

Corte Penal Internacional y Soberanía Universal

Mario Rojas Sepúlveda*

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Generalidades

Por medio de su concurrencia al Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, de 17 de julio de 1998, así como al Acta de Rectificación de 10 de noviembre de 1998, el Gobierno de la República de Chile, en ejercicio de la facultad cuya fuente formal arranca del numeral 17° del artículo 32 de la Constitución Política de 1980, firmó el Estatuto de Roma sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional; seguidamente, el día 5 de enero de 1999, a través de Mensaje de 5 de enero de 1999, ingresado a la H. Cámara de Diputados, conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 50 de la Carta Fundamental, el mismo Gobierno propuso su aprobación, en calidad jurídica de Tratado Internacional, al Congreso Nacional, encontrándose el Proyecto de Acuerdo en actual tramitación.¹

No son pocas, desde luego, las perplejidades que una iniciativa de esta índole ha provocado en el medio jurídico nacional: nos enfrentamos a una inminente y radical transformación de la noción de soberanía nacional, concebida, en su germinación histórica, como un poder pleno, atribuido a una comunidad políticamente organizada, inmune a toda intervención externa a ella misma. El Estatuto de Roma pone a prueba esta concepción, tradicional entre nosotros², por dos razones, una de medio y otra de fin, conectadas lógicamente entre sí.

En el primer orden, el Acuerdo propuesto por el Presidente de la República supone que órganos estatales que, con arreglo al artículo 5° de la Carta Fundamental, están encomendados tan sólo del ejercicio de la soberanía nacional –no de su disposición o enajenación–, pueden, no obstante, concurrir a actos de transferencia de los poderes soberanos nacionales a órga-

* Trabajo escrito en colaboración con los señores Fernando Rojas Sepúlveda, profesor de Introducción al Derecho, y Julián Muñoz Riveros, profesor ayudante de Derecho Procesal.

¹ La redacción de este trabajo fue terminada el día 2 de julio de 2000.

² Salvedad hecha de la limitación impuesta por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que los cuerpos constitucionales reconocen contemporáneamente.

nos internacionales; hay, en esa cuestión de medios, una contradicción que es difícil salvar, toda vez que implica que un representante puede, en ejercicio de poderes atribuidos por su representado, aherrojar a éste de sus propias potestades de origen; volveremos sobre esto más adelante. En el segundo ámbito, el de los fines o resultados, el Acuerdo cuya aprobación propuso el Ejecutivo al Legislativo implica la atribución de potestades jurisdiccionales a órganos ajenos a los sujetos al estatuto político jurídico chileno, y, de consiguiente, la exacción de aquéllas a los órganos nacionales.

Comprendida así la amplitud de tal conmoción en la conceptualización clásica, no resulta extraño, verbigracia, que el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 27 de abril de 1999, al informar el Proyecto de Acuerdo a la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara, haya dividido notablemente los pareceres de sus miembros, en tres líneas de opinión que presentan, entre sí, importantes divergencias; es que, acostumbrado el jurista al análisis de cuestiones precisas y específicas, que es capaz de insertar en determinados y conocidos marcos conceptuales, propios de la técnica jurídica, así como en ámbitos normativos también más o menos precisos, queda fácilmente conmovido por unos tipos de análisis que operan sobre los cimientos mismos de su sistemática, desde que apuntan al entendimiento de la noción –soberanía nacional– de la que arrancan las bases del poder vinculante del ordenamiento jurídico.

Siendo esto así, queremos incursionar –con no menos sobresalto– en el análisis de estas cuestiones, convencidos de la necesidad de aportar al debate, aunque sólo sea con algunas ideas y preocupaciones fundamentales, cuando el Gobierno de la República ha propuesto ni más ni menos que la transferencia de una relevante cuota de las potestades soberanas nacionales a órganos externos, en el más delicado de todos los ámbitos jurídicos, que es, sin duda alguna, el criminal: está en juego aquí la libertad, el más precioso de todos los derechos, por el que incluso puede y debe –como leemos desde niños en Cervantes– entregarse la vida misma.

2. Antecedentes empíricos y principios jurídicos

Desde antiguo viene elaborándose el concepto de ilícito o delito internacional; así, por ejemplo, Quincy Wright³: “es un acto cometido con la intención de violar un interés fundamental protegido por el Derecho Internacional o con conocimiento de que el acto probablemente violará tal interés”; o Quintano Ripollés⁴: “toda transgresión del Derecho Internacio-

³ Law of the Nüremberg Tribunal. A.J.I.L. 1947. Página 56.

⁴ Citado por Lledó Vásquez, Rodrigo. *Derecho Internacional Penal*. Ediciones Congreso. Página 90.



nal entrañando sanción penal". Pero muchísimas cuestiones, como la aplicación de las máximas tradicionales –el principio de legalidad del delito y de la pena–, han quedado en nebulosas conceptuales, reconducidas, en los hechos, a dos alternativas de soluciones empíricas.

Una, sobre la base clásica de la aplicación de los principios de territorialidad, personalidad y universalidad por los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados, atribuyéndose vocación normativa y jurisdicción, por éstos –bien directa y autónomamente, bien en cumplimiento de obligaciones emanadas de convenciones internacionales ratificadas–, a sus propios sistemas jurídicos y a sus tribunales⁵, de modo que el sentido y alcance de las máximas aquéllas son los propios de éstos, dependiendo la cuestión, entonces, de las raíces de unos u otros. Son muy diversos, en este orden, los sistemas de common law, islámicos o romanistas.⁶

Y otra, la solución que es propia de la fuerza, esto es, la del vencedor o del poderoso, conociéndose, en este orden, dos variantes.

La primera versión fue la muy conocida del Tribunal de Nuremberg, severamente criticada por la doctrina más técnica y menos política.⁷ Por ejemplo, Jiménez de Asúa: "el definitivo obstáculo para que pueda considerarse válida en Derecho la justicia hecha en Nuremberg, proviene de haberse violado el principio *nullum crimen, nullum poena sine previa lege*, y de haber dado indebidamente efecto retroactivo a una ley penal de gravísima trascendencia", aunque esto último haya ocurrido también mucho más recientemente.⁸

Y la segunda, más moderna, en el caso del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, creado por la Resolución N° 808, de 22 de febrero de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la base de la atribución que se dijo conferida por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que admite al dicho Consejo de Seguridad la adopción de medidas para mantener la paz o la seguridad internacional; pese a la dudosa legitimidad de la potestad de creación y a las reservas de algunos Estados, como China y Brasil, el Tribunal fue, de igual modo, establecido en los hechos. Lo propio hizo el poderoso Consejo de Se-

⁵ Ver, del autor, "El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad", en *Actualidad Jurídica*. Año I. N° 1. Enero 2000. Universidad del Desarrollo. Páginas 55 y ss.

⁶ Ver Lledó Vásquez, obra citada, páginas 137 y ss.

⁷ Ver, por todos, Figueroa W., Norma. *El Proceso de Nuremberg*. 1953. Lit. Concepción S.A.

⁸ En el caso del Senador señor Augusto Pinochet Ugarte, el principio de irretroactividad sólo vino a ser claramente admitido en el segundo fallo de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999. Ver *El Caso Pinochet ante las Cortes Británicas*. Editorial Jurídica. Página 71.

guridad mediante Resolución N° 955, de 8 de noviembre de 1994, al establecer el Tribunal Internacional para violaciones cometidas en Ruanda.

A partir de las severas críticas doctrinarias a una y otra variante, en cuanto los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda han implicado una justicia ad hoc y ex post facto,⁹ en relación con la admitida necesidad de una jurisdicción de crímenes internacionales, se ha entendido que “la vía adecuada será el establecimiento de una justicia penal internacional preventiva y de carácter permanente, universal y uniforme”.¹⁰ Esta aquí, entonces, el antecedente preciso del Estatuto de Roma, en cuanto, con todo lo que de crítico diremos más adelante, supera con mucho a aquello de Nuremberg, de la ex Yugoslavia o de Ruanda, puesto que –para decirlo con palabras tenues– en estos tres casos quedaron violadas las mínimas garantías jurisdiccionales de todo imputado justiciable: en efecto, “el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado bajo la forma jurídica de un Tratado Internacional, intenta superar estos cuestionamientos”.¹¹

Pero el asunto se inserta en una línea todavía más amplia, desde que no se limita a la órbita penal. Como ha dicho el Decano Rodríguez Grez,¹² “todo revela que el mundo marcha hacia la construcción de un derecho supranacional”, aunque no deba olvidarse, nunca, que “esta loable intención debe abordarse de modo que todos los Estados en un mismo acto o en actos paralelos vayan limitando su soberanía en función de una soberanía universal”, esto es, en contrario, “la construcción de un derecho supranacional a partir de la renuncia de ciertos Estados, por regla general los más débiles, a su soberanía, puede abrir camino al sojuzgamiento y el sometimiento de unos en beneficio de otros”.

Hay que admitir, en nuestro concepto, que la jurisdicción anacional de ciertos delitos internacionales ha sido, históricamente, un hecho empírico, impuesto por la fuerza y el poder; luego que tales experiencias han implicado, lamentablemente, una jurisdicción ad hoc y ex post facto, de dudósima legitimidad. Por ende, si el Estatuto de Roma viene a disminuir esas vulneraciones de la juridicidad, se trata de un avance relevante. Con todo, merece también críticas severas, como se dirá.

⁹ Ver Lledó Vásquez, obra citada, páginas 235 y ss.

¹⁰ Lattanzi. Citado por Ver Lledó Vásquez, obra citada, página 236.

¹¹ Mensaje del Presidente de la República. Página 2.

¹² El Tratado Internacional frente a la Constitución y a la Ley. En *Actualidad Jurídica*. Año I. N° 1. Enero 2000. Universidad del Desarrollo. Página 52.

3. Enunciación de contenidos normativos esenciales

En la medida que el Estatuto de Roma consiste en un cuerpo normativo dotado de contenidos orgánicos y funcionales de gran complejidad, es obvio que su análisis pormenorizado supone un estudio dogmático de vasto alcance, que no podemos emprender en estas líneas, que tienen por único objeto referirnos, primero, a su constitucionalidad, y, segundo, a su mérito o demérito en las cuestiones fundamentales; por ello, nos limitaremos, como reza el epígrafe, a la enunciación de sus contenidos preceptivos esenciales, en cuanto éstos se vinculen con las dos temáticas básicas que abordamos en estas líneas.

Cuestiones Orgánicas

La proyectada Corte Penal Internacional, con asiento en La Haya, Holanda, constituye un órgano complejo, desde que se compone de diversas unidades funcionales, que, coordinadas entre sí, constituyen un sistema de investigación y jurisdicción que, en lo formal, es independiente y autónomo.

En efecto, las facultades de investigación, y, en general, de ejercicio y sostén de la acción penal internacional, competen a la Fiscalía, sujeta ésta a la necesidad de autorización de obrar, que corresponde a la Sala de Cuestiones Preliminares. El Fiscal debe ser elegido por la Asamblea de Estados Partes, con una duración de nueve años en el ejercicio de la función y no puede ser reelegido; la propia Asamblea puede removerlo. Las potestades de juzgamiento competen a la Sala de Primera Instancia y a la Sala de Apelaciones, cuyos Magistrados también tienen una duración de nueve años en el ejercicio de sus funciones y deben ser, necesariamente, nacionales de algún Estado Parte del Tratado. Las facultades generales de coordinación sistémica corresponden a la Presidencia.

Competencia Abstracta

Quedan sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional los más graves de los crímenes internacionales, que el propio Estatuto singulariza: i) genocidio, definido en la misma forma prevista en la Convención Internacional para su Prevención y Sanción, de 1948; ii) crímenes de lesa humanidad, cometidos en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, entre ellos, la tortura, el asesinato, la desaparición forzada de personas, la persecución de grupos por motivos políticos y el apartheid; iii) crímenes de guerra, conforme a los Convenios de Ginebra de 1949, sea tratándose de conflictos armados internacionales, como nacionales; y iv) agresión, que, empero, no quedó definido, de

modo que el sistema jurisdiccional no operará hasta la definición del tipo penal respectivo y su incorporación al Estatuto.

Presupuestos Concretos de Operación de la Competencia Abstracta

La operación efectiva de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional supone necesariamente la concurrencia de una u otra de dos condiciones alternativas: i) que el Estado en cuyo territorio se cometió el ilícito sea Parte del Estatuto; o, ii) que el Estado de nacionalidad del sujeto imputado sea Parte del Estatuto.

Irretroactividad

El Estatuto admite el principio de irretroactividad del tribunal y de la sanción penal, en términos tales que sólo operará respecto de delitos internacionales cometidos después de su entrada en vigor, que supone el depósito del instrumento de ratificación de sesenta Estados, a lo menos.

Imprescriptibilidad

Queda establecida para todos los delitos de competencia abstracta de la Corte Penal Internacional, la cual, además, no está sujeta en modo alguno a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes.

Iniciativa de Investigación y Autorización de Obrar

Tratándose, evidentemente, de delitos sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional, el Fiscal puede recopilar información acerca de todo acto de apariencia punible, y, con ello, determinar la plausibilidad de una investigación formal; sin embargo, para llevar ésta adelante, debe recabar y obtener la anuencia de la Sala de Cuestiones Preliminares.

La Corte Penal Internacional, entonces, por medio de la coordinación funcional de su Fiscal y de su Sala de Cuestiones Preliminares, dispone, así, de iniciativa de obrar, aun sin necesidad de requerimiento de los Estados Partes o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por medio de la atribución de tales poderes, se ha pretendido aumentar la eficacia del sistema jurisdiccional destinado al juzgamiento y castigo de los más graves crímenes internacionales.

Intervención Externa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

El Consejo de Seguridad puede someter el conocimiento de determinados asuntos a la Corte Penal Internacional, para el procesamiento de su Fiscalía y de sus Salas.

Empero, como antes se expresó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la base del Capítulo VII de la Carta, que le dota de la potestad de adopción de medidas para mantener la paz o la seguridad internacional, ha entendido, de hecho, que puede crear órganos jurisdiccionales ad hoc y ex post facto; pues bien, es importante tener en cuenta que, como lo ha precisado el Presidente de la República de Chile,¹³ "tal facultad del Consejo no se ve afectada por el establecimiento de la Corte".

De manera que, desde un punto de vista práctico, el perfeccionamiento que introduce el Estatuto de la Corte Penal Internacional es relativo, puesto que todo ejercicio de potestades que incombe al Consejo de Seguridad puede terminar en el simple establecimiento de otro Tribunal Internacional, ad hoc y ex post facto; además, en los hechos y por existir esta factibilidad de creación de otro órgano alternativo, la autonomía de la Corte Penal Internacional puede culminar en una mera declaración jurídica formal, toda vez que sus actuaciones quedarán siempre bajo examen del Consejo de Seguridad, integrado por algunos Estados, entre ellos, como Miembros Permanentes, los más poderosos.

Por otro lado, el Consejo de Seguridad puede requerir a la Corte la suspensión de un determinado procedimiento, por el lapso de un año, sea que aquél se encuentre en fase de investigación o en sede de juzgamiento; debiendo concurrir los votos contestes de sus cinco Miembros Permanentes.

En síntesis, entonces, la Corte Penal Internacional, por medio de mecanismos de hecho, presenta subordinación práctica al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En efecto, éste puede, si lo estima, someter un asunto a la dicha Corte. También puede, sea respecto de asuntos planteados por él mismo o por otra vía, suspender hasta por doce meses el funcionamiento de la Corte. Y, por último, puede, con o sin previa suspensión, crear otro órgano jurisdiccional ad hoc y ex post facto. Parece evidente, entonces, que, en una perspectiva de análisis de política internacional —esto es, de realidad—, las actuaciones de la Corte quedan bajo examen del Consejo de Seguridad, y, con ello, de los países más poderosos del mundo.

Principio de Complementariedad

Al menos en el orden de las declaraciones jurídicas formales, la Corte Penal Internacional es un órgano jurisdiccional complementario de los sistemas judiciales nacionales e internos de los Estados, que sólo se agrega o adiciona a éstos, para complementarlos, de modo que aquélla puede actuar sólo en los siguientes casos: i) los órganos jurisdiccionales internos no pue-

¹³ Mensaje. Página 3.

den funcionar –en razón de disturbios internos graves–; o ii) pese a su funcionamiento efectivo, no se encuentran en condiciones de administrar una justicia imparcial e independiente.

Por ello, en opinión del entonces Presidente de la República, señor Frei Ruiz Tagle, “en la medida que el sistema judicial de un Estado se atenga a las normas internacionales y sancione real y efectivamente a los autores de los delitos dentro de su competencia, ésta –la Corte Penal Internacional– no debería inmiscuirse en el funcionamiento de esos tribunales nacionales, ni cuestionar sus procedimientos”.¹⁴

Principio de Cosa Juzgada

El Estatuto respeta, al menos en el orden de las declaraciones jurídicas formales, la institución de la cosa juzgada, en el sentido que la Corte Penal Internacional no encausará a nadie que haya sido juzgado por otro tribunal, a menos que este último proceso: i) obedezca al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte; o ii) el proceso en cuestión no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial –de acuerdo con las garantías judiciales reconocidas por los principios de Derecho Internacional– o lo hubiere sido de un modo incompatible con la recta intención de someter a la persona imputada a la acción de la justicia.

Decisión de Admisibilidad

La decisión acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de la operación efectiva de las potestades de investigación y juzgamiento de la Corte Penal Internacional, compete a ella misma; y, entre los factores de base de esa declaración, debe considerar y decidir acerca de la aplicación de los principios de complementariedad y cosa juzgada a los casos específicos que se le sometan. Empero, su decisión es autónoma y no depende del Estado Parte cuya actuación jurisdiccional quede cuestionada, al que sólo le es permitido plantear la inadmisibilidad, a cuyo respecto decide, sin embargo, la propia Corte.

Penas

Quedan contempladas en el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, que puede aplicar las de reclusión hasta por treinta años, la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del delito y las condiciones personales del imputado; multa y decomiso de bienes; las sanciones privativas de libertad serán ejecutadas por el Estado que la propia Corte designe.

¹⁴ Mensaje. Página 7.

Asamblea de los Estados Partes

Debe reunirse, ordinariamente, una vez al año, y, extraordinariamente, cada vez que las circunstancias así lo requieran; tiene rol en la elección de Fiscal y Jueces –votación secreta– y en las cuestiones de orden financiero.

4. Inconstitucionalidad

En nuestro concepto e independientemente del mérito o demérito de la iniciativa de Acuerdo de Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, propuesta por el entonces Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz Tagle, al Congreso Nacional, aquélla no se ajusta a la normativa suprema chilena, claramente diseñada en la Carta de 1980, de modo que debiera supeditarse, necesariamente, a una previa reforma constitucional, tal como acaeció con la creación del Ministerio Público, que requirió de la introducción de los artículos 80 A y ss., así como de la alteración de otros preceptos específicos.

Parece fuera de toda duda normativa la circunstancia que los Poderes Colegisladores, al tenor del artículo 5° de la Constitución, son autoridades del Estado chileno, encargados, simplemente, del ejercicio de la soberanía, cuya titularidad radica en la Nación y no en aquéllos. De lo que deriva, de suyo, que el ejercicio del poder soberano por tales autoridades, en sus respectivos ámbitos funcionales, como la negociación, conclusión, firma, aprobación y ratificación de tratados internacionales, se encuentra afectado por una limitación esencial e implícita: el órgano que, por mandato ajeno, ejerce una determinada potestad –el poder soberano de la Nación– no puede operarla de un modo que implique su abdicación o renuncia, toda vez que la asignación del ejercicio de una cierta facultad autoriza su administración y no su enajenación o disposición.

Es posible, desde luego, agregar a lo dicho más de alguna complejidad técnica alambicada, pero ello es ocioso, desde que el concepto jurídico preciso es, exclusivamente, el que ha quedado expuesto: nunca un representante puede privar a su representado de la fuente originaria de sus potestades jurídicas –la soberanía nacional– a partir de las cuales, precisamente, ha podido construirse la posibilidad técnica de la representación. “Ningún gobernante, ni siquiera legítimo, tiene un cheque en blanco”,¹⁵ se ha dicho, sobre la base de las enseñanzas, todavía vigentes, de Locke.

Es evidente, a partir de los contenidos normativos precedentemente enun-

¹⁵ Pereira Manut, Antonio-Carlos. *Teoría Constitucional*. Editorial Jurídica Conosur Limitada. Página 70.

ciados, que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional implica la atribución de la potestad de juzgar hechos de apariencia punible, que pueden ocurrir en el territorio nacional, a un órgano jurisdiccional absolutamente exógeno al ordenamiento constitucional chileno, que no se encuentra sujeto a los controles políticos y jurídicos que son propios de éste, y que, adicionalmente, puede revisar las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos, a propósito de las cuestiones de complementariedad y cosa juzgada.

Como ha explicado, con detalle, el Profesor don Raúl Bertelsen Repetto,¹⁶ los actos de transferencia de determinadas cuotas de soberanía a órganos exógenos al ordenamiento institucional interno de las comunidades soberanas requieren necesariamente de normas constitucionales que las autoricen de un modo expreso, tales como el artículo 24 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el artículo 20 de la Constitución Danesa, el artículo 25 bis de la Constitución de Bélgica o el artículo 75 de la Constitución Argentina. Este tipo de reglas carece de existencia en la Constitución Política de 1980, pese a que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su tiempo, no pudo menos que tener en cuenta que, en nuestra experiencia constitucional histórica, el intento de introducción de este tipo de instituciones, proveniente del entonces Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva, no tuvo éxito, en definitiva.

Así entendido, el Proyecto de Acuerdo propuesto por el entonces Presidente Frei Ruiz Tagle al Congreso Nacional, viola categóricamente las reglas de los artículos 5°, 6° y 7°, de la Constitución Política de 1980, puesto que los órganos del Estado no pueden ejecutar actos de renuncia, abdicación, enajenación o disposición de la soberanía nacional, desde que les está atribuido su ejercicio y no su titularidad.

Los argumentos que se han planteado a favor de la constitucionalidad de la iniciativa carecen, en nuestra opinión, del más mínimo asidero, en una técnica constitucional sana.

En primer lugar, se ha dicho que la soberanía nacional queda adecuadamente resguardada, en razón de la complementariedad de la Corte Penal Internacional, prevista expresamente, como se ha dicho, en el Estatuto de Roma, de suerte que aquélla no está destinada a substituir a los órganos jurisdiccionales internos, sino a complementarlos, en los casos ya descritos. Se trata, éste, de un argumento meramente discursivo y exento de substancia, desde que, como antes se expresó, es la propia Corte Penal

¹⁶ Informe Constitucional. Transferencia de Soberanía a Organismos Internacionales. Informe 1.994 de 18 de mayo de 1999.

Internacional, independientemente del criterio del Estado Parte cuyos órganos jurisdiccionales queden eventualmente afectados, la que debe decidir, en sede de admisibilidad, acerca de la concurrencia o inconcurrencia de los supuestos propios de la operación complementaria, esto es, del defecto de los Tribunales Nacionales. Lo propio ocurre en el caso que la dicha Corte Penal Internacional pretenda juzgar a un imputado que ha sido antes objeto de procesamiento por los órganos jurisdiccionales internos, como también se ha explicado. En síntesis, el Presidente Frei Ruiz Tagle propuso al Congreso Nacional que apruebe el otorgamiento a un órgano supranacional de potestades de revisión y corrección de las decisiones jurisdiccionales de nuestros Tribunales Nacionales, en términos tales que el Estado chileno no podrá oponerse a la decisión que, en torno a estos aspectos, adopte la Corte Penal Internacional. Y, siendo esto así, la complementariedad no es un argumento que permita obviar la objeción de constitucionalidad, porque la aplicación del principio aquél es cuestión que, en concreto, queda entregada a un órgano exógeno.

En segundo lugar, se ha dicho que si bien el artículo 5° de la Constitución establece que el ejercicio de la soberanía ha de realizarse por las autoridades que el propio cuerpo supremo establece, y que, con arreglo al artículo 73, la facultad de juzgamiento de las causas criminales compete a los tribunales que disponga "la ley", ocurre que los tratados internacionales deben aprobarse del mismo modo que "la ley", de manera que ellos mismos pueden, por consiguiente, establecer a órganos supranacionales como tales tribunales. En nuestro concepto, se trata éste del más criticable de los argumentos que hayan podido plantearse, por dos razones. En primer lugar, porque consiste en un discurso meramente formal, que se apoya exclusivamente en el elemento literal de interpretación, obviándose toda consideración sistemática y teleológica. En efecto, es de toda evidencia que la atribución a los Poderes Colegisladores de facultades abdicativas de la soberanía nacional ha requerido de un precepto explícito, y es igualmente llano que el Poder Constituyente ha concebido a los Tribunales como órganos internos, sujetos a los controles políticos y jurídicos propios de nuestro cuidadoso sistema constitucional; tanto así que en el artículo 79, en una fórmula evidentemente global, ha aludido a los "Tribunales de la Nación", subordinándolos, por añadidura, a la superintendencia del máximo de todos ellos. Y, en segundo lugar, porque el argumento bajo examen es constitutivo de un evidente resquicio de hermenéutica, instrumento que tiende a desvirtuar el sano espíritu del ordenamiento jurídico, siendo, por ende, tremendamente riesgoso para el imperio del derecho.

Y, en tercer lugar, se ha dicho que el Proyecto de Acuerdo en cuestión tendría amparo constitucional en la regla del artículo 5° de la Constitución Política, en cuanto ordena la promoción y el respeto de los derechos hu-

manos admitidos en tratados internacionales ratificados por Chile, cuyo es el objeto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; derechos humanos que, de otra parte, constituyen un límite constitucional a la soberanía nacional. La materia ha sido profundamente analizada por la profesora Vivanco Martínez.¹⁷ Se tratan, una –la operación de los derechos humanos como límite a la soberanía nacional– y otra –la transferencia de soberanía a órganos supranacionales–, de cuestiones conceptualmente muy diversas, que no presentan entre sí una conexión lógica, en esta perspectiva. En efecto, la primera implica, en esta mira, que todo órgano jurisdiccional que deba conocer acerca de determinado asunto en que se imbriquen los derechos humanos admitidos en los Tratados Internacionales ratificados debe, necesariamente, otorgarles primacía, en términos tales que ningún atentado puede ser validado, pese a que busque amparo en la soberanía nacional. Empero, ello es muy diverso de entender allí implícita la viabilidad constitucional de autorizar la revisión de las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos por otros órganos jurisdiccionales exógenos, desde que, si así se entendiera, sería también admisible la revisión de las decisiones de éstos y, así, ad eternum, fenómeno contradictorio con la clausura de juicio que es propia de la función jurisdiccional.

Por consiguiente, en nuestro concepto, el Proyecto de Acuerdo en examen supone, necesariamente, una reforma constitucional que autorice expresamente la transferencia de cuotas determinadas de la soberanía nacional a favor de órganos jurisdiccionales supranacionales, en las condiciones y con los requisitos que se determinen.

5. Opinión de mérito

Despejada la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, supuesta la necesaria reforma de nuestra Carta Fundamental, resta pronunciarse acerca del mérito o demérito de la idea de concurrir al Tratado Internacional en cuestión, que implica, como está dicho, la cesión de una relevante cuota de la soberanía nacional a un órgano supranacional y ajeno al control del Estado chileno.

Retornemos, entonces, a las generalidades conceptuales y antecedentes empíricos de que tratamos al inicio. En este contexto, tal como se anunció, nosotros entendemos de toda evidencia que el establecimiento de una Corte Penal Internacional, sobre la base de los principios de generalidad y abstracción –que se opone a la justicia ad hoc–, preconstitución –que se opone a la justicia ex post facto–, irretroactividad y legalidad del

¹⁷ Informe en Derecho. Solicitado por la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados. 31 de agosto de 1999.

delito y de la pena, constituye un avance categórico en el Derecho Internacional Penal, si se le compara con la evidencia histórica y empírica –Nuremberg, ex Yugoslavia y Ruanda–, expuesta al comienzo de estas líneas, que puede resumirse, simplemente, en la imposición del vencedor sobre el vencido y del poderoso sobre el débil, esto es, a la contradicción más palmaria de la recta concepción del fenómeno jurídico, que radica, en síntesis, en el equilibrio de los sujetos de derecho, independientemente de sus atributos de fuerza y de poder.

Sin embargo, pese a la consideración, en el Estatuto de Roma, de los importantes y sanos principios garantísticos precedentemente enunciados, perseveran instituciones que afectan al equilibrio e igualdad, que, como se acaba de expresar, constituyen elementos integrantes del verdadero fenómeno jurídico. Recuérdese, en este orden, la privilegiada posición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, integrado, entre otros, por las más poderosas de las naciones del mundo, en cuanto puede crear Tribunales Internacionales alternativos, y, además, suspender hasta por un año el funcionamiento de la Corte Penal Internacional en asuntos determinados. De modo que, desde este punto de vista, en una perspectiva de análisis dinámica y de inteligencia política –que suele exceder con mucho, en los hechos, a la operación de las instituciones jurídicas formales–, la autonomía del órgano establecido es, en la práctica, dudosa y débil, desde que la sola existencia de la viabilidad del establecimiento de otro Tribunal Internacional por el Consejo de Seguridad conducirá a una actuación jurisdiccional controlada de hecho, y carente, ergo, de verdadera autonomía. Relacionadamente, el Estatuto de Roma, por lo mismo, no respeta el principio de igualdad de los Estados, derivado de sus soberanías nacionales de rangos equivalentes, puesto que otorga especiales atribuciones a un órgano —el Consejo de Seguridad— que sólo es integrado por algunos de aquéllos.

El Estatuto de Roma, entonces, entraña un avance, aunque insuficiente, en rigor estricto.

Desde otro punto de vista, la abdicación o renuncia de soberanía que implica la concurrencia al Estatuto es, sin duda, enorme, desde que queda autorizada la revisión de las decisiones jurisdiccionales de nuestros tribunales internos, por órganos supranacionales. Recuérdese lo dicho acerca de los principios de complementariedad y de cosa juzgada.

Finalmente, la cuestión de fondo radica en si, desde la perspectiva de una nación pequeña y comparativamente débil, como la nuestra, ha llegado, o no, la hora de adherirse a una soberanía universal en el ámbito criminal, para los delitos internacionales de mayor gravedad, esto es, si el nivel de interacción de la comunidad mundial es uno que haya arribado a un grado

tal de sentido de pertenencia a una misma organización social y a unos similares valores, en términos que justifiquen la abdicación de las soberanías particulares de cada nación, en obsequio de una soberanía supranacional, que no queda estructurada sobre bases equivalentes. El problema es especialmente difícil y de notable actualidad. Como ha dicho en estos días, en Chile, Anthony Giddens:¹⁸ la globalización es “una posibilidad para crear un mundo cosmopolita; la duda o el problema pendiente radica en cómo cada país ingresa al proceso de globalización”. La cuestión que debe resolverse, es, entonces, de perspectiva política. El Estatuto de Roma constituye un avance importante, si se le compara con la evidencia histórica previa; eso no es dudoso. Sin embargo, no se trata de un fenómeno jurídicamente perfecto, porque no respeta la igualdad de las naciones. El asunto radica en determinar, entonces, si se trata de un avance que justifique suficientemente la abdicación parcial de la soberanía nacional. Nosotros no lo creemos así.

Tampoco estimamos llegada la hora de la soberanía universal en el ámbito penal, porque no nos parece que un órgano eventualmente ajeno a las sensibilidades de valores y a las circunstancias de producción histórica de los hechos, pueda emitir, al respecto, un juicio jurisdiccional razonablemente fundado en lo fáctico y en lo jurídico. Los fenómenos de meras apariencias jurisdiccionales son, probablemente, los más peligrosos, porque entrañan los mayores grados de injusticia, en cuanto pueden constituir un fraude colectivo y, por añadidura, universal.

¹⁸ Diario El Mercurio. Cuerpo Artes y Letras. 2 de julio de 2000. Página 4.