aires, 06 marzo de 2001, en [www.nuncamas.org/juicios/argentin/cavallo](http://www.nuncamas.org/juicios/argentin/cavallo), “Fallo del juez federal Gabriel Cavallo que anuló la Obediencia Debida y el Punto Final”.

#### Sitios de Internet

- [www.un.org](http://www.un.org).

- [www.un.org/law/icc](http://www.un.org/law/icc).

- [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty).

- [www.icttr.org](http://www.icttr.org).
  
- [www.sc-sl.org](http://www.sc-sl.org).
  
- [www.abogarte.com.ar](http://www.abogarte.com.ar).
  
- [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org).
  
- [www.lainsignia.org](http://www.lainsignia.org).
  
- [www.icrc.org](http://www.icrc.org).
  
- [www.hrw.org](http://www.hrw.org).
  
- [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).
  
- [www.crimesofwar.org/icc](http://www.crimesofwar.org/icc).
  
- [www.nuncamas.org](http://www.nuncamas.org).