

1 • Introducción

La situación de Chile en el marco del proceso de adopción e implementación del Estatuto de Roma en los distintos ordenamientos nacionales coloca al país en un lugar decididamente rezagado, incluso si la comparación se limita al contexto iberoamericano. Mientras la mayoría de los Estados de América Central y del Sur han suscrito y ratificado el Estatuto,¹ y en algunos se han dado ciertos pasos para adecuar a él sus legislaciones,² el de Chile no consigue superar la fase de ratificación, que requerirá una reforma constitucional. Ofrecer ahora una síntesis del *iter* legislativo del proyecto correspondiente, con el trasfondo político que oculta el negocio, parece indicado para poder examinar más adelante las principales dificultades jurídicas con que ha tropezado la ratificación, y abocetar las que se vislumbran en el aún más lejano horizonte de introducir las adecuaciones que demanda la legislación interna para ponerla en consonancia con el Estatuto y la jurisdicción que éste instaura.

¹ Véase al respecto el panorama sinóptico que ofrece Polo Gálvez: "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002, pp. 435-447, especialmente p. 446.

² Cf. Ambos y Malarino: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en el volumen colectivo, editado por estos autores: *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. (577-589) 588, con referencia a los casos de Argentina y Brasil.

La representación chilena participó desde un comienzo en los trabajos que condujeron a la sanción supraestatal del Estatuto. Al igual que muchas otras naciones del continente, algunas iniciativas internacionales prohibidas por el Estado de Chile respecto de la persecución y el castigo de los crímenes contra el derecho de gentes, así como la dura experiencia vivida por el país durante el régimen militar que imperó entre 1973 y 1990 —cuyas secuelas de todo orden se sienten todavía hoy, también, por cierto, en el tema que nos ocupa— y las orientaciones de la coalición de partidos que pasó a gobernarlo ininterrumpidamente tras el eclipse de aquel régimen, hacían presagiar el respaldo del Poder Ejecutivo al establecimiento del tribunal acordado en Roma, como parte y “continuación de la línea política seguida en el plano internacional por los Estados de la región, encaminada a repudiar la comisión de los crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión”.³ Con todo, tampoco se deben silenciar los rasgos tímidos de esa línea en el derecho chileno. Por circunscribirnos nada más que a una pareja de ejemplos entresacados del plexo de materias que hacen a la regulación sustancial y adjetiva plasmada en el Estatuto, el derecho penal del país, tanto el codificado como el contenido en leyes subordinadas, contiene muy pocos delitos internacionales, y es aún más escueto el catálogo de aquellos que guardan relación con los de competencia de la Corte Penal Internacional,⁴ lo que vale en especial para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, que están todavía a la espera de tipos delictivos que capten sin circunloquios su contenido de injusto. Asimismo, la falta en él de reglas específicas acerca de la teoría de tales delitos, sus penalidades y la extinción de las responsabilidades oriundas de ellos,⁵ es otro aspecto que testimonia el recato y, si se quiere, lo relativo del interés vernáculo por articular una política coherente y maciza de persecución de estos actos delictuosos. Todo ello, sumado a la vetustez del Código Penal en el tema y a otros factores que luego nos ocuparán, nos pone sobre la pista de lo trabajoso del proceso legislativo de ratificación del Estatuto, la nula resonancia de éste en las actuales transformaciones del derecho interno y las fundadas dudas de que la Corte Penal Internacional reciba en el futuro reconocimiento formal y se torne operante de cara a la legislación punitiva de Chile.

³ Ídem, p. 578.

⁴ Guzmán Dalbora, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, cit., Informe relativo a Chile, cf. pp. (163-200) 164.

⁵ V. gr., Chile no ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad. Ídem, cf. p. 166.

Tras su suscripción el día 11 de septiembre de 1998, el presidente de la República envió a la Cámara de Diputados un mensaje, fechado el 4 de enero siguiente, con el que dio inicio al procedimiento de ratificación. El artículo único del proyecto de acuerdo indicaba simplemente que el Poder Legislativo presta su aquiescencia a lo negociado en Roma.⁶ La exposición de motivos del Proyecto daba cuenta del origen del Estatuto y de las aristas más importantes de su contenido, poniendo énfasis en aquellas que se adivinaba serían controvertidas, como el principio de complementariedad, en cuya virtud “la Corte [...] no sustituye a los tribunales nacionales ni se convierte en una instancia de apelación de sus resoluciones”, pues “en la medida en 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”, aquélla “no debería inmiscuirse en el funcionamiento de los tribunales nacionales ni cuestionar sus procedimientos”, el principio de cooperación y la asistencia judiciales y, en fin, las numerosas disposiciones que sería preciso sancionar posteriormente para dar cumplimiento al Estatuto, visto que “no todas las normas de este instrumento son autosuficientes, en términos de que una vez incorporadas al orden interno pueden ser directamente aplicables”. A su vez, la ausencia de una argumentación relativa a impedimentos de superior jerarquía normativa revela que el Gobierno no pensó en, o por no menos no estimó imprescindible, una reforma a la Constitución política, como presupuesto del acto de aprobación.

Si en ello el autor del mensaje no iba descaminado —también en la generalidad de los países hispanoamericanos se ha descartado la exigencia de modificar sus Constituciones—, tampoco lo estaría la Cámara Baja. En una votación cerrada, sin abstenciones, una apreciable mayoría de diputados aprobó el 22 de enero de 2002 el texto sometido a su consideración, con lo que éste pasó a su segundo trámite legislativo, en el Senado. Sin embargo, durante la discusión de aquel día, y aun antes, en los informes y debates de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, se dejaron oír voces discrepantes, las que aludieron a graves vulneraciones de la Constitución, la soberanía nacional, la posición autónoma y de igualdad del país en el concierto de las naciones, etcétera, como fundamento para rechazar la iniciativa

⁶ “Apruébase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, y el Acta de Rectificación del Estatuto Original de la Corte Penal Internacional, de fecha 10 de noviembre de 1998”. Cf. *Boletín* n.º 2293-10, de la Cámara de Diputados de Chile.

gubernamental, en la forma y el modo en que había sido presentada. A juicio de la disidencia, ésta requería un quórum mayor de votación que el de una ley común y, en el fondo, una reforma constitucional.

De hecho, casi los mismos diputados⁷ formularon el 4 de marzo del propio año un requerimiento ante el Tribunal Constitucional,⁸ con el objeto de lograr una declaración de completa inconstitucionalidad del Estatuto de Roma y, de pasada, imponer una proporción especialmente alta de votos para poder ratificarlo, cuestión tanto más importante cuanto que, siendo la Constitución chilena sobremedida rígida, la tarea de alcanzar el quórum previsto para su reforma —tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio—⁹ se torna en extremo compleja cuando no de imposible consecución para cualquier agrupación política interesada en ello, por considerable que sea su representación parlamentaria. El requerimiento se vería prestamente coronado con el éxito. El Tribunal Constitucional, de predominante composición conservadora, dictó fallo el 8 de abril de 2002. Recogiendo varios de los fundamentos esgrimidos por los recurrentes y luego de desestimar las observaciones que hizo en su defensa el presidente de la República, resolvió que no pocos términos del Estatuto eran inconciliables con la Constitución y que, en consecuencia, su ratificación exige una reforma de la Carta Fundamental.¹⁰

Dejando por el momento de lado las críticas que esta sentencia suscitó de inmediato dentro y fuera del medio jurídico chileno, el hecho vino a plantear un seria cortapisa a la empresa impulsada por el Poder Ejecutivo, condicionando de pasada las posibilidades de los cuerpos colegisladores en el desempeño de su función y, en suma, al entero espectro de las autoridades representativas de la voluntad popular. Como sea, pocos días después de conocerse la decisión el Gobierno se plegó a ella y presentó al Senado el 16 de abril un segundo proyecto, precedido de una exposición de moti-

⁷ En número de treinta y cinco. Todos, conservadores, y varios de ellos vinculados o sinceros adherentes al régimen militar nombrado *supra*.

⁸ Téngase presente que este tribunal ejerce un control de constitucionalidad sobre las leyes en ciernes, es decir, un control preventivo. Cf. Guzmán Dalbora: "Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, n.º 12, 1994, pp. 165-199.

⁹ Artículo 116 de la Constitución.

¹⁰ Expresa lo resolutivo del fallo: "Se acoge la petición de inconstitucionalidad planteada en el requerimiento de fojas 1 y se declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa". Véase *Boletín* n.º 2293-10, de la Cámara de Diputados, cit.

vos más extensa que la de 1999 y encaminado ahora a la enmienda de la Constitución. En el sentir del Ejecutivo, la declaración del Tribunal Constitucional y las opiniones manifestadas en el Parlamento por los diputados que la provocaron no representan un obstáculo definitivo e insalvable para la ratificación del Estatuto de Roma, sino simplemente una condición —la reforma constitucional— que, una vez satisfecha, deja abierto el camino para que el Estado chileno se haga parte de él. Es más, sostiene allí el presidente que los reparos constitucionales formulados por el Tribunal “no suponen, bajo ningún respecto, un rechazo *per se* de la Corte Penal Internacional, ni podrán constituir argumentos válidos para su cuestionamiento futuro en la medida que una reforma constitucional permita la aprobación y ratificación del Tratado de Roma”, de lo que colige que el fallo debe ser entendido “como un mandato a enmendar la Carta para incorporar la Corte Penal Internacional a nuestro sistema constitucional”, mandato al que no podrán restarse los diputados de la oposición, quienes tampoco habrían hecho explícitos en sus intervenciones motivos ideológicos en contra de la existencia y las actividades de la Corte. El proyecto pondera los mismos modelos extranjeros de reforma constitucional que el Tribunal invocó en su pronunciamiento y, para evitar una complicada e innecesaria modificación de diversos pasajes de la Constitución vigente, se decanta en definitiva por una cláusula genérica, semejante a la adoptada en Francia y Luxemburgo, que se agregaría a su articulado como disposición transitoria, destinada a desaparecer junto con el cierre del proceso de ratificación.¹¹

El proyecto de reforma constitucional yace todavía en el Senado, en premiosa tramitación que no arroja aún siquiera el dictamen de la comisión senatorial a que fue confiado. Por tales tardanzas, en la postrimerías del 2004 se lo envió al archivo donde se guardan los asuntos que han perdido oportunidad.

¹¹ Su texto es el siguiente: “Artículo único. Introdúcese la siguiente disposición transitoria a la Constitución Política de la República: ‘Cuadragésima primera. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de Julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. = Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior’. Cf. *Boletín* n.º 2912-07, de la Cámara de Diputados. Las citas precedentes del texto están tomadas de esta última fuente.

2. Obstáculos a la ratificación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Quedó dicho que Chile no cuenta todavía con una reforma de la Constitución. Las fases más significativas del proceso de ratificación del Tratado de Roma permiten constatar solamente que el Tribunal Constitucional estima que la modificación del Código Político es una exigencia inevitable para que el Estado se haga parte, y que el Gobierno excogitó una vía particular, a saber, una solución de compatibilidad global, en la propuesta de enmienda a que se vio forzado. El pobre avance del Estatuto en el país impone, pues, brevedad al presente informe, que en este apartado aborda los reparos que señaló el Tribunal Constitucional, otros posibles puntos de fricción entre la Constitución y el Estatuto y, por último, la viabilidad jurídica de la reforma proyectada.

1. El fallo de 8 de abril de 2002 divisa cinco vicios de inconstitucionalidad en el Estatuto: la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, con referencia al principio de complementariedad; las materias sometidas a la competencia de la Corte, en la medida en que esa competencia contradiría la soberanía del Estado de Chile; la atribución implícita de la Corte en orden a desconocer indultos o amnistías; la improcedencia del cargo oficial y, por último, la potestad del fiscal de llevar a cabo investigaciones en el territorio del país. Aunque el Tribunal Constitucional desarrolló estas cuestiones por separado, en el entendido de que cada una de ellas posee fuerza bastante para generar la inconstitucionalidad del Estatuto, bien mirado el asunto resulta que todas giran en torno al derecho procesal orgánico contenido en éste y a su compatibilidad con el concepto de soberanía que manejan los sentenciadores.¹² En cambio, el fallo guarda riguroso mutismo sobre otros extremos en que la tensión entre la Constitución chilena y el Tratado de Roma parece menos discutible que lo que allí se

¹² De hecho, “el mayor esfuerzo argumentativo del Tribunal se centró precisamente en esa cuestión”, comentan Bascuñán Rodríguez y Correa: “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, año 2002, n.º 1, pp. (129-160) 129.

expresa y cuyo tratamiento habría convertido el quehacer del Tribunal en una obra más interesante y proficua.¹³

El prurito de la soberanía se insinúa ya en punto a la índole complementaria de la jurisdicción de la Corte. La sentencia constata, con razón, que el Estatuto se abstuvo de definir el principio correspondiente,¹⁴ pero acto seguido una interpretación sistemática de sus disposiciones, en particular, los artículos 17 (cuestiones de admisibilidad), 19 (impugnación de la competencia) y 20 (cosa juzgada), la lleva a concluir que “la naturaleza jurídica de la jurisdicción que ejerce la Corte Penal Internacional es de carácter correctiva y sustitutiva o supletoria, en determinados casos, de las jurisdicciones nacionales”.¹⁵ Al censor chileno le “resulta evidente que la Corte puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales de los Estados Partes, pudiendo, en consecuencia, decidir en contra de lo obrado por ellos y, en determinadas situaciones, de ausencia real o formal de dichos tribunales, sustituirlos”.¹⁶ En tales circunstancias, o sea, por prorrogar a una jurisdicción nueva, “no contemplada por nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de abrir procesos penales, por delitos cometidos en Chile”, el Estatuto entraña “una transferencia de soberanía”¹⁷ en pugna con la Constitución de 1980.

Tal parece que el Tribunal no acertó a comprender el verdadero sentido del principio de complementariedad, maguer la insistencia del Gobierno en tratar de explicarle que en estas materias la competencia preferente toca a los Estados, a menos que falte una real capacidad o la voluntad seria de declarar judicialmente el derecho en las causas que aquí importan, siendo claro que no pueden considerarse incluso en la jurisdicción de los tribunales chilenos ni en la soberanía que está en la raíz de esta función pública, aquellos enjuiciamientos o sentencias cuyo verdadero propósito fuese sustraer al acusado de su responsabilidad penal. En verdad, los supuestos en que la Corte Penal Internacional puede ignorar la *litis pendencia* o la *res iudicata* que pretexto la jurisdicción estatal obedecen a que los procedimientos y resoluciones adoptados en

¹³ La omisión fue deliberada. El considerando septuagésimo séptimo de la sentencia, con el que comienza el análisis de los problemas asociados al derecho de gracia, a los privilegios procesales de altos dignatarios y las facultades del fiscal, indica preliminarmente que, “si bien los requirentes formularon otras inconstitucionalidades, este Tribunal, en esta oportunidad, sólo examinará las siguientes”, que vienen a ser las tres que acabamos de indicar. Ya calibraremos las posibles repercusiones de la omisión.

¹⁴ Considerando vigésimo.

¹⁵ Considerando vigésimo tercero.

¹⁶ Considerando vigésimo cuarto.

¹⁷ Considerando trigésimo primero.

el país serían en tales casos fraudulentos y, por ende, nulos.¹⁸ La jurisdicción, función pública cuyo contenido consiste en declarar coactivamente, con exclusividad e independencia, el derecho aplicable a un supuesto fáctico particular cuya entidad es controvertida, o respecto del cual se discute la norma que debe regirlo o el sentido o alcance de tal norma,¹⁹ descansa en las mismas condiciones elementales de imparcialidad y autonomía cuya ausencia en el país de que se trate habilita precisamente la intervención del órgano supraestatal.²⁰ ²¹ Bien lo percibió el juez Marcos Libedinsky Tschorne, en el voto en que disiente de los razonamientos y conclusiones de sus colegas del Tribunal Constitucional. En opinión del actual presidente de la Corte Suprema de Justicia, el principio de complementariedad “configura una garantía de la primacía de nuestro sistema constitucional, que sólo posibilitará la actuación de la Corte Penal Internacional en aquellas situaciones en que este sistema no haya actuado o lo haya hecho de un modo ficticio o simulado. No se afecta, en consecuencia, el principio básico de la soberanía del Estado chileno en orden a que sus tribunales [...] conozcan las causas civiles y criminales que se promuevan dentro del territorio de la República, las juzguen y hagan ejecutar lo juzgado”.

Si hasta este momento el criterio de la mayoría traiciona de algún modo el persistente afán de someter la Corte Penal Internacional a las exigencias constitucionales y legales que gravitan sobre los tribunales chilenos, no menos que una anticuada concepción de la soberanía estatal y las relaciones entre los ordenamientos interno

¹⁸ Así, Bascuñán Rodríguez y Correa: o. cit., cf. pp. 143-144. Es más, varios de ellos podrían ser calificados como delictivos a la luz de las disposiciones sobre la prevaricación judicial, en los artículos 223, 224 y 225 del Código Penal. Huelga decir que las sentencias penales contrarias a derecho, el retardo o la negativa maliciosos de administrar justicia en lo criminal y otras actividades prevaricadoras están confiados al conocimiento y fallo de los tribunales chilenos, con lo cual queda nuevamente de manifiesto, contrariamente a lo que lucubra el Tribunal Constitucional, que la competencia de éstos en modo alguno es desdibujada por la que el Estatuto entrega a la Corte.

¹⁹ Es el concepto que de ella estampamos en nuestro artículo “La Administración de justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)”, en el volumen *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, 2 vols., Cuenca: Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, t. II, pp. 229-250.

²⁰ No a otra idea responde el artículo 13 del Código procesal penal, que ha empezado a regir gradualmente desde el 2000. Se reconoce allí valor en Chile a las sentencias penales extranjeras y al *ne bis in idem* resultante, a menos que el juzgamiento “hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente”. Este precepto, que ordena a la jurisdicción nacional hacer caso omiso de lo obrado antijurídicamente en tribunales foráneos, no recibió atención alguna del Tribunal Constitucional.

²¹ A su turno, de la hipótesis del colapso total o parcial de la administración de justicia nacional, dicen con acierto Bascuñán Rodríguez y Correa (o. cit., p. 144) que “carece de sentido pensar en una reserva constitucional de la jurisdicción, pues se trata de casos en los que el orden constitucional está en crisis y las condiciones para ejercer la jurisdicción no existen”.

²² Idéntica observación, *ibídem*, cf. p. 133.

y externo, estos condicionamientos de fondo se muestran en toda su dimensión al llegar al examen de la competencia de la Corte. Aquí reside el principal motivo de contraste,²² por cuanto, a juicio del Tribunal Constitucional, la adopción del Estatuto implicaría de nuevo una transferencia de soberanía que la Constitución interdice rotundamente. Reducido hasta el esquematismo, su raciocinio viene a ser como sigue. Siendo la soberanía una cualidad del poder del Estado, “que no admite a otro ni por encima de él ni en concurrencia con él”,²³ soberanía que finca en la nación y ejercen las autoridades constitucionalmente reconocidas, de ello se sigue que la función jurisdiccional, concreción de la potestad soberana del Estado, “sólo la pueden ejercer las autoridades que la Constitución establece”.²⁴ La Corte Penal Internacional no es un órgano contemplado en la Constitución, y, al ser las materias de que ella podría conocer un asunto improrrogable —delitos cometidos dentro del territorio de Chile—, entonces el Estatuto trae aparejada una inconstitucional cesión de soberanía, en menoscabo de la nación.²⁵ De donde “el incorporar a un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, e incluirlo entre las ‘autoridades que esta Constitución establece’ [...], debe necesariamente ser autorizado por el Constituyente”²⁶.

Prescindiendo del despropósito jurídico, que antes hemos tenido ocasión de apuntar, de que el fraude procesal pertenezca a la esencia de las funciones jurisdiccionales y que, en consecuencia, privar a los justiciables chilenos de la posibilidad de su ocurrencia vendría a perjudicarlos, y haciendo abstracción, asimismo, de la tesis de que la Corte Penal Internacional sería también contraria a la Constitución porque queda exceptuada de la superintendencia directiva, correccional y económica que ésta comete a la Corte Suprema²⁷ —como si no hubiera en el mundo otros jueces que los del país—, todo lo cual puede reputarse vástago del derecho político que el fallo imagina vigente, hartó más delicada se nos presenta la noción general de soberanía

²³ Considerando trigésimo octavo.

²⁴ Considerando cuadragésimo quinto.

²⁵ “El Tribunal creado por el Estatuto, en la categoría a la que se deba adecuar, no se encuentra directa o indirectamente previsto o admitido por el texto constitucional y la esfera jurisdiccional que le es atribuida verá reducir, correlativamente, la dimensión de soberanía constitucional deferida a los tribunales. Con el Estatuto, la competencia soberana que es una jurisdicción constituida resultará necesariamente disminuida, por la transferencia para el Tribunal de una de sus atribuciones” (considerando quincuagésimo primero).

²⁶ Considerando quincuagésimo octavo.

²⁷ “Conforme con la norma transcrita [artículo 79 de la Constitución] y a su claro tenor literal, la Corte Penal Internacional debiera ser uno de los tribunales exceptuados de la superintendencia de la Corte Suprema, lo que hace necesaria la adecuación de la referida disposición constitucional” (considerando cuadragésimo octavo).

que queda al desnudo aquí. Hace tiempo que la soberanía estatal dejó de ser entendida en las ciencias morales y jurídicas como un poder absoluto, sin límites. Incluso antes de la segunda guerra mundial pudo definírsela, con precisión y elegancia castellana, como el poder del Estado, para hacer que el derecho reine en la sociedad:²⁸ el derecho y, por consiguiente, tanto el ordenamiento jurídico interno como el internacional. La evolución del derecho de gentes ha precisado los límites de la soberanía antes egoísta de los Estados, prohibiéndoles, entre otros, el derecho a resolver mediante la guerra sus conflictos externos, y constriñéndolos a promover y tornar eficaces los derechos fundamentales de la persona. El Tribunal Constitucional, en cambio, “sostiene una concepción de la soberanía superada históricamente por la doctrina y el derecho internacional público, como asimismo por el propio texto de la Constitución chilena”.²⁹ Ésta, una carta otorgada y de factura profundamente iliberal, contiene, sin embargo, desde 1989 una cláusula que supedita la práctica de la soberanía a la observancia de los derechos fundamentales reconocidos por el Estado y el derecho supraestatal.³⁰ La crítica denunció, con justificada molestia, que la majestad de esa norma queda virtualmente aniquilada por el discurso del Tribunal Constitucional, que momifica la Constitución retrotrayéndola a su rudo tenor primitivo, impreso en ella por el régimen que la impuso, restando así jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos fundamentales,³¹ fraseología que se impulsa hasta tocar un clímax liberticida.³² Por lo demás, es ostensible el *élan* dualista que subyace en todo esto,

²⁸ Francisco Giner de los Ríos, cit. en Posada, *Tratado de derecho político*, 2 tomos, 4.ª edición, revisada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, tomo I, cf. pp. 325-326.

²⁹ Nogueira Alcalá: “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit., año cit., pp. (449-466) 454. De “anacrónica” la tilda el publicista argentino Víctor Bazán: “La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho comparado”, en el *Anuario* cit., año 2003, pp. (109-162) 131.

³⁰ Artículo 5.º, párrafo dos: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

³¹ En este sentido, Nogueira Alcalá: o. cit., cf. p. 457, y Bazán: o. cit., cf. pp. 131-132.

³² “Si se aceptara bajo el texto actual de la Ley Fundamental chilena, la Corte Penal Internacional, ello implicaría una violación a normas de rango constitucional y no se debe olvidar que hoy se acepta universalmente que la gran garantía de los derechos fundamentales es la Constitución —concepción garantista de la Constitución—, de manera que la violación de la Carta Política viene a significar en último término, la desprotección de los derechos”.

Este considerando del fallo (el 93) provocó una natural reacción en el voto disidente, cuyo redactor se pregunta si “¿frente al tenor categórico de esta cláusula [el antes glosado artículo 5.º] podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’? ¿En otras palabras —prosigue—, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos

entendimiento según el cual el derecho externo ganaría validez sólo con el reconocimiento estatal, no menos que la tesis del *doble derecho* a que conduce, para que la judicatura ordinaria no aplique directamente el contenido en los tratados, una barricada en que se han parapetado a lo largo y ancho de la América hispana los sectores por tradición reacios a los derechos fundamentales, “postulando una insostenible inconstitucionalidad de las ratificaciones de los tratados, con argumentos conocidos y desacreditados, pues habían sido largamente sostenidos por la ex Unión Soviética y suenan fuera de tiempo frente a la actual crisis del concepto de soberanía”.³³

Si escueto fue el Tribunal en el desarrollo de las restantes máculas de inconstitucionalidad, también lo seremos nosotros al rebatirlas. Declara reñidos con la atribución presidencial de conceder indultos particulares y la legislativa de otorgar amnistías e indultos generales, los artículos 17 y 110 (reducción de penas) del Estatuto, dado que la Corte podría pasar por alto en sus sentencias estas manifestaciones del *ius aggratiandi*, con lo que surgiría una vulneración adicional del ejercicio de la soberanía.³⁴ Cumple manifestar al respecto que si el derecho de gracia envuelve siempre, por su propia naturaleza, una renuncia al de castigar los delitos, la Constitución chilena está lejos de ofrecer puntos de apoyo a la suposición de que a los poderes políticos quedaría vedado limitar su facultad de amnistiar o indultar. De hecho, modestas leyes impiden de antiguo la concesión del indulto a los condenados por ciertos delitos, y la amnistía quedó prohibida en Chile para los criminales de guerra luego de la temprana ratificación, el 5 de diciembre de 1950, de los Convenios de Ginebra.³⁵ Al margen de ello, es claro que “el Tribunal Constitucional confunde la potestad legislativa para dictar indultos y amnistías con sus efectos en jurisdicciones distintas de la chilena. No hay disposición alguna del Estatuto que prohíba al Estado decretar indultos generales o amnistías. Una ley que así lo hiciera sería perfectamente válida y tendría plenos efectos en tribunales chilenos”.³⁶ Lo que no se puede preten-

dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?”. A su vez, Bascuñán Rodríguez y Correa (o. cit., p. 159) llaman “paradójica” a la declaración del Tribunal, pues “resulta inaceptable que un tribunal constitucional occidental recurra a una retórica de derechos fundamentales sin darles lugar alguno en su razonamiento”.

³³ Zaffaroni: *Derecho penal*. Parte general. Obra escrita en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002, p. 206.

³⁴ Considerandos septuagésimo séptimo a octogésimo primero del fallo.

³⁵ Sobre estas limitaciones y su eco jurisprudencial, véase Guzmán Dalbora: “De la extinción de la responsabilidad penal”, en el volumen *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. (433-487) 451-452.

³⁶ Bascuñán Rodríguez y Correa: o. cit., p. 157.

der es que los indultos y amnistías sancionados en un país cualquiera hayan de ser vinculantes para tribunales extranjeros o internacionales, a menos que la legislación que rige éstos diga otra cosa. En seguida, el Tribunal objeta el artículo 27 del Estatuto, porque éste quita valor ante la Corte Penal Internacional a las inmunidades penales y los privilegios procesales de que gocen altos dignatarios del Estado según el derecho interno o normas internacionales. Este enjuiciamiento directo ante la Corte horadaría el fuero de los parlamentarios y las *prerrogativas penales* que amparan a los jueces y fiscales chilenos con arreglo al texto constitucional.³⁷ Pero reducida la cuestión a su genuino mérito, o sea, a las condiciones de procesabilidad —no inmunidades— que exige la Constitución para detener o, en su caso, acusar criminalmente a ex presidentes de la República y a legisladores, jueces, fiscales, intendentes o gobernadores en ejercicio,³⁸ téngase presente que su observancia está ceñida a las autoridades jurisdiccionales del Estado, y por eso “no obstan a que la Corte ejerza su competencia” sobre tales funcionarios, como reza el artículo 27, párrafo 2, del Estatuto, ni que, precisamente porque la Constitución y las leyes arbitran los medios para que aquéllos pierdan sus privilegios, tampoco éstos contradicen frontalmente el Tratado de Roma.³⁹ Por último, las mismas consideraciones enunciadas *supra*, a propósito de la competencia complementaria de la Corte, son válidas respecto de la atribución de su fiscal para realizar investigaciones en el territorio del Estado, investigaciones que tendrán lugar siempre y cuando, entre otros requisitos de fondo y de forma, se trate de “crí-

³⁷ Considerando octogésimo octavo. Aquí se cela un grueso malentendido. Al igual que otros ordenamientos, el chileno recoge dos grupos de limitaciones funcionales de la ley penal, o inmunidades. Del derecho internacional procede la inmunidad de los jefes de Estado que se encuentren de visita en Chile, los agentes diplomáticos extranjeros, sus familiares y empleados foráneos, los funcionarios de las organizaciones internacionales establecidas por tratados multilaterales, y los cónsules extranjeros. La única inmunidad consagrada por el derecho interno es la que cubre a los diputados y senadores, pero sólo “por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o comisión” (artículo 58 de la Constitución). En cambio, desde la independencia política del país jamás se ha contemplado, y sería en verdad inconciliable con la forma republicana de gobierno, la inviolabilidad del presidente de la República u otros altos representantes del Poder Ejecutivo, todos los cuales están sometidos a la ley penal como cualquier ciudadano. De modo que sólo mueve a equívocos que la sentencia del Tribunal Constitucional denomine “prerrogativas penales” a lo que son meras condiciones de procesabilidad, concebidas como antejuicios (el desafuero y la querrela de capítulos). Sobre el particular, véase, *inter alia*, Cousiño Mac Iver: *Derecho penal chileno*. Parte general (3 vols. publicados), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1975, p. 141.

Queda sin mencionar en la sentencia y, sin embargo, pendiente de esclarecimiento un pormenor que concierne a la *inmunidad* penal de los parlamentarios por sus opiniones en el Congreso. Y es que el apartado e del tercer párrafo del artículo 25 del Estatuto de Roma describe la incitación directa y pública al genocidio. Menos importante que el emplazamiento de este precepto —pues tal vez debió preverse como tipo independiente, y no como una forma de participación, como quiera que el hecho es punible aunque nadie se haga eco de la invitación— parece en nuestro contexto la posibilidad de que uno o varios parlamentarios incurriesen en la apología genocida, sin poder, empero, hallar refugio en la inmunidad. En este aspecto creemos que sí coliden la Constitución y el Estatuto.

³⁸ En sus artículos 30, 58, 78, 80 H, 81 y 113.

³⁹ Esta fue, también, la opinión del ministro Libedinsky Tschorne, en el considerando duodécimo de su voto particular.

menes de competencia de la Corte” y que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de la investigación, en la dicción del artículo 15 del Estatuto. El Tribunal Constitucional no lo tuvo en cuenta, y por fijarse nada más que en los artículos 54, párrafo 2, y 99, párrafo 4, por demás interpretados desde su peculiar inteligencia del principio de complementariedad, sentó como corolario que estos últimos “infringen derechamente el artículo 80 A de la Constitución, la que encarga en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito”.⁴⁰

Esta somera exposición debería bastar para apercibirnos de que las causas de inconstitucionalidad declaradas en el fallo resultan por lo menos opinables. La autoridad constitucional de la sentencia⁴¹ no puede exonerarla del juicio que merecen sus fundamentos, a menudo confusos y alicortos, sus fuentes trasnochadas de inspiración y el estado de retraso en que deja innecesariamente sumido al país en el concierto iberoamericano. Hacemos gracia al lector de mencionar las diversas y deplorables repercusiones que podría surtir en materias distintas de las que zanjó entonces el Tribunal.⁴²

2. Cabe pensar que las dificultades de constitucionalidad del Estatuto de Roma no están concentradas en la organización y las atribuciones de la judicatura que instituye, sino en principios relativos al derecho penal material. Pero debemos ir despacio por este terreno, que demanda una aclaración preliminar.

La Constitución chilena, fundida al calor de la llamada *ideología de la seguridad nacional*, es relativamente pródiga en disposiciones de sustancia punitiva. No ha de buscarse en éstas la coherencia política y técnica requerida en los documentos de su jerarquía, ya que en ellas cobró vida una extraña amalgama de ingredientes heterogéneos, unos rescatados de la tradición liberal del país, otros de insanable autoritarismo. Que la pregunta referente a qué grupo de elementos sobrepuje a los otros deba quedar aquí sin respuesta, eso depende de la inconsistencia y las contradicciones íntimas de aquella *ideología*.⁴³

⁴⁰ Considerando octogésimo noveno.

⁴¹ Inapelable, de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución, reproducido por el 32 de la Ley n.º 17 997, de 19 de mayo de 1981, Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁴² Las que son objeto de detenido análisis en pp. 148-156 del trabajo de Bascuñán Rodríguez y Correa, quienes, por su gravedad, afirman que las razones expuestas por el Tribunal ponen en entredicho su propia autoridad, ya que “los efectos negativos que se seguirían de sus fallos, si fueran tomados en serio, obligan a no tomarlos en serio” (p. 148; en la 160 reiteran la aseveración).

⁴³ Sobre lo cual nos permitimos remitir a nuestro artículo “Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, cit., pp. 176-181.

Por cierto, el cuadro descrito tiene proyecciones en el tema que nos ocupa. Facetas que en otros ordenamientos han obligado a una reforma constitucional, o bien no fueron objeto de regulación en el cuerpo político chileno, o bien éste les destina preceptos más drásticos que los correspondientes del Tratado de Roma. Por una u otra vía, el hecho es que la Constitución se adecua al Estatuto. Sean nombradas aquí sólo las siguientes manifestaciones del fenómeno. Primero, la extradición de nacionales, a cuya entrega ni la Constitución ni la ley representan un impedimento. Entre los requisitos estampados por el derecho interno para la extradición pasiva, no se cuenta que el *extraditurus* carezca de nacionalidad chilena. La falta de semejante restricción disfruta del respaldo de la doctrina, que es decididamente partidaria de la extradición de nacionales,⁴⁴ y la jurisprudencia: en numerosos procesos la Corte Suprema ha entregado a chilenos para su juzgamiento en el extranjero.⁴⁵ La Constitución no pronuncia palabra sobre la extradición.⁴⁶ En cambio, varias de sus normas aluden a formas concretas de penalidad, siempre con un talante adusto. Admite nada menos que la pena de muerte, que “sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”⁴⁷ y, en algunos casos, la confiscación de bienes y la pérdida de la nacionalidad.⁴⁸ Siendo así, es de comprender que pueda desentenderse olímpicamente de señalar márgenes superiores a las penas temporales y que el Código Penal, aprovechando el mal ejemplo, haya preservado hasta la fecha el presidio perpetuo, del que se conocen dos especies, una simple y otra agravada. Como en la última el reo debe satisfacer a lo menos cuarenta años de privación de la libertad antes de pensar en su liberación condicionada,⁴⁹ estamos ante un sistema penal más draconiano que el de los artículos 77 a 79 del Estatuto de Roma.

⁴⁴ Cf., por todos, Cury Urzúa: *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2.º ed., 1992, t. I, p. 182.

⁴⁵ Sobre lo cual puede consultarse nuestra contribución citada *supra*, en nota 4, p. 197.

⁴⁶ Su fondo y forma quedan en manos de la ley. Una arraigada práctica deja intervenir al derecho procesal penal también en las condiciones substanciales de la extradición. De ella trata pormenorizadamente el Código Procesal Penal, en sus artículos 431-454. El principio de la doble incriminación se recoge en el 449.

⁴⁷ Artículo 19, número 1º, situado... como garantía constitucional.

La ley n.º 19 734, de 5 de junio de 2001, derogó la pena capital de la legislación común, dejándola subsistente para los delitos que puedan cometerse en tiempo de guerra, sin exceptuar los conflictos armados desprovistos de carácter internacional, o sea, la impropriadamente denominada “guerra civil”. La adhesión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, con su fórmula de derogación progresiva del máximo suplicio, ya venía influyendo en las reformas que precedieron su abolición formal en el derecho penal común.

⁴⁸ Artículos 19, número 7.º, letra g, y 11, número 3.º, respectivamente.

⁴⁹ Artículo 32 bis del Código Penal, donde figuran también otros requisitos imposibles de conciliar con el principio de humanización de las penas. El presidio perpetuo calificado, que no es sino una pena de muerte agravada, fue incorporado al Código (por la ley que suprimió la capital! (ver nota 47).

De una incompatibilidad entre éste y la Constitución puede y debe hablarse para otros ámbitos. Tanto el principio de legalidad, como su precipitado técnico, el de tipicidad, lucen en la parte dogmática del Código Político, o sea, como garantías constitucionales.⁵⁰ Pues bien, sabido es que el Estatuto de Roma, que reconoce en su cuádruple efecto el *nullum crimen nulla poena sine lege* (artículos 22 y 23), en algunos pasajes se aparta de la proclamación o sólo la acata parcialmente. De ello son muestras, entre otros, los “actos inhumanos de carácter similar”, en el artículo 7, 1, *k*, las “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados” y los daños “manifiestamente excesivos”, del artículo 8, 2, *b*, iv, el ambiguo artículo 23, la falta de señalamiento concreto de las penalidades congruentes a cada uno de los delitos y la indeterminación de los medios para individualizarlas.⁵¹ Tales perforaciones de la legalidad penal no pueden armonizarse con la Constitución. Otro reproche de inconstitucionalidad concierne al principio de culpabilidad. Según el artículo 19, número 3.º, la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal. Con esto se sienta la máxima de que ninguno de los presupuestos en que reposa esa responsabilidad puede presumirse concurrir sin que se admita la prueba adversa, regla a que no es ajena la culpabilidad: ésta, así como sus supuestos, elementos y especies, no pueden ser materia de presunciones absolutas. El *nullum crimen sine culpa*, pues, tiene en Chile dignidad constitucional.⁵² La irrelevancia del error directo de prohibición, en el artículo 32, 2, y la previsión de que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad “son manifiestamente ilícitas”, en el artículo 33, 2, del Estatuto, tampoco están en condiciones de superar la criba constitucional.

Más nebulosa y en definitiva inexistente, a nuestro parecer, es la disconformidad con la Constitución del derecho que la Corte debe aplicar, según el artículo 21 del Estatuto. Este capítulo formó parte del extenso pliego en que fue requerida la intervención del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la alusión a unos “principios generales del Derecho”, contenida en dicho artículo, está lejos de atropellar el de legalidad, pues no son esos principios, sino el propio Tratado y, por ende, una ley escrita, la fontana de los crímenes y sus penas. Antes bien, tales principios posibilita-

⁵⁰ Son los dos últimos párrafos del artículo 19, número 3.º: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. = Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

⁵¹ Cf. Ambos: “Principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en la revista *Actualidad penal*, n.º 45, semana 4 al 10 de diciembre de 2000, Madrid: La Ley, pp. (925-948) 929.

⁵² Cf. Guzmán Dalbora: *Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena* (1980), cit., pp. 191-193, y Cousiño Mac Iver: o. cit., t. III, 1992, pp. 14-15.

rán, por ejemplo, que la Corte aprecie causas supraleales de justificación y de inculpabilidad,⁵³ mecanismo grato a parte de la doctrina chilena y que, en todo caso, resulta digno de encomio prever. Peregrina era por igual la pretensión de los recurrentes de que el Estatuto haría añicos la garantía constitucional de todo chileno en cuanto a no declarar en causas criminales contra sus parientes y allegados,⁵⁴ puesto que condiciona el éxito de las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte a los Estados, a que su práctica no esté prohibida por el derecho interno y, sobre todo, no contravenga uno de sus principios jurídicos fundamentales, que es el caso en cuestión (no exigibilidad de otra conducta). Ya nos hemos referido a las excepciones al principio de inherencia (*non bis in idem*), en el artículo 20, 3, del Estatuto, y a la creencia equivocada del Tribunal Constitucional de que ellas afectarían la Constitución, por lo que no diremos más sobre el particular.

3. Quedó dicho que el Tribunal omitió pronunciarse sobre los aspectos reseñados en el apartado anterior, cifrando su interés únicamente en los de cesión de soberanía. Obró en esto ateniéndose a la ley que lo rige,⁵⁵ cuyo artículo 44 dispone que este órgano, cuando en juego está la validez de un tratado sometido a la aprobación del Congreso, “puede fundar la declaración de inconstitucionalidad, respecto de las normas cuestionadas, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el requerimiento”. Como, a su turno, la parte decisoria del fallo no es que declare inconstitucional el Tratado de Roma, sino que su adopción “requiere de reforma constitucional previa”, el camino escogido por el Gobierno para producir la modificación es el correcto. La fórmula abstracta que autoriza al Estado para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional contiene asimismo una declaración de compatibilidad de ésta con la Constitución, expediente que hace prescindible articular una batería de modificaciones particulares a la última, en número considerable y de suerte impredecible en su tramitación legislativa. Ahora, si bien no es posible excluir que miembros del Parlamento soliciten una segunda injerencia del Tribunal, esta vez frente al proyecto de reforma de la Constitución, basándose en otros fundamentos que los de la soberanía,⁵⁶ entendemos que el sentenciador debería

⁵³ Cf. Ambos: op. últ. cit., p. 948.

⁵⁴ Artículo 19, número 7.º, f.

⁵⁵ Citada *supra*, en nota 41.

⁵⁶ El artículo 82, número 2.º e inciso cuarto, permite a una cuarta parte de los parlamentarios en ejercicio promover ante el Tribunal una cuestión de constitucionalidad durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional. Es decir, una

honrar su jurisprudencia y denegar una petición de este jaez, pues reabrir el debate sobre una materia ya decidida por él —la total comparación del Estatuto con el texto constitucional— excedería sus atribuciones, tendería un negro manto de incertidumbre para el futuro del control de constitucionalidad y, en suma, parecería poco y nada serio. Los eventuales opositores deberán concentrar su empeño —y podemos contar con que lo harán— después de la reforma, en el debate de las normas legales que será preciso modificar para la implementación del Estatuto.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

No ocurrida aún la ratificación del Estatuto, es lógico que Chile carezca de textos de implementación. Tampoco podrán existir proyectos mientras no se allane la dificultad fundamental. Hasta donde se nos alcanza, ni siquiera está en barbecho un anteproyecto, si es verdad que el optimismo inicial, tras el rudo golpe recibido en abril del 2002, debió ceder plaza a la circunspección con que hoy hay que evaluar las reales posibilidades de integrar el Estatuto al ordenamiento nacional. Quien escribe estas líneas alienta menos esperanzas: la representación conservadora en el Parlamento ha aumentado en el ínterin y, por otra parte, es ilusorio suponer que durante el último año de su mandato el Gobierno vaya a conceder prioridad y urgencia de tramitación a un proyecto que perdió tales atributos hace bastante tiempo, a principios del 2000. Por consiguiente, en esta sección habremos de limitarnos a consignar, con la mayor concisión, aquellos problemas que están destinados a ser los medulares de la implementación y los medios con que resolverlos.

Dado que no existe ni se admite en Chile la posibilidad de aplicar directamente normas de derecho internacional penal,⁵⁷ puesto que ello infringe la exigencia constitucional de legalidad en materia de delitos y penas, la primera decisión por tomar es la forma que deberían asumir las modificaciones legales que se necesita. Una ley especial, provista de un contenido penal y procesal penal, parece desaconsejable, tanto porque no es conveniente favorecer el galopante y pernicioso proceso de desco-

proporción menor —el veinticinco por ciento— que el número de legisladores necesario para la reforma —tres quintos, o sea, el sesenta por ciento— podría paralizarla. Es por demás intolerable que el Tribunal Constitucional pueda inmiscuirse en atribuciones del Poder Constituyente y que siete magistrados resuelvan sobre la sociedad política en contra de los deseos de sus ciudadanos. Todo esto no habla bien de la orientación democrática de la Constitución chilena.

⁵⁷ Cf. nuestra contribución citada *supra*, en nota 4, pp. 165-166 y 194-195.

dificación que corroe al derecho penal chileno, cuanto porque se ha de imprimir a estas cuestiones una vocación de estabilidad, permanencia y realce ante los ojos de la comunidad, notas que sólo pueden procurar los Códigos.

Pero de los tres que aquí entran en consideración (el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Justicia Militar), sólo el de procedimientos es reciente y más fácil de adaptar. Sobrentendido que su reforma dará prioridad a la jurisdicción nacional —el debate de constitucionalidad y los criterios reinantes en el derecho político no permiten aventurar otra cosa—, las modificaciones estarán centradas en la coordinación substantiva de aquélla con la de la Corte y la forma en que ésta recibirá la cooperación, cuando proceda, de la Justicia chilena. En este sentido, especial interés tiene la mudanza del artículo 13 del Código Procesal Penal, relativo al valor en Chile de las sentencias penales extranjeras, que deberá extenderse para abrazar las pronunciadas por la Corte Penal Internacional y su posible ejecución en Chile,⁵⁸ en lo cual habrá menester de modificar, además, los artículos 466-472, relativos al cumplimiento de las sentencias, materia en la que intervienen los tribunales de garantía.⁵⁹ También la exigencia de acomodar la ley interna a todas las formas de cooperación establecidas por el Estatuto tiene su congrua sede en este Código. Todo un arsenal de reformas aguardan ser emplazadas aquí, en la práctica de las pruebas, la comparecencia de testigos y peritos, los allanamientos y decomisos, la protección de personas, etcétera. La variedad de asistencia de mayor envergadura es, ciertamente, la entrega a la Corte de personas requeridas por ella. El Código Procesal Penal sólo regula la extradición entre Estados, de manera que a sus artículos 431-454 será preciso acoplar normas particulares sobre el procedimiento y las condiciones de la entrega, así como una que dé prioridad a la solicitud de la Corte en caso de concurrir con demandas de extradición. Todo ello, reserva hecha de las obligaciones internacionales del Estado.⁶⁰

En cuanto al Código Penal, por entero desprovisto de los crímenes de competencia de la Corte, y al Código de Justicia Militar, que describe sólo algunos crímenes

⁵⁸ La disposición alude sólo a los fallos emanados de tribunales de otros países, no a las jurisdicciones supraestatales.

⁵⁹ La ejecución supondrá reformas, también, a las disposiciones respectivas del Código Penal, principalmente los artículos 79 y 80.

⁶⁰ Como las contenidas en los artículos 297 y 298 del Código de Derecho Internacional Privado, sobre la inmunidad penal de jefes de Estado y diplomáticos extranjeros en el territorio de Chile. Este Código es un tratado multilateral acordado por varios países americanos en La Habana (Cuba), el 28 de febrero de 1928. Obsérvese, empero, que Chile no ha firmado un acuerdo bilateral de inmunidad, al amparo del artículo 98 del Tratado de Roma, con posterioridad a la negociación del último.

de guerra, será imperioso introducir en el primero el genocidio y los crímenes contra la humanidad, y en el segundo, los muchos delitos de guerra que le faltan, tomando como modelo los del Estatuto, pero procurando respetar el mandato de *lex certa*. Habrá que señalarles sus penalidades concretas, en lo que el implacable sistema penal del país ofrece muchas alternativas, como antes dijimos. Siempre en el terreno de los tipos delictivos, será preciso modificar los delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal, donde carecen de una rúbrica y agrupación propias, e introducir algunos de inédita estampa, en conformidad con el artículo 70 del Estatuto: los hoy disponibles se limitan a proteger la Administración de Justicia nacional.⁶¹ En lo que respecta a las eximentes, es indicado conceder una nueva redacción a la estrecha fórmula del estado de necesidad en el Código Penal⁶² y dar completa jubilación para estos y todos los demás delitos a su fórmula biológica de la inimputabilidad,⁶³ reemplazándola por una de corte normativo. En fin, a las disposiciones sobre la prescripción del Código Penal y del Código de Justicia Militar se deberá añadir una cláusula relativa al carácter imprescriptible de la acción penal nacida de estos delitos.⁶⁴

Por cierto, la reforma sería grandemente facilitada si llegan a fructificar los trabajos del Foro Penal nombrado por el Gobierno algunos años atrás, comisión que ha emprendido la tarea de una reforma total al Código punitivo y que en 2004 ultimó la parte general de su anteproyecto. Con la salvedad de los crímenes de guerra, que acaso convenga mantener en el Código de Justicia Militar habida cuenta de los destinatarios naturales de las leyes castrenses, ese anteproyecto haría bien en hacerse cargo de los delitos, los elementos de la responsabilidad, las penas y demás reglas del Estatuto de Roma.⁶⁵

⁶¹ Véase nuestro artículo “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)”, cit., *in fine*. Las nuevas figuras delictuosas son las descritas en las letras c a f del primer apartado del artículo 70 del Estatuto (influencias ilegítimas sobre testigos y funcionarios de la Corte, así como actos de corrupción).

⁶² Artículo 10, número 7.º, que capta sólo el estado de necesidad justificante, con tal de que el bien que se sacrifica sea la propiedad ajena.

⁶³ Artículo 10, número 1.º.

⁶⁴ En todo caso, el artículo 250 del Código Procesal Penal establece que el juez no puede disponer el sobreseimiento definitivo de una causa por delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados. Opinamos, sin embargo, que una regla de esta índole tiene que estar situada, ante todo, en el Código Penal.

⁶⁵ Otro criterio fue sugerido durante el coloquio realizado sobre estos temas en Ciudad de México, a principios del abril del 2005. Entonces los colegas de varios países hispanoamericanos hicieron ver la conveniencia de incorporar los crímenes de guerra al Código Penal, con el doble objetivo de precaver la duplicidad de los tipos, ya que sus sujetos activos pueden ser, también, civiles, y de restringir, en lo posible, la ya de suyo muy dilatada férula de la jurisdicción castrense. De seguirse esta opinión, que terminó por convencer al autor de estas páginas, pasa a ser imperiosa una profunda modificación del Código de Justicia Militar.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

En materia de validez espacial de las leyes punitivas, el ordenamiento chileno, a semejanza de la mayoría de los del mundo contemporáneo, está regido por el principio territorial. Conságralo el Código Penal en su artículo 5.º: “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”, y lo complementa, en la dimensión negativa del principio, el artículo 6.º: “Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.⁶⁶

Sumamente parco el Código en sus disposiciones sobre la materia, ha sido otro cuerpo legal, el Código Orgánico de Tribunales, de 1943, el que debió ocuparse de darle más acabado tratamiento, para los delitos perpetrados en el extranjero que caen bajo la férula de las leyes chilenas. En homenaje al principio universal, la ley penal del país se aplica, también, doquier sean cometidos, a la piratería y a los delitos “comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias”.⁶⁷ O sea, a pesar de que la legislación chilena no contiene una disposición que indique *expressis verbis* un catálogo de delitos internacionales a los que resulta aplicable (con la única excepción de la piratería), es indiscutible que, “al obligarse Chile por tratados internacionales, a aprehender y juzgar a los que fuera del territorio cometan un delito contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos [...], ello tiene como consecuencia que si, por cualquier razón, los que aparezcan como responsables de alguno de tales delitos se hallaren en nuestro territorio, los tribunales chilenos tendrían jurisdicción para perseguirlos y castigarlos conforme a los preceptos de la legislación nacional”.⁶⁸ De

⁶⁶ Considérese que rige en Chile la clasificación tripartita de las infracciones delictuosas (crímenes, simples delitos y faltas), conforme a los artículos 3.º, 4.º y 21 del propio Código.

⁶⁷ Números 7.º y 8.º, respectivamente, del artículo 6.º del mencionado Código.

⁶⁸ Politoff Lifschitz: *Derecho penal*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1997, pp. 150-151. Es más: aun cuando se trate de delitos internacionales que no tengan un equivalente preciso en el derecho interno, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, “no podría excusarse el juez de inculpar por falta de *lex certa*”, en la medida en que los actos que los constituyan sean punibles conforme a los tipos comunes del ordenamiento de la República, pues lo único “decisivo es que el tratado internacional obligue a la persecución del hecho, aunque cometido fuera de sus fronteras, y no únicamente a tipificarlo en la legislación interna” (ídem, p. 152).

hecho, Chile asumió internacionalmente la obligación de investigar y juzgar el genocidio y los crímenes de guerra por haber ratificado los convenios correspondientes.⁶⁹

El Estatuto de Roma no ha ejercido influencia alguna en esta cuestión. Se desconoce la existencia de proyectos destinados a dar una cabida mayor al principio de justicia cosmopolita, a pesar de los reclamos de la doctrina, que exige una nómina precisa de los delitos comprendidos por él. Las reformas en este sentido son necesarias. Como el Estatuto de Roma no contiene propiamente una obligación de persecución nacional, sino “ofrece más bien la oportunidad de investigar y juzgar a los Estados con jurisdicción sobre los asuntos de que se trate”,⁷⁰ el de Chile debería recoger la invitación —lo que en buena medida ya hizo antes para el genocidio y los crímenes de guerra—, modificando sus reglas de derecho penal internacional. Una reforma futura al Código Orgánico de Tribunales debería indicar, dentro de una lista nominativa de crímenes regidos por el principio de justicia universal, que quedan sometidos a la ley penal chilena los contemplados en el Estatuto de Roma, a menos que el culpable se encuentre en el extranjero y el hecho sea objeto de persecución por la Corte Penal Internacional o por el Estado en que hubiere sido cometido.⁷¹ Si, paralelamente, se mantienen inalterados los artículos 5.º y 6.º del Código Penal, se obtendría, primero, la reafirmación del carácter prioritario de la jurisdicción nacional si el delito fue perpetrado en Chile (principio territorial),⁷² y su aplicación subsidiaria,

⁶⁹ La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1949, fue ratificada el 11 de diciembre de 1953; los Convenios de Ginebra, el 5 de diciembre de 1950, como consignamos *supra*, en el texto, apartado 2.1.1.

⁷⁰ Bascuñán Rodríguez y Correa: o. cit., p. 146.

⁷¹ Una fórmula semejante, aunque no idéntica, a la del parágrafo 143 f de la Ordenanza Procesal Penal, en relación con el parágrafo primero del Código Penal Internacional alemanes. Cf. Ambos: “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, cit., pp. (26-31) 27.

⁷² El proyecto gubernamental de reforma a la Constitución se inclina claramente por esta alternativa, en la forma de una preocupación por la actual falta de prioridad del Estado para juzgar crímenes internacionales cometidos en su territorio. En la exposición de motivos se lee que, en tanto Chile no ratifique el Estatuto y adecue su legislación, “cualquiera de sus nacionales puede ser juzgado ante una jurisdicción estatal extranjera, incluso por delitos cometidos dentro del territorio nacional, por el simple hecho de su captura o detención en ese Estado, en virtud del principio de universalidad y de las tendencias imperantes en el orden internacional”; “el Estado a cuya nacionalidad pertenece el inculcado o en cuyo territorio se cometió el ilícito carece [actualmente] de una garantía de preferencia para el juzgamiento de los hechos y, por ende, aun cuando reclame primacía para su jurisdicción interna, no existe reconocimiento explícito en el Derecho internacional para ello”. “A fin de cuentas —continúa la exposición de motivos—, es en virtud de la complementariedad entre la CPI y las jurisdicciones estatales que los Estados adquieren competencia para perseguir la responsabilidad penal internacional y, de ese modo, dar satisfacción al interés de la sociedad mundial involucrado en su sanción. Del mismo modo, es en virtud de ese principio que los Estados obtienen un derecho preferente, consagrado normativamente en el derecho internacional, para ejercer sus jurisdicciones nacionales respecto de estos delitos. Por último, de este principio emana también el reconocimiento de la capacidad de un Estado para materializar la responsabilidad penal internacional por medio de la actividad jurisdiccional estatal o interna”.

con preferencia de la extranjera o la de la Corte, si la comisión ocurrió fuera de las fronteras chilenas (principio universal). Tal sería el alcance interno de la frase “el Estado que tiene la jurisdicción”, en el artículo 17 del Estatuto.

4. Conclusiones

Se ha atribuido el retraso de Chile ante el Tratado de Roma a visibles deficiencias y contradicciones ingénitas de la Constitución, es decir, a su ayuno de normas que permitan la apropiada inserción del país como sujeto del vigente derecho internacional y al contraste entre su contenido original y el modificado en 1989.⁷³

Es una apreciación correcta, aunque a efectos de este informe interesa señalar, además, que fuerzas políticamente conservadoras, de arraigo, peso e influjo nada desdenables, se empecinan en preservar a todo trance los designios de quienes otorgaron la Carta en 1980, con su resistencia a acoger las transformaciones del concepto de soberanía y su enemiga a la tutela internacional de los derechos fundamentales y a la resonancia interna de esa protección, sobre todo si tiene sello penal. Invirtiendo una frase de Jiménez de Asúa, en su comentario a la Constitución republicana española de 1932, el problema reside en que todas las soluciones de la Constitución chilena en los temas fundamentales, y de los gobernantes en los primeros años de su vigencia, son de un acendrado autoritarismo.⁷⁴ De ahí que el noble ensayo de injertarle reformas que atemperen ese espíritu seguirá siendo una empresa imperfecta y yerma, pues los respiraderos de libertad así abiertos estarán obstruidos por un caparazón y un esqueleto odiosos, mientras no se abra paso la convicción de que únicamente el completo derrumbe de este documento permitirá a la comunidad chilena un ajuste de cuentas con su pasado reciente y encaminarse hacia un porvenir más venturoso.

Ni por asomo se quiere significar con esto que para asistir a la ratificación e implementación del Tratado de Roma haya que esperar el reemplazo de la Constitu-

⁷³ Así, Nogueira Alcalá: o. cit., cf. pp. 449, y 464-466.

⁷⁴ *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile: Ediciones Ercilla, 1942, cf. p. 74, donde habla, por cierto, del acendrado liberalismo de la Carta republicana.

ción por una votada en asamblea constituyente democráticamente electa. Pero no es menos exacto que en las actuales circunstancias políticas y jurídicas sólo son hacederas soluciones de medias tintas y corto alcance, las que pronto pueden revelarse remedios peores que la propia enfermedad. Esto vaticina una marcha pavimentada de contratiempos al proceso de ratificación, no menos que al de implementación. Lastarán el último el escaso eco de los crímenes internacionales en la opinión pública, el afán indisimulado de hacer pasar a un rápido olvido los que se cometió durante el período 1973-1990⁷⁵ y la obsesión cotidiana de las gentes por la criminalidad callejera, con las previsibles y desmedidas demandas a los órganos legiferantes. Digámoslo una vez más, para terminar: todo apunta a que la ratificación y la posterior implementación del Estatuto tienen por delante un derrotero borrasco y de éxito incierto.

⁷⁵ Afán impulsado por todos los poderes públicos y en sus más altas esferas.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: "Principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Actualidad penal*, n.º 45, semana 4 al 10 de diciembre de 2000, Madrid: La Ley, pp. 925-948.
- AMBOS, Kai, y Ezequiel MALARINO: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en el volumen colectivo, editado por estos autores, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 577-589.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, y Rodrigo CORREA: "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 1, 2002, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 129-160.
- BAZÁN, Víctor: "La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho comparado", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 109-162.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general* (3 vols. publicados), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1975-1992.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2 vols.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2.ª ed., 1992.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "De la extinción de la responsabilidad penal", en el volumen *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, y coordinada por Jean Pierre Matus Acuña. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 433-487.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "La administración de justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)", en el volumen *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (2 vols.), Cuenca: Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, t. II, pp. 229-250.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile", en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, cit., pp. 163-200.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, número 12, 1994, pp. 165-199.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Constitución política de la democracia española*, Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1942.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit., 2002, pp. 449-466.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho penal*. Tomo I (único publicado), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1997.
- POLO GÁLVEZ, Luis Felipe, "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit., 2002, pp. 435-447.
- POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho político*, 2 tomos, cuarta edición, revisada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, obra escrita en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002.