

CORTE PENAL INTERNACIONAL: EVALUACION CRITICA Y CUESTIONES CONSTITUCIONALES¹

**Salvador Mohor Abuaud y
Paulino Varas Alfonso**

Profesores de Derecho Constitucional

1. Una globalización alentada por las necesidades de integración económica, social y cultural parece hoy querer determinarlo todo y ofrece al Derecho Internacional el marco adecuado para proyectar y consolidar la idea de una jurisdicción universal que intente abatir las resistencias de las soberanías estatales y sobrepasar la fuerza de los nacionalismos.
2. La jurisdicción universal es concebida como una potestad que debe reconocerse a los Estados para investigar y juzgar a través de sus propios tribunales, a nombre de la comunidad internacional, y de acuerdo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente aplicables, a las personas sospechosas de haber tenido participación en la comisión de delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional, que por su naturaleza, representan un atentado en contra de toda la humanidad, tales como, los crímenes de guerra, el genocidio, la agresión y los delitos de lesa humanidad, incluidos la tortura y la desaparición forzada de personas.
3. La característica distintiva radica en que pretende ejercerse por los Estados con independencia del territorio en que se produce el hecho (es, pues, una jurisdicción esencialmente extraterritorial); ya sea atendiendo a la nacionalidad del hechor, o, incluso, de la víctima, o aún, haciendo abstracción de ella; y sin que interese mayormente si el Estado que juzga haya visto o no comprometidos sus intereses concretos en materia de

¹ Ponencia presentada en las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, 4, 5 y 6 de noviembre de 1999.

seguridad. Su finalidad: reducir los espacios de impunidad y servir de eficaz disuasivo a la comisión de nuevos delitos.

4. El conjunto de principios y normas aplicables a todos los Estados y en que se pretende encontrar el fundamento último de la jurisdicción universal, se conoce con la denominación de "ius cogens". El "ius cogens" es el "Derecho necesario", es decir, el Derecho que los Estados no pueden modificar por su sola voluntad. Aunque en doctrina no se discute acerca de cuál es exactamente su contenido, se acepta que, a lo menos, comprende las normas que tutelan los derechos fundamentales de la persona humana, las que protegen los derechos de los grupos nacionales a su autodeterminación, las que tutelan los intereses de la comunidad internacional y las que prohíben el uso de la fuerza como método de solución de controversias.

El reconocimiento meramente doctrinario de este tipo de normas se ha visto fortalecido con su consagración a nivel de ordenamiento jurídico positivo, a través de diversos instrumentos de Derecho Internacional que reconocen expresamente su existencia o la suponen. Entre ellos podemos mencionar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 53); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15.2); las Convenciones sobre Tortura de la ONU (artículo 5º) y de la OEA (artículo 12); los cuatro Pactos de Ginebra, especialmente el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las F.F.A.A. en campaña (artículo 49), el convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las F.F.A.A. en el mar (artículo 50) y la Convención sobre tratamiento de los prisioneros de guerra (artículo 129); la Carta de San Francisco (artículo 2º Nº 6) y los Estatutos de los Tribunales Internacionales para Yugoslavia (1992) y Ruanda (1994) establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para juzgar los crímenes de guerra, genocidio y delitos de lesa humanidad perpetrados en esos países con motivo de la revolución civil.

5. Si bien los fines que inspiran la idea de una jurisdicción universal son en sí mismos irreprochables, su ejercicio en forma independiente a través de Estados igualmente soberanos, puede traer aparejados serios inconvenientes, desde el punto de vista de su independencia, imparcialidad y eficacia.

- 5.1. Como se pretende que en el ejercicio de esta jurisdicción los Tribunales de un Estado pueden entrar a juzgar

hechos ocurridos en el territorio de otros Estados, con prescindencia del principio de territorialidad de la ley penal, sea atendiendo a la nacionalidad del hechor, o aún de la víctima, o todavía, por el sólo hecho de encontrarse el sospechoso accidentalmente en su territorio, inevitablemente habrán de surgir las reticencias inherentes a la defensa de la soberanía, de la dignidad y de la seguridad de los Estados;

- 5.2. Aún cuando los Estados son esencialmente iguales desde un punto de vista jurídico, en razón de su soberanía, existen entre ellos significativas diferencias derivadas de su potencialidad económica, social, cultural y, por cierto, militar o bélica, todo lo cual determina su nivel de importancia y su respectivo campo de influencias dentro de la comunidad internacional, lo que, en definitiva, puede conducir a que en la práctica los Estados más poderosos terminen transformándose en los jueces de los más débiles.
- 5.3. Si se observa, además, que en el mundo se enfrentan posiciones antagónicas derivadas de las diferentes realidades en el plano político, estratégico, económico o religioso –cultural, difícilmente podrá esperarse que la moderación y la prudencia garanticen el ejercicio de una jurisdicción que a la larga se desenvuelva en el marco de la relación amigo– enemigo;
- 5.4. Como en el ejercicio de la jurisdicción universal un Estado podría juzgar hechos ocurridos en el territorio de otro Estado pero de los cuales hayan sido víctimas sus propios nacionales, se comprenderá que ello, en una medida no despreciable, terminará afectando la objetividad o imparcialidad del juzgamiento;
- 5.5. Resulta igualmente claro que “el juzgamiento a distancia” inherente a una jurisdicción universal enfrentará necesariamente el problema derivado de la falta de conocimiento suficiente por parte del Estado que juzga de los valores, sentimientos, idiosincrasia, así como de la realidad política y social, imperantes en el Estado dentro de cuyo territorio ocurrieron los hechos, que tanta importancia adquieren como factores de orientación y moderación en el ejercicio de una jurisdicción objetiva.

Sabido es que un exceso de justicia puede conducir a una situación de injusticia.

5.6. El ejercicio de una jurisdicción universal en forma independiente por Estados igualmente soberanos habrá de provocar inevitablemente problemas derivados de una falta de coordinación suficiente, especialmente cuando dos o más Estados se atribuyen el derecho de juzgar unos mismos hechos; y

5.7. Cuando, por último, el ejercicio de la jurisdicción universal se materializa a través de tribunales internacionales ad hoc, es decir, creados especialmente para juzgar las atrocidades cometidas en uno o más Estados con motivo de un conflicto nacional o internacional (caso de los tribunales de Nuremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda), habrá de surgir la razonable objeción de que los vencidos serán juzgados por los vencedores, así como también que el tribunal que juzga y, aún –como en el caso de Nuremberg- que la sanción penal aplicable a los delitos, se han establecido con posterioridad a los hechos.

6. Las deficiencias anotadas ponen en evidencia los problemas de inseguridad, falta de imparcialidad e independencia inherentes al ejercicio de la autotutela por los Estados y que, por lo demás, son esencialmente semejantes a los que en determinadas épocas de la historia ella suscitaba entre las personas ante la ausencia de tribunales permanentes e imparciales.

7. Pues bien, en el contexto de estos inconvenientes parece justificarse la creación de una Corte Penal Internacional como vía de solución a los problemas que puede originar el ejercicio independiente por los Estados de la Jurisdicción Universal. Teniendo como finalidad poner término a la impunidad de los responsables de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” y servir de eficaz disuasivo a la comisión de nuevos delitos, la Corte Penal Internacional debiera satisfacer requerimientos organizativos y funcionales que garantizaran la independencia e imparcialidad de una jurisdicción que entregada al libre arbitrio de los Estados amenaza con desvirtuarse.

7.1. La Corte Penal Internacional debiera concentrar el ejercicio de la jurisdicción universal, de manera que sólo ella y no los Estados puedan juzgar los delitos más graves comprendidos en el Derecho Internacional, especialmente

cuando se encuentran comprometidos los intereses de los diversos Estados, como sucedería precisamente cuando las víctimas de hechos ocurridos bajo la jurisdicción de un Estado pertenecen a diversos Estados.

Lamentablemente el Estatuto de Roma no concentra el ejercicio de la jurisdicción universal, desde que los Estados pueden seguir ejerciéndola a nombre de la Comunidad Internacional y de acuerdo a los principios y normas del Derecho Internacional general recogidos en diversos instrumentos internacionales.

Por esta razón deben entenderse reproducidos todos los inconvenientes generales derivados del "juzgamiento de los Estados por los Estados" a que se ha hecho ya referencia a los cuales se agregan otros de carácter más específico que se mencionan a continuación:

- a. Mientras la Corte Penal Internacional juzgará sólo hechos futuros, es decir, posteriores a la entrada en vigencia del tratado de acuerdo al principio según el cual tribunal debe estar establecido con anterioridad a los hechos que habrá de juzgar, los Estados, en el ejercicio de la jurisdicción universal podrían conocer delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional independientemente de la época de su ocurrencia;
- b. Si la Corte Penal Internacional en ciertos casos y bajo determinados supuestos podrá considerar la "obediencia debida" como eximente de responsabilidad penal, los Estados, en cambio, ejerciendo la jurisdicción universal que se funda en normas de Derecho Internacional general recogidas en las Cartas de Nuremberg y de Tokio, así como en los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia (1992) y para Ruanda (1994), quedarían en situación de desestimarla; y
- c. En tanto la Corte Penal Internacional circunscribe su competencia a hechos ocurridos en el territorio de un Estado Parte, o bien, a hechos perpetrados por nacionales de un Estado parte, los demás Estados en general, ejercerían la jurisdicción universal con independencia del territorio en que hayan ocurrido los hechos, atendiendo indistintamente a la

nacionalidad del hechor o de la víctima, y aún, con independencia de ella.

- 7.2. La Corte Penal Internacional debiera tener el carácter de un tribunal permanente, para abatir, así, las objeciones que despiertan los tribunales internacionales ad – hoc, pues se constituyen para juzgar hechos acaecidos en el territorio de determinados Estados con motivo de conflictos nacionales o internacionales, con posterioridad a su ocurrencia, y respecto de los cuales cabría hacer valer el inconveniente de que los vencedores juzgan a los vencidos.

Si bien, como lo expresa el mismo Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional es un tribunal permanente, en buena medida esa calidad parece desvirtuarse y perder significación en la medida que el ejercicio de la jurisdiccional universal no se encuentra concentrado en la Corte y los demás Estados pueden seguir ejerciéndola independientemente de la época en que se hayan producido los hechos. Por otra parte, a proposición de la Corte el número de magistrados puede ser aumentado o disminuido con la aprobación de la Asamblea de los Estados Partes, siempre y cuando ese número no baje de 18. Lo que aparentemente sólo tiene implicancias en el plano orgánico, puede tenerlas igualmente desde un punto de vista funcional, pues alterando el quórum de decisión o cambiando los magistrados es posible superar el escollo de una oposición eventual, especialmente respecto de casos futuros, lo que en la práctica es equivalente a crear cada vez un nuevo tribunal.

- 7.3. Una Corte Penal Internacional debiera actuar de manera independiente, es decir, al margen de interferencias que provengan de los Estados, o de otras organizaciones internacionales o no gubernamentales. En lo que respecta a este punto y de conformidad con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, si bien la Corte no es parte orgánica de la ONU, diversos preceptos pueden inducir a creer que en los hechos actuará dentro de la órbita de influencias de estos organismos y, específicamente, de su Consejo de Seguridad. Ello porque:
 - a) La Corte se vinculará con la ONU mediante un acuerdo cuyo contenido no se conoce exactamente y que deberá ser sometido a la aprobación de la

Asamblea de los Estados parte (artículo 2° del Estatuto);

- b) El Consejo de Seguridad por medio de una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podrá suspender las investigaciones o enjuiciamientos que haya iniciado la Corte, por un plazo de 12 meses renovables, es decir, en la práctica, indefinidamente si así lo decide (artículo 16 del Estatuto). Esta disposición se aprobó en la Conferencia Diplomática de Roma a modo de transacción frente a la exigencia de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que buscaban desde un comienzo condicionar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte a la aceptación o acuerdo del Consejo, lo que obviamente habría significado relegarla a una situación de excesiva dependencia, con grave desmedro de su eficacia e independencia, considerando que cada miembro permanente del Consejo tiene un poder de veto absoluto. Se prefirió, pues, condicionar la continuación o desarrollo de una investigación o enjuiciamiento antes que su iniciación, situación ésta en que la posibilidad del veto absoluto juega a favor de la Corte. La modificación sin embargo, no satisfizo las expectativas de EE.UU. y China, que, en definitiva decidieron rechazar el Estatuto;
- c) Los gastos de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados parte, previstos en el presupuesto aprobado por la Asamblea de Estados parte, se financiarán no sólo con cargo a los aportes de estos últimos, sino, además, con fondos procedentes de las Naciones Unidas (artículos 115, b) del Estatuto);
- d) El ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional se circunscribe fundamentalmente a hechos ocurridos en el territorio de un Estado parte, o bien, materializados por nacionales de un Estado parte, a menos que su competencia se haya activado por el Consejo de Seguridad, caso en que tales limitaciones desaparecen. En cierto modo,

pues, la actuación de la Corte dependerá necesariamente de la voluntad del Consejo; y

- e) Si a juicio de la Corte Penal Internacional un Estado parte se ha negado a cooperar con las investigaciones que lleva a cabo, desatendiendo las solicitudes que se formulen en este sentido, podrá someter la cuestión a la consideración del Consejo de Seguridad de la ONU que, como bien dice el profesor Mario Calderón, tratándose del único organismo con carácter coercitivo dentro del sistema de las Naciones Unidas, constituirá el instrumento a través del cual la Corte ponga en ejercicio su facultad de imperio (87, N° 7 del Estatuto).

- 7.4. Los miembros de una Corte Penal Internacional debieran estar revestidos de la imparcialidad que garantice la adopción de resoluciones que satisfagan los requerimientos de justicia y no estar orientados a favorecer o perjudicar indebidamente la situación de quienes deben ser juzgados. A este respecto debe tenerse en consideración que diversos preceptos del Estatuto de Roma tienden a garantizar la imparcialidad de la Corte Penal Internacional, tales como, por ejemplo, los contenidos en los artículos 36 N° 3 a) (los magistrados deberán ser personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad); 36 N° 7 (prohibición de existir dos magistrados de la misma nacionalidad); 40 (Prohibición de desempeñar funciones incompatibles); 41 (Posibilidad de recusar magistrados); 36 (composición equilibrada de la Corte desde el punto de vista de los sistemas jurídicos del mundo, distribución geográfica y representación por sexo); 36 bi y bii (magistrados de reconocida competencia en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal así como en materias de Derecho Internacional). Todo ello es inobjetable, pues tales garantías representan parámetros incuestionables de justicia y nacionalidad en todo juzgamiento. Sin embargo, una eventual falta de imparcialidad suficiente parece vincularse con el compromiso de la independencia funcional de la Corte, de acuerdo con lo expresado en el punto anterior.
- 7.5. El ejercicio de la jurisdicción universal por una Corte Penal Internacional no debiera representar para los Estados un menoscabo a su capacidad de auto-

determinación e independencia, debiendo, pues, compatibilizarse la eficacia jurisdiccional de la Corte con los requerimientos de la soberanía de los Estados.

El Estatuto de Roma en principio parece adecuarse a tales requerimientos, pero contiene preceptos cuya aplicación podrían conducir precisamente a su denegación o debilitamiento.

La soberanía del poder del Estado se manifiesta internamente en la capacidad de darse el Estado una determinada organización política, económica y social y, externamente, en la capacidad para exigir que los demás sujetos de Derecho Internacional respeten esa organización y se abstengan de interferir en su desarrollo y funcionamiento. La doctrina predominante acepta y reconoce que las normas sobre protección de la autodeterminación de los pueblos son parte del contenido del *ius cogens*, tanto como lo son las destinadas a la protección de los derechos humanos, entre los cuales, por lo demás, existe una estrecha interrelación. La pérdida o menoscabo de la autodeterminación termina debilitando la tutela efectiva de los derechos.

Pues bien la institucionalización de tribunales internacionales no puede llegar a coartar esa capacidad de autodeterminación de los Estados ni llegar a significar un desconocimiento de su organización institucional, sino, más bien, representar la proyección hacia el exterior de la soberanía estatal expresada en el reconocimiento de un nuevo órgano situado fuera de sus fronteras y que, en concurrencia con aquellos que se radican dentro de su territorio, habrán de confluir en un mismo objetivo: la realización del bien común.

Pero para que ello sea efectivamente así, es menester que los órganos externos que, por voluntad del propio Estado habrán de ejercer también soberanía en la medida acordada a través del tratado respectivo, no pretendan disputar a los órganos internos la cuota de ejercicio del poder que por mandato de la Constitución, les corresponde.

Creemos que el Estatuto de la Corte Penal Internacional objeto de este análisis precisamente incluye preceptos cuya aplicación puede llegar a significar una

desvalorización significativa de la soberanía Estatal, especialmente aquellos según los cuales la jurisdicción de la Corte tendrá un carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (artículos 17, 18, 19 y 20 en relación con el párrafo décimo del Preámbulo). Aunque el Estatuto de Roma no define lo que debe entenderse por jurisdicción complementaria, es posible desentrañar su sentido del análisis de los preceptos contenidos en los artículos citados, de los cuales se desprende que, en esencia, es aquella que permite a los Estados ejercer su jurisdicción respecto de los delitos a que se refiere el Estatuto (genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad), a menos que la Corte decida de oficio y unilateralmente que no pueden hacerlo por alguna de las siguientes razones:

- a) No existe la intención real de investigar o de enjuiciar;
- b) Se encuentran incapacitados para investigar o juzgar;
- c) El juzgamiento ya consumado no ha tenido otro propósito que el de sustraer al acusado de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte;
- d) El proceso no ha sido instruido en forma independiente o imparcial, de acuerdo a las garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional; y
- e) El proceso, dadas las circunstancias del caso, evidencia ser incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

En síntesis, la llamada jurisdicción complementaria, permite a los Estados ejercer su jurisdicción, a menos que la propia Corte decida que no quieren ejercerla o están incapacitados para hacerlo, caso en el cual habrá de asumir ella misma el conocimiento de los asuntos de que se trate.

Los Estados, en el régimen de la jurisdicción complementaria, pueden impugnar la decisión de la Corte, de acuerdo a los procedimientos de los artículos 18 y 19

del Estatuto, pero, en definitiva, es la propia Corte quien impone la última palabra. Más aún, si la Corte resuelve la impugnación el favor del Estado, nada impide que en un momento posterior, a requerimiento del Fiscal, el asunto quede sometido a su jurisdicción, si se presentan hechos nuevos que así lo justifiquen. Es del caso advertir, sin embargo, que si la Competencia de la Corte ha sido activada a requerimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Estado afectado carece de la facultad de impugnar la decisión de la Corte, razón por la cual el ejercicio del derecho de impugnación se circunscribe a los casos en que la Corte haya sido requerida por algún Estado Parte o haya decidido ejercer su jurisdicción de oficio a solicitud del Fiscal (artículo 18 Nos. 1 y 2 del Estatuto de Roma).

En cuanto a los criterios que habrá de utilizar la Corte Penal Internacional para avocarse al conocimiento de un asunto, esto es, para declararlo admisible, y decidir en definitiva que el Estado parte de que se trata no tiene intención de investigar o enjuiciar, cabe formular como reproche general el hecho de ser evidentemente tautológicos y subjetivos. Pueden sintetizarse del siguiente modo:

- a) Haberse respetado o no los requerimientos del debido proceso, de acuerdo a las garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional;
- b) Si existe o no el propósito de sustraer al acusado de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte;
- c) Si ha habido o no demora injustificada en el juicio que evidencia el propósito de no hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate; o
- d) Si el proceso está siendo substanciado o lo ha sido ya, de manera independiente e imparcial (artículo 17, 2, a, b) y del Estatuto de Roma).

En cambio para decidir que un Estado está incapacitado para investigar o juzgar, la Corte habrá de considerar si debido al colapso total o substancial de la administración de justicia, sus tribunales se encuentran en situación de

sustanciar razonablemente el proceso (artículo 17 N° 3 del Estatuto), lo que por cierto no deja de ser subjetivo.

Sin embargo es preciso advertir que el eventual menoscabo de la soberanía estatal no se produce precisamente por el hecho de que la Corte Penal Internacional proceda a ejercer su jurisdicción en lugar de los Estados si objetivamente el Estado parte se encuentra en situación de no querer investigar o enjuiciar o está incapacitado para hacerlo. En estos casos el Estado no ejerce realmente su jurisdicción y, en consecuencia, se abstiene de ejercer soberanía en procura del bien común. Por ello, desde un punto de vista esencial, sería posible argumentar que en tal eventualidad la Corte Penal Internacional no busca sojuzgar la soberanía estatal, sino suplir una deficiencia de jurisdicción con miras al restablecimiento del ordenamiento constitucional interno. No pareciera, por cierto decoroso utilizar como baluarte la soberanía estatal para salvar la intangibilidad de un seudo proceso o de una cosa juzgada artificiosa.

La degradación de la soberanía estatal surge en realidad de la pretensión de cuestionar y del cuestionamiento mismo que la Corte hace por sí y ante sí, y aún a despecho de las consideraciones y reclamaciones de los órganos internos, de la legitimidad de las investigaciones y juzgamientos internos, calificando intenciones y atribuyendo designios que lejos de corresponder a la realidad del proceso político de los Estados, respondan más bien al juego de influencias y consideraciones extrajudiciales que puedan hacerse valer respecto de cada caso.

De todo esto resulta que, por la decisión unilateral de la Corte Penal Internacional, y supuestamente en aras de los intereses de la Comunidad Internacional, el sistema judicial interno del Estado afectado es desvalorizado y luego desplazado contra su voluntad, para dar lugar a la intervención de un órgano extraño que se yergue en supremo juzgador.

En esencia, la dificultad parece residir en la imposibilidad de llegar a determinar con entera objetividad si un Estado se encuentra o no en situación de ejercer normalmente jurisdicción. En la medida en que tal decisión quede entregada a la voluntad soberana de un órgano externo,

se resentirá la soberanía estatal y la jurisdicción complementaria que se reconoce a la Corte se transformará en fuente inagotable de conflictos y suspicacias.

Por todo lo dicho, creemos que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional dejará de ser en verdad complementaria si en los hechos no concurre a llenar una deficiencia real de jurisdicción. Por la misma razón tampoco será subsidiaria, pues si los tribunales internos están en situación de ejercer normalmente jurisdicción, no se justificaría una actuación subsidiaria. De hecho, pues, la Corte arriesga ejercer una jurisdicción *sustitutiva* de las jurisdicciones nacionales.

La solución a este eventual conflicto de jurisdicciones parece discurrir más bien por la vía de una cesión clara, directa y objetiva de competencias jurisdiccionales internas de acuerdo con los parámetros cualitativos y cuantitativos precios que cuidadosamente se establezcan a través de los correspondientes acuerdos internacionales, previa reforma constitucional que los haga jurídicamente posibles, al estilo de las Constituciones de Alemania (artículo 24 N° 19), España (artículo 93 y 95), Dinamarca (artículo 20), Suecia (artículo 5°), Holanda (artículo 67), Luxemburgo (artículo 49 bis) y Grecia (artículo 28 N° 2).

Concretamente debiera otorgarse competencia a un tribunal internacional para juzgar aquellos asuntos que por su naturaleza comprometen directamente los intereses de dos o más Estados (por ejemplo hechos de los que sean víctimas nacionales de diversos Estados) y que, en consecuencia, parecen escapar a la jurisdicción de uno solo considerado independientemente. Cuando se trate de hechos que en forma substancial afectare a un Estado determinado, de tal manera que ordinariamente debieron quedar sometidos a su propia jurisdicción la Corte Internacional sólo podría intervenir con la aceptación expresa del Estado, o bien, como tribunal de revisión o cuando los tribunales internos soliciten la intervención de la Corte en razón de reconocer su incapacidad para investigar y enjuiciar, o, por último, cuando la situación de incapacidad en que se encuentren sea por sí misma evidente según se determine en el tratado que corresponda. Pero atribuirse competencia en función de la

calificación de la intención de los Estados para juzgar seriamente es entrar en un terreno de extrema subjetividad que necesariamente habrá de afectar la dignidad y soberanía de los Estados.

- 7.6. Por último el funcionamiento de la Corte Penal Internacional debiera garantizar a quienes habrán de ser juzgados un tratamiento que satisfaga las exigencias de seguridad jurídica. Diversas deficiencias pueden advertirse a este respecto en el Estatuto de Roma, especialmente desde el punto de vista de la exhaustividad, precisión y coherencia en la normativa a aplicar para determinar la existencia del delito y la participación culpable. Ello habrá de redundar en desmedro del principio de seguridad jurídica dentro de un ámbito en que, por su naturaleza, su reconocimiento es indispensable. Se pretende, en efecto, la aprobación y ratificación de un tratado que tipifica y sanciona delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional, sin que se tenga de antemano la certeza suficiente acerca de cuáles serán los procedimientos y medios de prueba relativos a la substanciación y comprobación de los mismos, ni cuáles los elementos constitutivos de los delitos que se pretende sancionar y sus penas respectivas, para orientar la labor interpretativa de la Corte. En cuanto al delito de agresión se advierte a los Estados que la Corte ejercerá respecto de él su competencia una vez que su tipificación sea determinada y luego aprobada por la Asamblea de los Estados partes, ante las dificultades suscitadas en el seno de la Conferencia Diplomática de Roma en torno a su definición. Como existen Estados que directa o indirectamente están vinculados a conflictos bélicos en desarrollo, o bien, expuestos a ellos, la definición del delito de agresión enfrenta las resistencias de quienes temen quedar comprendidos en la descripción respectiva, especialmente las grandes potencias. De ahí es que en un comienzo se pretendiera que la calificación de agresor quedara entregada en cada caso a la decisión del Consejo de Seguridad de la ONU, solución que en definitiva fuera rechazada, ante el riesgo de que el derecho a veto absoluto de sus miembros permanentes pudiera ser empleado teniendo en vista consideraciones políticas antes que de justicia.

Por otra parte está igualmente pendiente el acuerdo que deberá celebrarse entre la Corte Penal Internacional y la Organización de las Naciones Unidas, que seguramente habrá de abordar la cuestión relativa a la colaboración del Consejo de Seguridad como órgano coercitivo a través del cual la Corte hará efectiva su facultad de imperio, acuerdo de la más alta trascendencia cuyo contenido específico los Estados desconocerán al momento de la ratificación.

En fin, por lo que respecta al Derecho que habrá de aplicar la Corte es posible advertir que en su intento de querer ser exhaustivo, el Estatuto deviene en cierta medida vago e impreciso. Después de advertir que la Corte aplicará en primer lugar el Estatuto mismo los elementos del crimen y las reglas de procedimiento y prueba (estos últimos aún no determinados) y, en segundo lugar, cuando procede, los tratados y los principios y normas del Derecho Internacional, incluidos aquellos relativos a los conflictos armados, el Estatuto previene que, en defecto de todos estos cuerpos normativos, aplicará los principios generales del Derecho que la misma Corte derive del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto y los principios del Derecho Internacional generalmente aplicables.

De todo lo expresado surge la natural reticencia que se deriva del carácter acomodaticio que podría asumir la aplicación de los principios y normas, de acuerdo con las pretensiones que, en cada caso orienten las decisiones de la Corte. Por otra parte, ésta podría desembarazarse fácilmente del Derecho del Estado parte al cual pertenezcan las personas que son objeto de su investigación o enjuiciamiento, pretextando que no se concilia con los requerimientos del Derecho Internacional general, o bien, que no se trata de un Estado que se encuentre en situación de ejercer normalmente jurisdicción, apreciación no exenta de una dosis de subjetividad.

CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

1. La comparación objetiva de los textos de la Constitución de 1980 y del Estatuto de Roma permiten advertir ciertas contradicciones que, por cierto, de aprobarse el tratado por el Congreso y ratificarse por el Presidente de la República, se transformarían en vicios de constitucionalidad.
2. Pero la necesidad de instruir, en aras de la dignidad humana, un sistema jurisdiccional internacional permanente, distinto de los Estados, que investigue, juzgue y sancione delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional que, por su naturaleza, representan un atentado en contra de la humanidad y sirva de disuasivo a futuras y eventuales arbitrariedades, con independencia del lugar en que se produzcan y cualesquiera sea la nacionalidad de los responsables o de las víctimas, podría llevar a minimizar la importancia de esas inconstitucionalidades y, más aún, a considerarlas como un obstáculo al desarrollo de la conciencia jurídica y moral. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución no es un texto axiológicamente neutro, cuyos fines puedan alcanzarse con independencia de los medios que se utilicen. La Constitución es la expresión suprema de la voluntad de una nación, plagada de valores, sentimientos y tradiciones, dentro de cuyos límites la agrupación humana que los comparte va construyendo día a día el camino de su propia autodeterminación, debiendo los demás sujetos de Derecho Internacional respetar lo que, en definitiva, no sea sino una manifestación de la libertad de ser de las naciones.

El dantesco espectáculo de las agrupaciones nacionales que luchan por liberarse del yugo de sus opresores nos reafirma en este convencimiento. El desmembramiento de Checoslovaquia, Yugoslavia y la Unión Soviética son una clara manifestación de la fuerza que aún hoy en día, en pleno proceso de globalización, sigue teniendo el viejo principio de las nacionalidades. La soberanía de las naciones sigue siendo una realidad insoslayable y sus constituciones la manifestación jurídica de su voluntad de conservarla. Bajo esta perspectiva puede entenderse la reticencia mostrada por los países frente a la ratificación del tratado de Roma y, más aún, frente a la sola suscripción del mismo. De 196 países que forman parte del Sistema de Naciones Unidas, 160 participaron en la Conferencia Diplomática convocada para la aprobación del texto del Estatuto de la Corte, 120 votaron a favor, menos de 80

lo han suscrito hasta hoy y sólo cuatro países lo han ratificado (Italia, país anfitrión de la Conferencia, Senegal, San Marino y Trinidad Tobago). Estados Unidos líder del liberalismo en el mundo y China adalid del comunismo marxista, han votado en contra del tratado.

3. Oposición del Tratado de la CPI con los artículos 5°, incisos 1° y 2°, 73, 79 y 22 de la Constitución. Los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto de la CPI se oponen al artículo 5° inciso 1° de la Constitución en cuanto facultan a la Corte para decidir que un Estado parte no se encuentra en situación de ejercer normalmente jurisdicción, sea porque no está dispuesto a investigar o enjuiciar seriamente o se encuentra incapacitado para hacerlo, o porque el proceso sólo ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de la responsabilidad penal por delitos de competencia de la Corte, o no fue incoado en forma independiente o imparcial o, en fin, no ha existido la intención de someter al acusado a la acción de la justicia. Lo anterior, porque en todos estos casos se produce el desplazamiento de los órganos jurisdiccionales internos, que se ven obligados a ceder su lugar, aún en contra de su propia voluntad, a un órgano jurisdiccional externo que se sustituye a ellos en el ejercicio de la jurisdicción, impidiéndoles así ejercer, en este ámbito, la soberanía nacional, de acuerdo con el mandato que les impone el precepto constitucional del artículo 5° inciso 1°, todo lo cual equivale a reconocer una soberanía extraña y superior a la del propio Estado.

Al mismo tiempo se impide a los órganos jurisdiccionales internos a obedecer el mandato de respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, con lo cual se produce igualmente la oposición del Estatuto con este último precepto.

En el fondo, se faculta a un organismo extraño para juzgar la realidad del proceso político de una nación y declarar, eventualmente, en interdicción a sus autoridades, impidiéndose así que la soberanía nacional pueda ejercerse por los órganos y en la forma previstos en la Constitución, a despecho de la resistencia que puedan oponer las autoridades internas, con lo cual se evidencia el reconocimiento de una voluntad superior a la de la Nación, e implícitamente se acepta la degradación de su soberanía.

Se ha pretendido contrarrestar esta objeción de constitucionalidad bajo la argumentación de que el propio artículo 5º inciso 2º establece que la soberanía reconoce como límite al ejercicio de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que ello involucra, en consecuencia, aceptar igualmente como limitación las garantías que puedan establecerse para la protección de esos derechos, pues estos últimos devienen en un nominalismo vacío de todo sentido, si se les considera desvinculados de sus mecanismos de salvaguarda.

Sobre el particular cabe manifestar que la Constitución sólo consagra como limitaciones del ejercicio de la soberanía “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que esta limitación no puede hacerse extensiva a sus diversos mecanismos de protección, pues resulta obvio que dichos mecanismos no pueden hacerse derivar igualmente de la naturaleza humana. Derechos y Garantías pertenecen a categorías ontológicas diferentes. Los primeros se vinculan a las facultades o potencialidades de la naturaleza humana que el ordenamiento jurídico reconoce y encausa con miras a la realización espiritual y material de la persona humana. Los segundos corresponden al mundo de las creaciones institucionales, de suyo cambiante, inestable, diverso e impredecible. Cual más, cual menos, las instituciones se vinculan a la protección de los derechos y, en esta perspectiva, constituyen especies de garantías constitucionales al servicio de estos últimos. Si se pretendiera vinculárselos esencialmente a los derechos que protegen, habría que concluir que todas las instituciones constituyen limitaciones al ejercicio de la soberanía, lo que, desde un punto de vista lógico, representaría una contradicción esencial, pues las instituciones jurídicas y políticas son sólo manifestaciones específicas de la soberanía para un momento histórico determinado, expuestas de modo incesante al acondicionamiento que impone la marcha de los tiempos. Lo contrario conduciría al anquilosamiento del régimen institucional. Los derechos como emanaciones de la naturaleza humana permanecen y ni aun los sistemas totalitarios con toda su omnipotencia se atreven a admitir su desconocimiento; las instituciones, directa o indirectamente vinculadas a la protección y satisfacción de los derechos, se van modificando con el transcurso del tiempo en procura de una mayor efectividad y expedición.

Por otra parte, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son una limitación al ejercicio de la

soberanía, pero no la menoscaban o degradan; el poder soberano de la Nación, en efecto, encuentra su justificación en la realización del bien común. Por ello cuando a través del ejercicio de la soberanía se respetan y promueven los derechos fundamentales, el poder soberano de la Nación se realiza y justifica a sí mismo, desde que el respeto y promoción de los derechos es tarea de bien común.

En cambio, como se ha explicado, el mecanismo de protección de los derechos que representa la CPI, en cuanto favorece la declinación del ejercicio del poder soberano de la Nación a favor de una jurisdicción extraña que, previa descalificación de los órganos internos les impone del deber de abstenerse, parece conducir a una situación de degradación de la soberanía.

Por otra parte, la contradicción objetiva existente entre el Estatuto y el artículo 5° de la Constitución repercute inevitablemente en los preceptos del artículo 73 del mismo cuerpo de normas, no sólo porque la abstención forzada del ejercicio de la jurisdicción impediría cumplir con el mandato impuesto por el artículo 73 a todos los “tribunales que establece la ley”: conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, sino además porque el Estatuto rompe la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción que la Constitución, a través de ese artículo, entrega a los “tribunales que establece la ley”. El citado precepto advierte perentoriamente que “ni el Presidente de la República ni el Congreso podrán en caso alguno alterar o modificar la exclusividad reconocida a esos tribunales, ejerciendo ellos mismos funciones judiciales, revisando los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales, avocándose causas pendientes o haciendo revivir procesos fenecidos”. Esta prohibición constitucional les afecta, por cierto, sea que se pretenda modificar esa exclusividad directa o indirectamente, pues la Constitución no distingue. En consecuencia, el Presidente y el Congreso actuarían en oposición a lo dispuesto en el artículo 73 si concedieron a terceros –en la especie a la CPI- el ejercicio de una Jurisdicción que la Constitución concentra en los “tribunales que establece la ley”.

Se pretende neutralizar esta objeción de constitucionalidad sobre la base de argumentar que en el precepto citado radica el ejercicio de la jurisdicción civil y criminal en los “tribunales que establece la ley”, expresiones que comprenderían también a los establecidos vía tratado internacional, pues los tratados se

encuentran sometidos a los mismos trámites de una ley (artículo 50 N° 1). Debemos rectificar esta argumentación, pues en verdad debiera sostenerse que, para estos efectos, tratado y ley tienen un “valor o efectividad” equivalentes, ya que difieren substancialmente en su tramitación. A nadie escapa que, si bien tratado y ley deben ser sometidos a la aprobación del Congreso, e incluso con los mismos quórum de decisión² no procede respecto del tratado el régimen de insistencias, la introducción de indicaciones, el sistema de comisiones mixtas, el trámite de sanción o veto, y es discutible que, cuando verse sobre materias de ley orgánica constitucional, debe ser sometido al control obligatorio del Tribunal Constitucional (artículo 82 N° 1 de la C.P.R.) u objeto de informe por parte de la Corte Suprema. Pues bien, concedido que tratado y ley tienen un “valor o efectividad” equivalentes en orden al establecimiento de un tribunal, existe sin embargo una razón fundamental para desestimar esta argumentación.

Que las materias de ley puedan ser objeto de un tratado, se desprende claramente del artículo 50 N° 1 de la Constitución y que, en consecuencia, el establecimiento de un tribunal se haga por vía de tratado, resulta a nuestro entender, ajustado a la Constitución. Pero en lo que no se repara es que cuando la Ley Fundamental menciona a los “tribunales que establece la ley”, parece estar refiriéndose sólo a aquellos que se encuentran integrados al régimen orgánico – funcional del Poder Judicial, como se desprende de la referencia que el mismo artículo 73 hace en su inciso 3° (tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial); o bien a los que se indicare genéricamente en el artículo 79 (“tribunales de la Nación” sometidos, en cuanto tales, a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte suprema). Es cierto que este último precepto establece algunas excepciones, pero también lo es que entre ellas no se encuentra obviamente la Corte Penal Internacional. En consecuencia debe concluirse que en cuanto la aprobación del Estatuto de la CPI, supone, eventualmente, aceptar una transferencia forzada de jurisdicción criminal y civil a favor de un órgano distinto de aquellos que forman parte del Poder Judicial o se encuentran

² A propósito de la modificación al artículo 63 de la Constitución por la Ley 18.825 de 1989, se dejó constancia en las Actas de la Comisión Legislativa Conjunta de la Junta de Gobierno de que las expresiones “normas legales” empleadas en ese artículo, son comprensivas de los tratados internacionales cuando contengan normas de rango simplemente legal, de quórum calificado u orgánica constitucionales (Ordinario N° 6583/160/1 de 12.6.1989 Presidente 1°. C.L.J.G.).

sometidos a la Superintendencia de la Corte Suprema, habrá de producirse inevitablemente una situación de abierta contradicción con las disposiciones citadas de la Carta fundamental (artículos 73 y 79).

En fin, si se conviene en que el desplazamiento forzado de la jurisdicción penal y civil a favor de la CPI, por decisión unilateral de esta última en razón de estimar aquella que los órganos jurisdiccionales internos no se encuentren en situación de ejercer normalmente jurisdicción, implicaría reconocer y aceptar un poder jurisdiccional extraño, superior al poder soberano de la Nación y, en consecuencia contribuir en esa medida a su degradación, será menester concluir que la eventual aprobación del tratado y su ratificación podrá representar un incumplimiento del deber de defensa de la soberanía consagrado en el artículo 22 inciso 2° de la Constitución respecto de todos los chilenos.

4. Oposición del Estatuto de Roma con el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la C.P.R. Dos razones pueden conducir a esta conclusión.

En primer lugar si se acepta que el Estatuto de la Corte es contrario a los artículos 5° incisos 1° y 2°, 73, 79 y 22 de la Carta Fundamental, de acuerdo a lo explicado en el punto anterior; *debe admitirse también que ello eventualmente conduciría al juzgamiento de nacionales por una “comisión especial”, es decir, por un organismo enteramente ajeno a la idiosincracia, valores y sentimientos del grupo nacional, con el consiguiente riesgo de desviación de justicia. En otros términos, no se estaría cumpliendo la exigencia de que cada cual sea juzgado por sus pares, de acuerdo a la ley del grupo a que pertenece, sino por un órgano y una ley extraños que se oponen al ordenamiento bajo el cual se desarrolle la vida del grupo, desconociéndose así el principio del juez natural.*

En segundo lugar, si bien, como se ha dicho anteriormente, la CPI juzgará hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del tratado, sin perjuicio de su competencia sobre los llamados “delitos permanentes”, existe, no obstante, el riesgo de desvirtuar el principio a través del ejercicio de la facultad que se le reconoce a la Corte para modificar –con el acuerdo o aprobación de la Asamblea de los Estados partes- el número de los magistrados, de acuerdo al volumen de trabajo en un momento determinado. De esta manera a través de la modificación de los quórum de decisión o del cambio de magistrados será posible superar los escollos de una eventual oposición o dificultad respecto del juzgamiento de nuevos

casos, lo que, en esencia, equivaldría a constituir el tribunal con posterioridad a los hechos.

5. Oposición del Tratado con los artículos 79, 19 N° 7 e), 21, 19 N° 3, incisos 2°, 3° y 7°, 19 N° 3 inciso 5° y 80 A de la C.P.R.

La oposición con el artículo 79 parece producirse en cuanto a la CPI podrá ejercer jurisdicción con efectos en Chile sin que, no obstante se encuentre bajo la superintendencia de la Corte Suprema. Aún cuando ese artículo se encuentra referido a los “tribunales de la Nación”, debe tenerse presente, por una parte que las actuaciones de la CPI habrán de producir efectos en Chile y, por otra, que de aprobarse y ratificarse el Tratado la Corte habrá de ser, en cierta medida, un tribunal de la Nación, como igualmente lo será respecto de otros Estados que ratifiquen el mismo tratado.

El Estatuto de reforma también parece oponerse al artículo 19 N° 7 e) de la C.P.R., en cuanto el Estado queda impedido jurídicamente de conceder la libertad provisional a las personas que hayan sido detenidas en cumplimiento de una orden proveniente de la Corte, sin solicitar previamente la autorización de esta última, situación, por cierto, no prevista entre las excepciones que ese precepto constitucional establece al otorgamiento de este beneficio.

En la misma situación, las autoridades internas no pueden revisar la legalidad de una orden de detención proveniente de la Corte, razón por la cual se encuentran impedidas de verificar la procedencia o improcedencia del recurso de habeas corpus, con lo cual deja de producir efectos para este caso el artículo 21 de la Constitución.

Por otra parte, en la medida que la Corte puede desconocer un proceso interno y proceder a substanciar uno nuevo en razón de considerar que sólo se ha instruido con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delitos de competencia de la Corte, o por ser incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia, o porque no haya sido incoado en forma independiente o imparcial, pierde sentido y se desvirtúa el derecho a la defensa jurídica (artículo 19 N° 3 incisos 2° y 3° de la C.P.R.) y el principio non bis in idem implícito en las normas del artículo 19 N° 3 (especialmente su inciso 7°).

El desconocimiento de los artículos 79, 19 N° 7 e), 19 N° 3, incisos 2°, 3° y 7° y 21 de la C.P.R. necesariamente habrá de repercutir en un debilitamiento o menoscabo del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la C.P.R. pues, de conformidad con el Estatuto no resultará admisible emplear aquellos recursos procesales que derivan de la Superintendencia de la Corte Suprema, o bien, eventualmente obtener la libertad provisional sin el consentimiento de la Corte, o recurrir de amparo frente a la posibilidad de ilegalidad del decreto de detención emanado del mismo tribunal, ni tendrá sentido haber ejercido el derecho a la defensa jurídica frente a la eventualidad de un nuevo proceso.

Parece evidente que el Estatuto de la Corte Penal Internacional se encuentra también en contradicción con las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 80 A, en cuanto éstas reservan en exclusividad al Ministerio Público la conducción del proceso de investigación de los delitos, aun de aquellos a que se refiere el Tratado de Roma, pues se trata de delitos de acción pública. En cambio, de acuerdo con el Estatuto, existen casos en que la investigación de esos delitos habrá de quedar entregada en exclusividad a la Corte Penal, por ejemplo, cuando ésta estime que el Estado Parte no tiene realmente la intención de investigar al sospechoso, lo que objetivamente significaría privar al Ministerio Público de su facultad constitucional para llevarla a efecto.

De esta manera el Estatuto de Roma se opone objetivamente a las disposiciones constitucionales relativas al debido proceso, al destruir, menoscabar o debilitar los supuestos procesales sobre los que descansa.

6. Oposición del Estatuto de Roma con los artículos 32 N° 16 y 60 N° 16 de la C.P.R.

Esta oposición resulta al considerar que mientras el artículo 105 N° 1 del Estatuto de la Corte dispone que las penas privativas de libertad que ésta imponga tienen carácter obligatorio para los Estados partes, los que no podrán modificarla en modo alguno, los artículos 32 N° 16 y 60 N° 16 de la Constitución facultan al Presidente de la República y al legislador, respectivamente, para indultar y amnistiar a las personas que hayan sido condenadas por algún delito. El Estatuto, pues, impediría al Presidente de la República y al legislador ejercer las atribuciones constitucionales que se les concede a través de los artículos 32 N° 16 y 60 N° 16.

7. Frente a las eventuales colisiones que resultan de comparar objetivamente los textos de la Constitución y el Tratado de Roma, teniendo presente la eventualidad de su aprobación por el Congreso y de su ratificación por el Presidente, existen, a nuestro juicio, cuatro posibles vías de acción.

Primera Vía. Se procede primeramente a la aprobación del tratado por el Congreso y luego a su ratificación por el Presidente de la República, para después realizar las reformas constitucionales que hagan posible su aplicación.

Desde un punto de vista político esta vía tiene la ventaja de acelerar, por una parte, el proceso de aprobación, ratificación y entrada en vigencia del tratado, y, por otra, la de forzar en cierto modo la modificación posterior de la Constitución a fin de evitar una eventual situación de incumplimiento del tratado que pudiera traer aparejadas eventuales represalias de la Comunidad Internacional. Sin embargo, presenta como inconveniente, primero, el hecho de que condiciona la aplicación efectiva del tratado a una modificación constitucional cuya materialización depende de la voluntad política de la oposición, como tal, siempre incierta y problemática y, en segundo lugar, que, de no obtenerse su concurso, quedará incumplido el compromiso que por la ratificación se contrae en el sentido de satisfacer oportunamente y de buena fe las obligaciones del tratado, situación que podría alentar la aplicación de hecho del tratado con grave desmedro de la imagen de la Constitución. Por último, esta alternativa ofrece también el inconveniente de que se promueve a sabiendas la aprobación y ratificación de un instrumento contrario a la Constitución, con evidente desconocimiento del principio de juridicidad (artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental)³.

Segunda Vía. Primero se reforma Constitución para luego someter el Tratado de Roma a la aprobación del Congreso y someter a su ratificación.

Esta vía tiene, sin duda, el inconveniente práctico de retrasar la aprobación y ratificación del Estatuto de la CPI hasta el momento de la reforma de la Constitución, pero, por otra parte,

³ Esta vía fue utilizada sin embargo en 1991 con la aprobación de la reforma constitucional que hizo jurídicamente posible la concesión de indultos y amnistías, a terroristas, de acuerdo a lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a esa época se encontraban en plena vigencia.

parece ser la vía más ortodoxa desde el punto de vista de los requerimientos constitucionales y la normalidad de las relaciones internacionales. En efecto, desde la perspectiva constitucional, el artículo 6° previene que los órganos del Estado habrán de someter siempre su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que ella obliga a todos los titulares e integrantes de dichos órganos. Por su parte el artículo 7° impone a los órganos del Estado el deber de actuar, dentro del marco de la competencia que les fija la Constitución de modo que ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias podrían atribuirse otra autoridad o derechos, a riesgo de sufrir la nulidad de Derecho Público de sus actos y las responsabilidades y sanciones consiguientes. De lo dicho cabría colegir que el tratado aprobado y ratificado en contraposición a los preceptos de la Constitución, de conformidad con la doctrina predominante recogida por la jurisprudencia de los tribunales, se vería teóricamente afectado ad initio por un vicio de nulidad, insaneable e imprescriptible y, en estas condiciones, no podría técnicamente ser validado por actuaciones posteriores, tales como la aprobación del Congreso y la ratificación presidencial.

Por otra parte, la utilización de esta vía permitiría a los parlamentarios hacer uso de la facultad que les concede el artículo 50 N° 1 en relación con el artículo 82 N° 2 de la Constitución, es decir, evaluar no sólo el mérito, oportunidad o conveniencia del tratado sino, fundamentalmente, su juridicidad, pudiendo, en su caso, requerir al Tribunal Constitucional en orden a que se resuelvan las cuestiones de constitucionalidad que eventualmente pudieran suscitarse. Esta será la única oportunidad con que cuenten las cámaras y los parlamentarios para analizar la juridicidad el tratado y provocar la intervención consecuente del Tribunal Constitucional, desde que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82 N° 2, a este órgano de control corresponde resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten *“durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”*.

Sí, además, se considera que no existe precepto constitucional alguno que disponga un control de constitucionalidad obligatorio para los tratados que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, como es el caso del Estatuto de Roma, podría sostenerse con fundamento que a no mediar un requerimiento parlamentario, la aprobación consensuada del tratado por el Congreso habrá de privar irremisiblemente al Tribunal Constitucional de su oportunidad de ejercer un control

de constitucionalidad de sus disposiciones (artículos 50 N° 1, 82 N°s 1 y 2 de la C.P.R.).

Las Constituciones europeas que permiten la cesión de competencias a favor de organismos internacionales (Alemania, España, Dinamarca, Suecia, Holanda, Luxemburgo y Grecia) condicionan la aprobación del Tratado respectivo a la previa modificación de la Constitución. Así por ejemplo, la Constitución Española después de disponer que por medio de una ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (artículo 93), que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución *exigirá la previa revisión constitucional*".

El principio, en esencia, también se recoge, en cierto modo, a través del artículo 15 de la LOC 18.918 (1990), sobre Congreso Nacional, pues con la misma lógica ese precepto desestima la presentación de proyectos de ley que se opongan a la Constitución y que a la vez incluyen normas modificatorias de la Carta Fundamental, poniéndose así de manifiesto que primero debe reformarse la Constitución.

Como puede apreciarse, desde un punto de vista estrictamente constitucional, la vía jurídicamente procedente parece encausarse en la dirección de una reforma constitucional que anteceda a la aprobación y ratificación del Tratado que nos ocupa.

En la perspectiva de las relaciones internacionales, esta segunda vía de acción es la que menos riesgos ofrece, porque evidencia el sentido de responsabilidad y transparencia de un Estado que se respeta a sí mismo y reconoce abiertamente ante la comunidad internacional la existencia de problemas de constitucionalidad que habrán de resolverse previamente.

De esta manera no se habrán de crear falsas expectativas sobre la aplicación efectiva del tratado ni se pondrá al país en una situación de tener que escudarse en su ordenamiento interno para excusar su inaplicación, en abierta transgresión del Tratado de Viena de 1969.

Tercera Vía. La tercera vía, en extremo purista, cuestiona la posibilidad misma de una reforma constitucional en orden a hacer posible la aprobación y ratificación posterior de un tratado que conduzca a la degradación o menoscabo de un principio

fundamental de la Constitución: el principio de soberanía nacional (artículo 5° de la C.P.R.).

En esta línea de pensamiento una reforma constitucional no sólo debe adecuarse a los requerimientos procedimentales impuestos por la Constitución, sino respetar, además, la idea de organización social del constituyente originario y que fundamentalmente se expresa a través de su parte dogmática. De no ser así el constituyente derivado estaría sustituyéndose al constituyente originario y traicionando su mandato. En este sentido una reforma constitucional que debilite o menoscabe un principio sobre el cual descansa la existencia misma del ordenamiento institucional, lisa y llanamente no podría materializarse sin efectos la identidad misma de la Constitución. Más aún, ni siquiera podría legitimarse por virtud de una voluntad política surgida de una contingente mayoría electoral, considerando que la soberanía no reside en el pueblo, es decir, en la mayoría electoral a través de la cual se expresa su voluntad, sino en la Nación, ente abstracto representativo de las generaciones pasadas, presentes y futuras. La Nación, pues, no podría ser, despojada de la titularidad de un poder que ha venido construyéndose con el sacrificio de generaciones pasadas y por las generaciones presentes tienen la responsabilidad sagrada de transmitir a las que vendrán. Así, el cambio de la república por una monarquía o del sistema democrático por otro de carácter totalitario, serían reformas que no podrían llevarse a efecto sin destruir la Constitución.

En el marco de esta tercera vía correspondería al Tribunal Constitucional decidir, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 82 N° 2 de la Ley Fundamental, no sólo acerca de si la reforma constitucional adolece de vicios de forma sino, además, sobre la constitucionalidad del contenido mismo del proyecto de reforma constitucional, que haya sido objeto de un requerimiento presidencial o parlamentario.

Cuarta Vía. Existe, por último, otra posible vía de acción a adoptar frente al tratado que aprueba el Estatuto de la CPI: afirmar lisa y llanamente que no existe oposición alguna entre las normas del Estatuto y la Constitución, que todo es cuestión de interpretación. En esta perspectiva las normas del Derecho no son sino la expresión jurídica de situaciones, relaciones y conceptos que se encuentran en permanente evolución. Así, a medida que van cambiando por efecto de las necesidades de integración, los avances de la ciencia y de la técnica, el desarrollo de las comunicaciones y la protección más efectiva

de los derechos humanos, así también debe ir modificándose el sentido y alcance de las normas. Empecinarse en la conservación de una misma significación y sentido es sencillamente aferrarse a la voluntad de los muertos y dar la espalda a un futuro en que la globalización económica, social y cultural exige de los Estados el sacrificio de las prerrogativas clásicas de la soberanía y de la territorialidad de la ley penal como una de sus manifestaciones típicas. El intérprete deberá en consecuencia hacer abstracción de las contradicciones objetivas que pueda observar entre la Constitución y el Tratado, diluyéndolas en la consideración de un orden universal y superior que busca asegurar la paz y la justicia entre las naciones.

Aún cuando los fines en que pretende inspirarse esta concepción son irreprochables en sí mismos, creemos que la globalización, por su naturaleza, no parece tener suficientemente en cuenta los valores morales, culturales y los intereses de las naciones, y que la homogeneización social a que necesariamente conduce, habrá de orientarse en el sentido que le impriman las potencias más desarrolladas y poderosas.

Creemos igualmente que la evolución económica, social y cultural no se produce con igual intensidad, celeridad y en el mismo sentido en todos los lugares del mundo, lo cual justifica la diversidad de culturas y la diferente predisposición psicológica al cambio.

Por último, creemos que, por razones de seguridad jurídica y a fin de evitar la relativización excesiva de los conceptos políticos y constitucionales, la evolución de la realidad política, económica y social no puede llegar a significar de hecho la abolición total o parcial de los conceptos políticos fundamentales sobre los que se asienta la vida institucional de los pueblos, tales como la soberanía, la jurisdicción, supremacía constitucional y juridicidad. Si es menester modificarlos habrá de recurrirse a los mecanismos de reforma constitucional que precisamente se han concebido para impedir el anquilosamiento y colapso de las instituciones. El ejercicio de estos mecanismos y las reformas que de su empleo resultan habrán de ser la mejor demostración de que los cambios de la realidad fáctica que motivan la reforma constitucional presumiblemente se han producido.