

Humberto Nogueira Alcalá (Chile) *

Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional

La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002, rol número 346, que se pronuncia respecto de la constitucionalidad del Tratado de Roma que determina el estatuto de la Corte Penal Internacional, constituye un fallo controvertido y que muestra las falencias de nuestro texto constitucional en materia de tratados internacionales, lo que exige una normativa constitucional explícita acorde con los cambios suscitados en el derecho público y su dogmática, como asimismo, en la inserción de los Estados en el nuevo derecho internacional de los derechos humanos, además de asumir los principios contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, vigente en Chile, luego de su ratificación y publicación en 1981.

I. El contenido básico del fallo de mayoría del Tribunal Constitucional

1. *El estatuto de la Corte Penal Internacional, por afectar la soberanía nacional, no puede incorporarse al ordenamiento jurídico nacional*

La mayoría del Tribunal Constitucional sostiene que la Corte Penal Internacional es un “órgano jurisdiccional permanente de carácter internacional destinado a hacer efectivas las responsabilidades penales individuales de los autores de determinados y graves delitos contra la humanidad”, “facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes mas graves de trascendencia internacional”

* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica). Profesor titular de Derecho Político y Constitucional. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

(considerando 16°), con “facultades de imperio para hacer ejecutar sus resoluciones” (considerando 18°). A juicio de la mayoría del Tribunal Constitucional, dicha Corte Internacional, atendiendo a la naturaleza de la jurisdicción que ejerce, más que una jurisdicción complementaria de los tribunales nacionales, se considera que es “de carácter correctiva y sustitutiva o supletoria, en determinados casos, de las jurisdicciones nacionales” (considerando 23°, reiterado en considerandos 28° al 31°), lo que se concluye de acuerdo al análisis hecho del artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (considerando 24° al 27°).

De acuerdo con el análisis anterior, el Tribunal Constitucional concluye que la Corte Penal Internacional puede ser calificada como “un Tribunal Supranacional” (considerando 32°), que se diferenciaría de los tribunales internacionales establecidos en tratados ratificados por Chile, como por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos y el estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, por el hecho de que estos últimos “no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales”.

El Tribunal Constitucional precisa que, residiendo la soberanía en la nación, “las únicas autoridades que pueden ejercitar soberanía son las que la Constitución establece”; así, “las funciones y atribuciones que la Constitución entrega a estas autoridades constituyen la forma en que la soberanía se manifiesta y se hace realidad” (considerando 41°), entre las cuales se encuentra “la función jurisdiccional, que viene a ser un aspecto de cómo se ejercita la soberanía nacional” (considerando 42°). El Tribunal Constitucional precisa que la jurisdicción es “una función pública emanada de la soberanía”, entregando la Constitución su “ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley”, los cuales son “las autoridades que esta Constitución establece” (considerando 44°).

El Tribunal Constitucional, considerando que la “función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía”, concluye que sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece” (considerando 45°). Por tanto, al otorgarle el Tratado de Roma a la Corte Penal Internacional “jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la república, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional”, se le está atribuyendo “potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta”, lo que entra en “frontal colisión” con el artículo 5 inciso 1 de la Constitución, haciéndose “evidente su inconciliabilidad” (considerando 45°). La mayoría del Tribunal Constitucional considera que la potestad jurisdiccional del Estado, entregada a los tribunales para “conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado” de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución, excluye “en el área de los conflictos sometidos a su poder cualquier injerencia de autoridad alguna, nacional o internacional”, por lo que para que se “incluyan disposiciones de un tratado que complementen o eventualmente corrijan la situación antes descrita, deberán necesariamente incorporarse a nuestro sistema jurídico a través de una reforma de la Constitución” (considerando 46°).

El fallo de mayoría del Tribunal Constitucional agregará que “todo conflicto en cuya solución exista un interés público comprometido queda necesariamente sometido al conocimiento y decisión de los tribunales establecidos por la ley chilena”. Sólo si estamos en presencia de derechos disponibles, podrá prorrogarse la competencia entre tribunales nacionales e incluso, como se ha hecho, a tribunales internacionales o de otros países”; como las “materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables, por lo cual, para que Chile reconozca la jurisdicción de tribunales supranacionales deberá incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno” (considerando 50°). “No es admisible que la ley o el tratado, sin previa credencial constitucional, reduzca la esfera de competencia soberana, constitucionalmente conformada, de órganos expresamente representados como autoridades que la Constitución establece”.

2. *El problema de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos*

El Tribunal Constitucional en su voto de mayoría asume el tema correspondiente al inciso 2 del artículo 5 de la Constitución, intentando dilucidar la controversia doctrinal sobre el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos, “máxime cuando en la fundamentación de las observaciones formuladas por el Presidente de la República subyace la idea que el derecho convencional sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución” (considerando 60°).

El Tribunal Constitucional señala que la reforma constitucional de 1989 “no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental” (considerando 62°), considerando que la reforma de 1989, al establecer “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” (artículo 5 inciso 2, segunda frase), implica que “el Estado está al servicio de la persona y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vulnerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza”, correspondiendo a la autoridad la promoción de los derechos humanos, “pudiendo las leyes y los tratados desarrollarlos sin afectar su esencia”, considerando además que su vigencia, “no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de acuerdo a las reglas generales”.

Esto lleva a sostener al Tribunal Constitucional 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 explicación lógica y jurídica que se hubiese 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 reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el

tratado” (considerando 63°). Posición que ya había afirmado la sentencia de 21 de diciembre de 1987, rol número 46, en el sentido de que “las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales” (considerando 64°).

A su vez, el Tribunal Constitucional precisa que en sentencia de 4 de agosto de 2000, rol número 309, señaló que “si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes” (considerando 17°, rol 309, considerando 67° del fallo en análisis), considerando que el quórum de aprobación de los acuerdos del Congreso Nacional sobre los tratados debe seguir las materias de ley según lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución (considerando 67°), de lo contrario se podría atentar “contra el delicado mecanismo de reforma de la Constitución, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales”, respecto del cual el constituyente aseguró un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio” (considerando 68°).

El Tribunal Constitucional considera que sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia los artículos 82 número 2, que establece el control preventivo de los tratados internacionales, y el artículo 80, que establece el control represivo sobre los preceptos legales (considerando 69°), como asimismo, que podría modificarse la Constitución con el quórum simple y no el quórum de dos tercios que exige el capítulo de derechos fundamentales (considerando 70°).

El Tribunal Constitucional cita en la materia la opinión del profesor Alejandro Silva Bascuñan, el cual sostiene que los tratados regularmente aprobados, ratificados y promulgados, prevalecen en el derecho interno en cuanto sean aplicables y su contenido no se oponga a los preceptos de esta Constitución, lo que conserva plenamente su valor, “incluso sobre los tratados sobre derechos humanos esenciales” (considerando 75°).

3. Consideraciones sobre los indultos y las amnistías

El fallo de mayoría considera que son atribuciones especiales del Presidente de la República otorgar indultos particulares, como asimismo es materia de ley conceder indultos generales y amnistías, como también “las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia” (considerando 78°). El Tribunal Constitucional considera incompatibles con las normas constitucionales los artículos 17 y 110 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los cuales limitan la potestad de

los órganos estatales para establecer amnistías e indultos. Este “quebrantamiento se produce en razón que la Corte Penal Internacional podría desconocer en sus sentencias indultos o amnistías previamente concedidas por las autoridades nacionales competentes” (considerando 79°).

4. Fuero parlamentario y prerrogativa de los jueces

Al establecer el Estatuto de Roma, en su artículo 27, que las inmunidades y normas de procedimiento especiales que conlleva el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia sobre ella, el Tribunal Constitucional determina que el fuero parlamentario y las prerrogativas penales de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, fiscales judiciales y jueces del Poder Judicial, como asimismo de los magistrados del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos quedan sin efecto, al prever el Estatuto de Roma un procedimiento directo ante la Corte Penal Internacional, lo que resulta incompatible con las normas constitucionales de los artículos 58, inciso 2, y 78 (considerandos 84° a 88°).

5. Conclusiones del Tribunal Constitucional

El fallo de mayoría del Tribunal Constitucional precisa que una jurisdicción de carácter supranacional debe insertarse dentro del sistema constitucional nacional procediéndose previamente a modificar el texto de la Constitución (considerando 92°). Que si se “aceptara el texto actual del Tribunal Penal Internacional, ello implicaría una violación a normas de rango constitucional”, no debiendo olvidarse que hoy se “acepta universalmente que la gran garantía de los derechos fundamentales es la Constitución”, de manera que “la violación de la Carta Política viene a significar en último término, la desprotección de los derechos” (considerando 93°).

Resolviendo en definitiva que el “Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa”.

Es necesario señalar que todo el acápite correspondiente a la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos (considerandos 59° a 73° de la sentencia) es rechazado por el ministro Juan Agustín Figueroa, quien considera que esta materia es ajena al asunto *sub lite*, como asimismo, en virtud de su disidencia total de fallo, por el ministro Marcos Libedinsky, quien consideró que debió rechazarse la petición de inconstitucionalidad y declarar que el Tratado de Roma no requiere de reforma constitucional previa para su aprobación por el Congreso y posterior ratificación por el Presidente de la República.

II. Consideraciones críticas respecto del fallo del Tribunal Constitucional

1. *Una concepción de la soberanía superada en el contexto del mundo contemporáneo y en nuestra Carta Fundamental*

El fallo de mayoría señala que la soberanía es una cualidad del poder del Estado que “no admite otro por encima de él ni en concurrencia con él”; dicho poder reside en la nación y se ejerce por el pueblo a través de las elecciones y plebiscitos, como asimismo por las autoridades que la Constitución establece. El Tribunal Constitucional sostiene una concepción de la soberanía superada históricamente por la doctrina y el derecho internacional público, como asimismo por el propio texto de la Constitución de 1980.

La mayoría del Tribunal Constitucional sabe que el poder estatal o soberanía perdió, con la Carta de Naciones Unidas de 1945, el carácter de poder supremo incondicionado e ilimitado en el plano externo, al establecerse la ilegitimidad del derecho de hacer la guerra (*Ius ad Bellum*) el que quedó desplazado por el derecho a la paz y el arreglo pacífico de las controversias (artículo 2 numerales 3 y 4 de la Carta de Naciones Unidas), como asimismo, la potestad suprema del Estado o soberanía quedó limitada por los derechos humanos asegurados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los pactos y convenciones complementarios en el plano internacional.

El concepto de soberanía que usa el Tribunal Constitucional es anterior a la Segunda Guerra Mundial, desconociendo o desnaturalizando el verdadero sentido y alcance el inciso 2 del artículo 5, reforzado con la reforma de 1989 que le agregó la segunda frase: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

A su vez, se desconoce que el jefe de Estado de la época, general Augusto Pinochet, ratificó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados el 9 de abril de 1981, menos de un mes después de la entrada en vigencia de la Constitución, habiendo sido aprobada por decreto ley 3.633 de 1981 por la Junta de Gobierno (época en que la Junta ejercía el poder constituyente y legislativo). Al momento de la ratificación de la Convención, el Estado de Chile adhirió al principio de inmutabilidad de los tratados contenido en el artículo 62 de la Convención de Viena, lo que quedó expresamente señalado, junto con la reserva del derecho de los Estados parte de estipular, particularmente en los casos pertinentes, normas que modifiquen dichos principios. Así el poder constituyente, legislativo y ejecutivo en 1981, acepta con plena conciencia que las normas imperativas de derecho internacional o normas de *ius cogens* que contiene la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, limitan la potestad estatal, sin que ellas necesariamente representen un acto de aceptación voluntaria por la potestad suprema de un Estado determinado.

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*): “Una norma que no admite acuerdo en

contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Las normas de *ius cogens* son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada; el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”; a su vez, el artículo 64 de la misma Convención dispone que, “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias: “Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones”.

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado. Por ello son normas imperativas de derecho internacional las de *bona fide* y *pacta sunt servanda*, el respeto a la dignidad de la persona humana, el rechazo incondicionado de la tortura, el principio de no discriminación, entre otras.

Asimismo, la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional tiene un carácter forzado, privilegia los artículos 5 inciso 1 (residencia y ejercicio de la soberanía), y los artículos 6 y 7 (referentes al ejercicio de competencias internas de los órganos estatales) sobre el artículo 5 inciso 2 que establece los derechos esenciales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales como límites a la soberanía, y el artículo 1 que establece la dignidad humana y los derechos humanos como inherentes a la persona, los cuales el Estado debe asegurar, respetar y promover, artículos estos últimos que establecen las claves interpretativas sustantivas del sentido, alcance y límites de la potestad suprema estatal, la que se encuentra al servicio de las personas y del bien común.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su fallo de mayoría no realiza ningún esfuerzo para integrar el sentido y alcance de la reforma de julio de 1989 al artículo 5 inciso 2, el contexto en que ella se logró, el objeto y fin de la reforma introducida, como asimismo la regla hermenéutica elemental de derecho público de otorgar siempre un efecto útil a los enunciados normativos introducidos por las nuevas reglas jurídicas. Una vez más el fallo de mayoría del Tribunal Constitucional asume una concepción de “Constitución testamento o estatua”, quedándose en la voluntad de la Junta de Gobierno del régimen autoritario militar, en vez de asumir la perspectiva de una interpretación actualizadora de las normas constitucionales conforme a los valores y perspectivas democráticas que inspiraron el cambio constitucional de 1989, que se debió no a la voluntad del régimen autoritario militar (el cual se oponía a reformar el texto de la Carta Fundamental, que finalmente aceptó por la fuerza política de los acontecimientos), sino a la voluntad mayoritaria democrática y

respetuosa de los derechos humanos que emergía con una fuerte legitimidad después del plebiscito de 1988, en que fue derrotada la perspectiva de continuidad del autoritarismo militar.

El fin y sentido de la reforma constitucional al artículo 5 inciso 2 de la Constitución de 1989 fue precisar los derechos esenciales que se entendía formaban parte del bloque constitucional de derechos. Así lo han señalado en forma explícita quienes participaron en la generación de la reforma. En tal sentido se pronuncia claramente el profesor Francisco Cumplido Cereceda, quien participó como actor relevante en la negociación de dicha reforma constitucional. Cumplido afirma que la modificación del artículo 5 inciso 2 surge del acuerdo entre la Concertación de Partidos por la Democracia y Renovación Nacional, los que concordaron en “que había que incorporar al sistema constitucional chileno (los derechos) contenidos en tratados internacionales que Chile había ratificado y que estaban en vigor”,¹ y agregaron: “Por consiguiente, nos pusimos de acuerdo para que en la aprobación de esta reforma al artículo 5, los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, que conocía el constituyente —Junta de Gobierno en ese momento— y que conocían los negociadores, se entendiera que pasaban a formar parte de la Constitución Política de 1980. Para eso había que darle una redacción. De ahí que se diga claramente que los órganos del Estado están obligados, están vinculados a promover y respetar los derechos de la Constitución, como asimismo los contenidos en los tratados sobre derechos humanos cuya vigencia, aplicabilidad, interpretación, están claramente establecidos en la Convención de Viena [...] De manera entonces, que los que negociamos la reforma entendimos que colocamos en un mismo nivel los derechos esenciales de la persona contenidos en la Constitución y en los tratados”.²

La misma perspectiva es ratificada por el profesor José Luis Cea Egaña, quien formó parte de la Comisión Político Técnica de Renovación Nacional que negoció la reforma de 1989, quien sostiene: “Yo estimo que en el plano del derecho internacional convencional, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen el mismo valor [...] estas disposiciones fueron concebidas y redactadas con la intención que —a mi juicio, el artículo 5 inciso 2 trasunta con entera claridad— tuvieran jerarquía formal y sustantiva material de Constitución”.³ Y agregará que hay una discusión que le parece bizantina sobre si lo “que considera el constituyente son los derechos como tales, o el documento jurídico en el cual dichos derechos se encuentran articulados, es

¹ Francisco Cumplido Cereceda, “Los Tratados Internacionales y el artículo 5 de la Constitución”, en *Ius et Praxis*, año 2, n° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997, p. 94.

² *Ibidem*, pp. 95-96.

³ José Luis Cea Egaña, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”, en *Ius et Praxis*, año 2, n° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997, pp. 82-83.

decir, el texto en el cual se encuentran positivamente contemplados. A mí me parece que el precepto se refiere a los derechos fundamentales”.⁴ El profesor Cea precisa que la “reforma de 1989 hizo parte de la Carta Fundamental lo preceptuado en esos tratados internacionales sobre derechos humanos. No solamente los que se hallaban vigentes al 17 de agosto de 1989, sino que como toda Constitución tiene que ser siempre interpretada con una intencionalidad perdurable, se abrió a todos los tratados internacionales que se puedan dictar en el futuro sobre derechos humanos”.⁵

El profesor Cumplido, en el artículo referido, señala que la propuesta de reforma original consideraba, “no sólo los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino que además el proyecto hacía alusión expresa a las costumbres y a los principios generales del derecho internacional. En el partido Renovación Nacional y en su comisión política se estimó que aludir a la costumbre y a los principios generales agregaba un margen de incertidumbre en relación con la materia. Para ellos era mucho más claro que los derechos que había que incorporar al sistema constitucional chileno eran los contenidos en tratados que Chile había ratificado y que estaban en vigor. Nosotros no insistimos en nuestra posición, primero porque las normas de la costumbre internacional y los principios son de general aplicación de acuerdo con las normas internacionales. Lo que queríamos era que no hubiera ninguna duda en Chile de que esas normas regían. Si lo decíamos expresamente contribuíamos a la certeza jurídica, pero, por la razón mencionada, se excluyó esa parte de la reforma propuesta”.⁶

El profesor Cea confirmará las afirmaciones de Francisco Cumplido en el sentido de que en el anteproyecto de reforma del artículo 5 inciso 2, del cual participó: “es cierto que allí se intentó, y a mi juicio habría sido conveniente, incorporar una referencia expresa al derecho no convencional, al derecho de gentes, a los principios generales del derecho internacional y que constituyen el *ius cogens*. Pero, lamentablemente, en las esferas del gobierno de la época, se pensó que esto carecía de certeza o de contornos precisos y, por lo tanto, que era preferible dejarla a un lado. Dada la situación de transacción o de compromiso que hizo posible esa reforma constitucional, se optó en definitiva por dejar únicamente reconocidos, en el artículo 5 inciso 2, los tratados internacionales”.⁷

Parece una ligereza de parte de la mayoría del Tribunal Constitucional tratar de desarrollar una interpretación del artículo 5 inciso 2 absolutamente sesgada, fuera de contexto y contraria al objeto y fin de dicha reforma, contra los testimonios de los actores directos de la reforma antes reproducidos, de cuya calidad y honestidad nadie podrá dudar.

⁴ *Ibíd.*, p. 83.

⁵ *Ibíd.*, pp. 83-84.

⁶ Cumplido Cereceda, *op. cit.*, p. 94.

⁷ Cea Egaña, *op. cit.*, p. 84.

No está de más señalar que la concepción sobre la soberanía y la jerarquía de los tratados de derechos humanos no es consensual en el Tribunal Constitucional. Los ministros Marcos Libedinsky y Juan Agustín Figueroa discrepan del fallo, a través del voto disidente y las prevenciones respectivamente.

El ministro Libedinsky en su voto disidente se preguntará: “¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana? ¿En otras palabras, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir el mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?”.⁸ A su vez agregará que lo que se encuentra vedado “es la creación de tribunales de rango y jerarquía inferior a la legal. Pues bien, sin necesidad de adentrarse en el debatido problema acerca de cuál es el rango y jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en nuestro derecho interno, en particular, los que versen sobre derechos humanos, toda vez que existen opiniones que les asignan un rango supraconstitucional, o constitucional, o inferior a la Constitución y superior a las leyes y a otras disposiciones de derecho interno, lo cierto es que ningún autor que se haya preocupado de este punto asigna a los tratados un rango o jerarquía inferior al de la ley”.⁹

En el caso del ministro Figueroa su prevención precisa que no acepta lo expresado en los considerandos 59° a 73°, ambos inclusive, considerando que la supremacía de la Constitución sobre esta última fuente (tratado de derechos humanos) 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”.¹⁰ Podríamos agregar algunos elementos adicionales que él no explicita en la materia, pero que explicó claramente como perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *La última tentación de Cristo*, cuyas expresiones están recogidas en dicho fallo de fecha 5 de febrero de 2001,¹¹ donde el magistrado Figueroa señala:

⁸ Voto disidente del ministro Libedinsky, fallo comentado, fojas 514 vuelta, considerando 9°.

⁹ Voto disidente del ministro Libedinsky, fojas 515 vuelta, considerando 11°.

¹⁰ Prevención del ministro Juan Agustín Figueroa, fallo comentado, fojas 510 y 510 vuelta.

¹¹ Véase *Ius et Praxis*, año 7, n° 1, 2001, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, pp. 585-648.

Respecto de la jerarquía del derecho internacional, un paso fundamental ocurrió en 1989 con la modificación constitucional del inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política que estableció, en cuanto a los derechos esenciales, que ellos no tan sólo están señalados o reconocidos por la Constitución misma, sino también por los tratados internacionales de derechos humanos.

No hay disposición alguna en la legislación interna que pueda tener preeminencia y que de alguna manera obste al efectivo y real cumplimiento de lo que resuelva la Corte Interamericana. Los tratados internacionales se entienden incorporados al ordenamiento jurídico y la mayoría de la doctrina considera que se incorporan por lo menos al mismo nivel que el del ordenamiento constitucional. Es decir, los tratados pueden ampliar el ámbito del ordenamiento constitucional y, aun más, debe entenderse la preeminencia de la norma internacional sobre la interna.¹²

El fallo comentado prescinde completamente del sentido y alcance que los actores relevantes otorgan a los derechos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. La interpretación actualizadora de la Constitución y su reforma del artículo 5 inciso 2, es asumida por los integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en 2001, al aprobar en la Sala del Senado la reforma constitucional al artículo 19 número 12, senadores Sergio Diez (RN), Juan Hamilton (DC), Augusto Parra (designado, socialdemócrata), al fundar sus votos de aprobación a la reforma constitucional al artículo 19 número 12 de la Constitución en la sala del Senado, para modificar el inciso final de dicho artículo, considerado contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana en su sentencia sobre el caso *La última tentación de Cristo*.¹³

El senador Diez señala “Señor presidente, para entender a cabalidad la enmienda constitucional sometida a nuestra consideración, debe tenerse en cuenta el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, incorporado en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental en lo que dice relación a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.¹⁴

El senador Hamilton precisará: “[...] la disposición contenida en la indicación está absolutamente demás. Es una copia del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 89 y del artículo 13, número 5 del Pacto de San José de Costa Rica. Ambas disposiciones, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución Política de la República, tienen rango constitucional [...]”.¹⁵

El senador Augusto Parra señalará: “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —vigentes en nuestro país y que, conforme al artículo 5

¹² Peritaje de Juan Agustín Figueroa Yavar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo antes citado. *Ius et Praxis*, año 7, n° 1, p. 602.

¹³ Véase *Diario de sesiones del Senado*, legislatura 343, extraordinaria, sesión 40, de 2 de mayo de 2001. Intervención senador Diez, p. 4796.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4821.

del texto constitucional, es parte de nuestro ordenamiento político (Constitución)—
une claramente las libertades de creación artística y de investigación científica”.¹⁶

El claro contexto, antecedentes, sentido y alcance, como asimismo, el efecto útil de la reforma constitucional al inciso 2 del artículo 5, no es otro que el de incorporar a la Constitución los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, derechos que limitan la soberanía, vale decir, al poder constituyente y los poderes instituidos, todos los cuales por imperativo constitucional deben respetar y promover tales derechos.

2. *Los tratados o los derechos contenidos en los tratados ¿limitan la soberanía y tienen jerarquía constitucional?*

Sobre la materia, nos parece necesario realizar algunas consideraciones básicas.

La Constitución debe precisar, y la nuestra lo hace en forma muy precaria, la posibilidad y el alcance de la potestad de los órganos para comprometer al Estado de Chile en el ámbito del derecho internacional; nos parece necesario, mas aun imprescindible y urgente, remozar y poner a la altura de la realidad del siglo XXI el texto constitucional en materia de derecho internacional y su incorporación al derecho interno.

La Carta Fundamental debe determinar el proceso de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, lo que, concretado de acuerdo al procedimiento constitucional, convierte a la norma internacional válida en norma internamente aplicable, siendo ya no sólo norma internacional válidamente aplicable en Chile, sino también norma integrante del ordenamiento jurídico chileno, vinculante y obligatoria para todos los órganos y todas las personas del Estado chileno.

Así, el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, presidido por la Constitución, se descompone en dos subsistemas normativos, uno de los cuales depende de la Carta Fundamental para producir normas válidas (el subsistema nacional), en tanto, respecto del otro, la Constitución dota a las normas de la necesaria aplicabilidad en el derecho interno (subsistema internacional).

La Constitución como norma superior nacional posibilita remitirse a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez, siendo el derecho internacional el que determina su creación o validez, a las cuales el Estado de Chile sólo les otorga aplicabilidad en el ámbito interno si se verifican las condiciones determinadas constitucionalmente, remitiéndose a un ordenamiento de derecho internacional público que lo considera como propio, aun cuando dichas normas son indisponibles al Estado en su existencia o validez.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 4800.

Una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, deben tenerse presentes los principios de *ius cogens*, *pacta sunt servanda* y *bona fide*, codificados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los cuales como normas imperativas de derecho internacional deben ser respetados por Chile, además de establecer dicho tratado que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26; a su vez, el artículo 27 de la misma Convención determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.¹⁷

Además, de acuerdo con las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la fuerza vinculante de los enunciados normativos de un tratado solamente pierde eficacia para el Estado parte conforme a las propias disposiciones del tratado o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado: cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento.

Es coherente con la lógica de las fuentes de nuestro derecho constitucional que no exista control de constitucionalidad represivo a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el tratado no puede ser entendido como un “precepto legal”, dado que aun en el más amplio sentido de dicha expresión sólo puede involucrar la producción de normas jurídicas por parte de los órganos constituyentes o colegisladores de un Estado parte, mientras que el tratado internacional incluye la actuación de la voluntad de dos o más Estados y no la voluntad unilateral de un Estado; a ello debe agregarse que los términos o vocablos jurídicos deben entenderse en su sentido técnico jurídico, el cual respecto del concepto “tratado” está expresamente definido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en su artículo 2, convención internacional que se encuentra ratificada por Chile y vigente, vinculante para todos los órganos estatales nacionales. Tal perspectiva se refuerza con el artículo 82 número 2 de la Constitución que distingue claramente en el control

¹⁷ La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, promulgada por decreto supremo n° 381 de 1981 y publicada en el *Diario Oficial* del 22 de junio de 1981.

Chile apoyó decididamente el artículo 27 de la Convención de Viena. Véase Rosales, “La Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 165, enero-diciembre de 1977, pp. 257 y 263.

preventivo de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional entre preceptos legales y tratados internacionales, siendo este control el único posible, el que se realiza antes que el Estado se vincule por el tratado internacional. Así lo prevé, por lo demás, la reforma constitucional al artículo 82 de la Constitución en actual trámite en el Senado.

Todo tratado internacional ratificado por un Estado, espontánea y libremente aceptado por éste, constituye un límite externo en el ejercicio de la soberanía del Estado que se asume voluntaria y conscientemente, el que tiene como efecto impedir que en dicho ordenamiento jurídico se dicten normas violatorias de las disposiciones del tratado, teniendo así el tratado una fuerza pasiva que actúa como un límite al ejercicio de la potestad del Estado, el que no puede aplicar en el ordenamiento jurídico, a ningún nivel, normas que contradigan las obligaciones internacionales contraídas; salvo denuncia, término o pérdida de vigencia y aplicabilidad del tratado respecto del Estado, de acuerdo a las normas del derecho internacional.

Por otra parte, la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico nacional, en la medida en que ordena la prelación y aplicabilidad del resto de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno, como asimismo de las que derivan del derecho internacional incorporándose al ordenamiento jurídico nacional —de acuerdo al procedimiento de incorporación señalado por la Constitución—, sin perder la calidad de derecho internacional. La fuerza normativa de la Constitución no se relaciona con el lugar que ocupa en la gradación y fuerza aplicativa de las fuentes, sino con el hecho de que ella define dicha gradación y aplicabilidad. Así la Constitución puede definir, como lo hace en el artículo 5 inciso 2, que los derechos esenciales incorporados vía tratados internacionales constituyen un límite de la soberanía, vale decir, un límite al poder constituyente y los poderes constituidos, respecto de lo cual hay que extraer las consecuencias jurídicas pertinentes, a diferencia de lo que hace el Tribunal Constitucional en su fallo de mayoría en comentario.

No son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el derecho interno de que la norma posterior deroga la anterior, que la norma especial deroga la norma general, ni que la norma superior deroga a la inferior, ya que tales principios operan cuando existe contradicción entre normas que puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las normas en conflicto su condición de normas válidas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre en el caso del conflicto de una norma que tiene su fuente de validez en el derecho interno y otra que tiene su fuente de validez en el derecho internacional.

En el caso de conflicto de dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la potestad pública o soberanía a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios

imperativos de derecho internacional *pacta sunt servanda*, *bona fide* y la doctrina de los actos propios, esta última invalidante de toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente; todo lo cual exige cumplir de buena fe las obligaciones asumidas por el Estado; así lo exigen el honor, la responsabilidad y la honestidad con que el Estado de Chile debe participar en el orden internacional.

Tales principios y enunciados normativos los ha reconocido nuestra Corte Suprema a través de diversos fallos de la década de los años 90; algunos ejemplos de ellos son los siguientes:

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la unanimidad de la Corte Suprema: “4.- Que una vez incorporados al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [...] debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27 [...]. 5.- Que la convención internacional se aplica preferentemente frente a la ley interna mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierde validez internacional”.¹⁸

La misma Corte Suprema en sentencia del 26 de octubre de 1995, en recurso de queja número 5566, determina en su considerando 14º: “que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente de producirse debilitaría el Estado de Derecho”.

Diversas sentencias de la Corte Suprema han determinado que, en el caso de pactos o convenciones internacionales que persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ellos tienen aplicación preeminente, puesto que “esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma Constitucional contenida en el artículo 5 de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos”.¹⁹

Asimismo, la Corte Suprema en fallo rol 459-98 de septiembre de 1998, en recurso de casación penal, en su considerando 10º determina: “en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones (tratado internacional) importa un error de Derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del derecho internacional los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que

¹⁸ *Gaceta Jurídica*, marzo de 1995, pp. 165-168.

¹⁹ *Revista Fallos del Mes*, n° 446, sección Criminal, p. 2066, considerando 4º.

dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos”.

El problema recurrente ha sido la falta de coherencia de la jurisprudencia de los tribunales chilenos, que operan con parámetros ambiguos producto de que en algunos casos se asumen las consecuencias del “vino nuevo” (reforma constitucional de 1989 al artículo 5 inciso 2), y en otros casos se desnaturaliza o descompone dicho vino al ponerse en “odres viejos” (paradigmas interpretativos del concepto de soberanía clásico, no asumiendo la reforma constitucional al artículo 5 inciso 2 de la Constitución), generando una inseguridad jurídica y una desigualdad en la aplicación del Derecho muy grave en un Estado constitucional.

El ministro Libedinsky expresa en su voto disidente, “ante la contundencia de la afirmación constitucional del artículo 5 inciso 2 que limita la potestad estatal por los derechos que emanan de la naturaleza humana, los que deben imperativamente ser respetados y promovidos por todos los órganos constitucionales, incluidos los órganos jurisdiccionales, ¿es concebible sostener que el establecimiento de garantías jurisdiccionales destinadas a cumplir dicho mandato puedan ser declaradas inconstitucionales?”. La respuesta categórica es que la mentalidad de odres viejos que asume en sus considerandos o fundamentos la mayoría del Tribunal Constitucional no permite asumir el paradigma del vino nuevo del artículo 5 inciso 2. El fallo de mayoría del Tribunal Constitucional no tuvo voluntad para concretar una interpretación sistemática y finalista de la Constitución, ni quiso otorgarle un efecto útil a la segunda frase del artículo 5 inciso 2 de la Constitución introducido por la reforma constitucional de 1989.

3. *Los precedentes en materia de entrega de jurisdicción a Tribunales Internacionales bajo la Constitución de 1980 y precedentes bajo el imperio de la Carta de 1925*

Es necesario precisar, además, que el poder constituyente radicado en la Junta de Gobierno por la Constitución de 1980, en el período 81-89, desmiente a través de su actuación como órganos colegisladores en conjunto con el jefe de Estado, que pudiera considerarse inconstitucional el uso de las atribuciones que confieren los artículos 32 número 17 y 50 número 1 de la Constitución para habilitar a tribunales extranjeros para ejercer jurisdicción sobre ilícitos ocurridos en Chile, contrariamente a la interpretación realizada por la mayoría del Tribunal Constitucional; en efecto, la Junta de Gobierno militar y el jefe de Estado de la época, general Augusto Pinochet Ugarte, aprobaron y ratificaron la Convención contra la Tortura cuyas disposiciones entregan potestad jurisdiccional universal subsidiaria o supletoria a los tribunales de cualquier Estado para hacer efectiva la responsabilidad y sancionar criminalmente a los autores, cómplices o encubridores de actos de tortura, cometidos dentro del ámbito territorial de cualquier Estado parte que no haya ejercido la potestad jurisdiccional sobre la

materia. Dicha actuación implicó una autorización expresa de quienes fueron poder constituyente originario, que entrega jurisdicción penal a tribunales que no están previstos en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales pueden ejercer jurisdicción respecto de personas que hayan cometido actos delictivos dentro del territorio del Estado de Chile. Así, la Junta de Gobierno no consideró contrario a la Constitución transferir a tribunales extranjeros por dicha Convención una jurisdicción subsidiaria o supletoria en materia penal que la Constitución no establece.

Todo ello es reconocido explícita y oficialmente por el Informe Técnico, firmado por el ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno del general Pinochet, don Ricardo García Rodríguez, acompañado por dicho jefe de Estado al mensaje dirigido a la Junta de Gobierno e ingresado a la Secretaría de Legislación de ella con fecha 11 de noviembre de 1987, para la aprobación de la Convención contra la Tortura sin que nadie cuestionara su constitucionalidad.

El mismo informe reconoce expresamente en su página 2, párrafo 5°, que la “Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en sus “artículos 5, 6 y 7 están destinados a configurar un sistema de jurisdicción universal en relación con el delito descrito por la convención. Conforme a este sistema se tiende a evitar la impunidad para los autores de las conductas ilícitas ya mencionadas. A su vez, el artículo 5, párrafo 3° de la Convención sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ratificado por Chile el 30 de septiembre de 1988, determina que “la presente convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida en conformidad con las leyes nacionales”. Así todo Estado parte se obliga a procesar al presunto culpable o en su defecto, a extraditarlo. Este mecanismo es uno de los elementos esenciales para dar plena eficacia a la Convención”. Así el presidente de la República, don Augusto Pinochet Ugarte, en mérito de las consideraciones y razones expuestas, solicita a la Junta de Gobierno la aprobación del tratado, lo que acontece sin reparos de ningún tipo, convención que luego es ratificada por el propio presidente Pinochet.

A su vez, el Estado de Chile, bajo el imperio de la Constitución de 1925, ratificó el 3 de junio de 1953 la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, a través de la cual se comprometió a que “las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto de aquella de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción” (artículo VI).

Así el Tribunal Constitucional opta por una interpretación que no asume la práctica del quienes establecieron el texto de la Carta Fundamental (Junta de Gobierno y presidente Augusto Pinochet), como asimismo, tampoco asume prácticamente la perspectiva de los límites de la soberanía que establece expresamente el artículo 5 inciso 2 de la Constitución.

III. Consideraciones finales

La sentencia analizada hace necesario que los órganos que forman parte del poder constituyente instituido se activen para considerar una adecuada normativa constitucional para participar en la vida internacional y supranacional, en lo cual nuestra Carta Fundamental no tiene ningún avance sustantivo desde hace un siglo, salvo en el artículo 5 inciso 2, lo que es absolutamente insuficiente, al generar inseguridad jurídica y una jurisprudencia de los tribunales contradictoria, como hemos podido determinar.

Es necesario por seguridad jurídica constitucional precisar el trámite de aprobación de los tratados internacionales en el Congreso Nacional; el procedimiento de entrega de jurisdicción o competencia a organismos jurisdiccionales inter o supranacionales; precisar los quórum de aprobación de los distintos tipos de tratados según las materias que aborden; asumir que las normas de derecho interno, incluida la Constitución, no pueden generar obstáculos al cumplimiento de las obligaciones internacionales libre y voluntariamente contraídas por el Estado (cumplimiento de buena fe y sin oponer obstáculos internos, como lo exige la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados); determinar la manera de ejecución de los fallos de los tribunales internacionales o supranacionales de derechos humanos a los que se les ha otorgado jurisdicción vinculante y cuyas decisiones el Estado se ha comprometido a ejecutar (obligaciones de resultado respecto de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); la aplicación de una interpretación de los órganos jurisdiccionales internos conforme con los tratados de derechos humanos; constitucionalizar el principio hermenéutico de aplicación de la norma interna o internacional que mejor favorezca el ejercicio de los derechos esenciales, entre otras materias.