

CORTE PENAL INTERNACIONAL:  
UN TRATADO INADMISIBLE PARA CHILE

Mario Arnello Romo

Profesor Titular  
Derecho Internacional Público  
Facultad de Derecho  
Universidad de Chile

Separata de Revista Mayor N°6 Octubre 2007  
Universidad Mayor

## **CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN TRATADO INADMISIBLE PARA CHILE.**



MARIO ARNELLO ROMO

*Profesor de Derecho Internacional Publico de la  
Universidad de Chile*

*Resumen: El presente trabajo pretende aportar antecedentes e ideas que fundamenten la inconstitucionalidad, inutilidad e ilegitimidad que significa la aprobación y ratificación del Tratado de Roma que creó ese Tribunal Internacional. Para tal fin, se señalan diferentes aspectos.*

### **EL TRATADO ES VIOLATORIO DE LA SOBERANÍA NACIONAL**

#### **SOBERANÍA: principio constitutivo del Estado.**

El principio esencial de un Estado independiente, sujeto pleno de derecho internacional -al igual que sujeto de la Historia y del Destino de una nación-, es la Soberanía.

La soberanía es el Poder del Estado; o, mejor dicho, es la manifestación y el ejercicio del Poder del Estado. Este Poder es la nota esencial del Estado. El Estado tiene como fin propio a la Nación: preservarla y hacerla prevalecer sobre los desafíos, internos y externos, asegurando su futuro.

Un Estado independiente, por consiguiente, debe defender estricta y firmemente su soberanía, porque ella es el principio que configura los atributos, derechos y obligaciones con su fin primordial: con la preservación de la Nación,

El principio de Soberanía no es una regla jurídica que deba estar expresada en una norma de Derecho. Es más que una regla; es anterior a ella, y es un requisito y una condición esencial de la existencia del Estado. El principio puede inducir a la expresión de regla de Derecho, explica su causa y razón de ser, el por qué y el para qué de las reglas que lo manifiestan.

Por eso, la Constitución de 1980 (y 2005), señala escuetamente en el artícu-

lo 5º, inciso 1º, “que la soberanía reside en la Nación” y, agrega, que se ejerce por el pueblo en las elecciones y en el plebiscito, y por las autoridades que la Constitución establece.

De lo anterior debe concluirse que el ejercicio de la Soberanía que hacen las autoridades no debe ni puede ir, en caso alguno, en contra de la Soberanía; no la pueden violar, erosionar, menoscabar, ceder ni renunciar a ella; ni tampoco pueden ejercer las funciones que le corresponden en virtud del mandato de la propia Soberanía de la nación, incumpliendo o tergiversando el principio esencial que están llamados a servir.

Para cumplir este mandato las autoridades, en el ejercicio de sus atribuciones, deben someterse al imperio del orden jurídico nacional. Y éste incuestionablemente, se sustenta en base de la supremacía constitucional.

Y por eso, la Constitución que otorga a las Autoridades el ejercicio legítimo de la Soberanía, limita y orienta su acción en el Artículo 6º, y sanciona el atropello a esa obligación, en el artículo 7º, con la nulidad. Nulidad de derecho público, insanable e imprescriptible.

La Soberanía, en consecuencia, es el principio esencial de la Nación, que el Estado y sus autoridades no pueden legítimamente dejar de resguardar, de cumplir y hacer prevalecer en el ejercicio de sus atribuciones.

Por ende, las normas legales positivas que dicte el Poder Legislativo, que ejecute el Poder Ejecutivo o los tratados que negocie y firme el Gobierno, que apruebe el Congreso y que ratifique el Presidente de la República, deben ser siempre consistentes con la Constitución y con los principios esenciales de la Nación; y particularmente estrictos con el principio de la Soberanía nacional. Si contradicen dicho principio esencial, tales actos carecen de legitimidad y absolutamente, carecen de validez.

Ya desde Vitoria se sostiene que los principios ponen un límite a la discrecionalidad de quienes ejercen el Poder, evitando la arbitrariedad de la ley; y que éstas carecen de validez si contradicen o violan aquellos principios, sólo disfrazándose de legitimidad.

La Constitución de 1980 -al igual que sus modificaciones- recoge principios esenciales. Uno de ellos, muy principal, es el de la Soberanía. Y en resguardo de la necesaria legitimidad y coherencia con tales principios en el ejercicio de la soberanía, impone la nulidad de todo acto, toda ley y todo tratado, que exceda los límites que la Constitución establece. La ley es inválida; y el tratado no puede ser aprobado validamente por el Congreso, ni ratificado por el Presidente de la República. Si lo fuere, sigue siendo nulo, ilegítimo, carente de validez.

## COMPETENCIAS QUE LA SOBERANÍA OTORGA AL ESTADO

En virtud de su soberanía, el Estado independiente tiene la exclusividad, la autonomía y la plenitud de las competencias. Y éstas, para acercarnos a la materia en análisis, comprenden principalmente:

**EXCLUSIVIDAD:** en un territorio determinado se ejerce sólo una competencia estatal. Sólo a un Estado le compete el ejercicio, el monopolio de la Soberanía. Suya es, precisamente, el monopolio de la jurisdicción, al igual que el de la coacción.

**AUTONOMÍA:** en el ejercicio de la soberanía el Estado es autónomo; y tiene discrecionalidad; no debe recibir órdenes ni aceptar resoluciones de otro Estado, o poder foráneo, que quiera imponerse en su territorio sobre las resoluciones del Poder del Estado, y adopta discrecionalmente sus decisiones.

**PLENITUD:** el Estado es libre “para determinar la extensión de sus competencias “*ratione materiae*”, pero no puede aceptar que se le impongan resoluciones de órganos o entidades foráneas

Bastará en esta materia indicar un solo punto, para observar que el Tratado de Roma que fija el Estatuto de la Corte Penal Internacional, es violatorio del principio de soberanía y -como se comprobará- de la Constitución de Chile. El artículo 21 letra c) establece que la CPI frente a un crimen cometido dentro de un Estado, aplicará principios de derecho interno del Estado, y su ley interna, “siempre que no sean incompatibles con el Estatuto”. Es decir, no sólo se apropia de la competencias jurisdiccionales del Estado -exclusivas, autónomas y plenas-, sino que subordina o desconoce la ley y los principios esenciales que crean el orden jurídico esencial de la nación.

Los habitantes de Chile están sometidos a la jurisdicción soberana del Estado de Chile y amparados por garantías constitucionales, las leyes y los tribunales que la Constitución establece; y también los principios fundamentales de derecho -esenciales en materia penal- que el Derecho Internacional reconoce, pero que el tratado de Roma desconoce o a los que niega todo valor.

La Soberanía es una unidad. Comprende la totalidad del Poder del Estado, pero también del Deber del Estado. Es, por eso, el Poder -Deber del Estado. Irrenunciable, ineludible, imprescindible y permanente.

En la dimensión de la jurisdicción, y más aún particularmente en la jurisdicción penal, el Estado es el único que puede y debe ejercerla en el territorio nacional.

Una reflexión respecto a la situación de máxima gravedad que puede enfrentar un Estado, como es la de tener su territorio ocupado por un ejército extranjero, otorga mayor fuerza aún al rechazo al Tratado de Roma y a la cesión de soberanía jurisdiccional penal que significa.

El principio fundamental en la materia es que la ocupación de guerra no lleva consigo ningún traspaso de soberanía. "...el soberano legal conserva el ejercicio de sus diversas competencias". "La ocupación de facto del territorio nacional no impide que este continúe regido por las leyes del Estado ocupado, particularmente en lo que se refiere a las leyes prohibitivas y penales". (Châles Rousseau)

En el Estado ocupado -agrega- "continúan funciones los tribunales locales". "El Estado ocupante tiene competencia para establecer tribunales (militares) encargados de juzgar los actos que amanecen la seguridad del ejército de ocupación". Y concluye: "Esta práctica ha sido aplicada en todas las guerras".

El tratado de Roma obliga al Estado a ceder y transferir soberanía jurisdiccional y, aún, subordina el Poder jurisdiccional del Estado a un tribunal penal internacional, que proclama no reconocer ni aceptar la ley penal interna, ni los principios esenciales de su ordenamiento interno, para aplicar su propio Estatuto y los elementos de delitos que establece y que puede modificar a su arbitrio una mayoría de los Estados miembros del tratado.

## JURISDICCION INTERNACIONAL ES SIEMPRE FACULTATIVA

El principio fundamental que domina la jurisdicción de un tribunal internacional es que ella sólo existe sobre la base de la voluntad del Estado. Su consentimiento es condición esencial para la competencia del tribunal.

La jurisprudencia internacional es uniforme al respecto:

“El Tribunal, teniendo en cuenta que su jurisdicción es limitada y se funda siempre en el consentimiento del (Estado) demandado”...

(TPJ I: sentencia caso Mauromatis, 10 Agosto 1024)

“... la jurisdicción sólo existe en los términos en que ha sido aceptada... (por el Estado)...”

(TPJ I: sentencia caso fosfatos marroquíes, 14 junio 1938)

“... el consentimiento de las partes confiere jurisdicción del Tribunal...”

(CIJ: sentencia caso Estrecho de Corfú, 25 mayo 1948).

“La competencia del tribunal para conocer del fondo de un litigio y para juzgarlo depende de la voluntad de las partes”.

(CIJ: sentencia caso Anglo Iranian Oil Co., 22 julio 1950).

La jurisprudencia citada motiva dos reflexiones:

**Una:** El principio fundamental indicado confirma que es esencial el consentimiento de un Estado para que un tribunal internacional tenga jurisdicción. Y, es esencial también, que ese consentimiento tiene que ser dado válidamente por los órganos competentes del Estado, acorde a las atribuciones y normas de la Constitución. Si exceden aquellas y violan estas normas, el consentimiento está viciado y es absolutamente nulo.

**Dos:** El consentimiento del Estado que reconoce la jurisdicción del tribunal internacional, no puede dar competencia ni atribuciones que violan en forma manifiesta el orden jurídico constitucional del Estado. Es un consentimiento ilegítimo, que no puede ceder soberanía.

El Estatuto de la C.P.I. que establece el tratado de Roma, al ser incompatible con la Constitución de Chile, es inconciliable con el principio fundamental de la jurisdicción enunciado.

## EL ESTATUTO ATROPELLA LA SOBERANÍA JURISDICCIONAL

El tratado de Roma contiene normas que significan una grave violación del orden jurídico interno y de la soberanía jurisdiccional que ejercen con exclusividad los tribunales chilenos.

Mientras sostiene que la CPI es complementaria a la labor de los tribunales de un Estado, contradice esa supuesta y falsa complementariedad, pues se arroga discrecionalmente atribuciones y competencia para revisar, suplir y sustituir a los tribunales del Estado, y aún, para rectificar y dejar sin efecto las sentencias y resoluciones que éstos hayan dictado y causado cosa juzgada

El art. 17 del Estatuto, que regula las cuestiones de admisibilidad de un caso ante la CPI establece:

1. La Corte ... resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) ... sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción... (y agrega) “salvo que éste no esté dispuesto a llevarla a cabo o no pueda hacerlo”.

b) ... que en el Estado se “haya decidido no incoar acción penal” ... (y agrega)... “salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevarla a cabo o no pueda hacerlo”

2. Se precisan las circunstancias -una o más- para que la CPI determine -a su criterio- si hay o no disposición a actuar en los tribunales del Estado.

a) “que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona”-.. de su responsabilidad penal”

b) “que haya habido una demora injustificada en el juicio que ... sea incompatible con la intención de ... hacer comparecer a la persona ante la justicia”.

c) “que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial” o (en forma que), “sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia”.

Es decir, la CPI tiene atribuciones no sólo para juzgar delitos cometidos en el territorio nacional -que son atribución soberana de los tribunales nacionales-, y aún cuando estén sometidos o hayan estado sometidos a los tribunales nacionales, sino que se le atribuye poder para revisar su actuación, para determinar las motivaciones o intenciones que ella imagine puedan haber tenido

en su actuación y en sus propósitos, descalificarla, desconocer sus resoluciones, de hecho anularlas, y juzgar de nuevo al inculpado.

## EL ART. 20: COSA JUZGADA

Mayor gravedad tiene aún al atribuir competencia de superioridad correccional a la CPI sobre las Cortes de Justicia nacionales, relativos a lo que ya es “cosa juzgada”.

El Art. 20 configura un atropello máximo a la soberanía jurisdiccional del Estado, como también a principios esenciales de la jurisdicción penal general: -vr.gr., al principio de legalidad y al valor de la cosa juzgada-; y en forma precisa, a las garantías constitucionales del artículo 19, N°3 y N°7, y otras disposiciones constitucionales de Chile.

El Estatuto sólo acepta el principio de cosa juzgada, cuando se trata de sentencias de la propia Corte. Pero, en adelante, sólo consagra su rol soberano, superior al poder y a la soberanía del Estado.

En el art. 20, 2. ordena imperativamente: “nadie será procesado por otro tribunal “... (cuando)... “la Corte ya lo hubiera condenado o absuelto”.”

Pero, en cambio, en 3. dispone que la CPI podrá procesar a una persona que haya sido procesada y absuelta por “otro tribunal” cuando ella estime subjetivamente “que el proceso en el otro tribunal”:

- a) “obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal”;
- b) “no hubiera sido instruido en forma imparcial”; o lo fuera de alguna manera que a la Corte le pareciera que “fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”

Es decir, el Estatuto no respeta la jurisdicción nacional, ni siquiera en el principio de cosa juzgada, y se abroga la facultad correccional superior, incluso a la Corte Suprema, para revisar y dejar sin efecto sentencias absolutorias de los tribunales superiores de justicia del Estado, para revivir procesos ya fenecidos, y volver a juzgar y condenar a quien ya fue juzgado. Para ello le basta calcular “propósitos” o “intenciones”.

A mayor abundamiento, debe considerarse que, además, la disposición citada viola expresas disposiciones constitucionales que fijan principios fundamentales del ordenamiento penal y garantías precisas que la Constitución asegura.

El art. 21 del Estatuto, que regula el derecho aplicable por la CPI, reitera y rubrica la violación a la soberanía del Estado.

Afirma que aplicará: a) el Estatuto, los elementos de los crímenes, y sus reglas procesales; b) otros tratados, principios y normas de derecho internacional aplicable, incluido el de los conflictos armados; y en forma eventual y limitada... c) En su defecto, los principios generales de derecho que derive la Corte de los sistemas jurídicos del mundo, “incluido, cuando proceda el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”.

Las disposiciones del art. 21 son violatorias de todos los principios esenciales del ordenamiento constitucional y jurídico chileno y de las normas fundamentales de la jurisdicción soberana del Estado, que el Derecho Internacional general reconoce.

Superpone sobre la Constitución y las leyes penales chilenas, no sólo al Derecho Internacional general, sino a las normas del Estatuto -con todas sus atribuciones subjetivas-; superpone los “Elementos de los crímenes” -lo que merece un párrafo aparte por su incertidumbre jurídica-; superpone “otros tratados, principios y normas de derecho internacional” -(así, innominados)-; y superpone, por último, una idea tan vaga, imprecisa e inaceptable en materia penal, como pueden ser “normas y estándares internacionalmente reconocidos”.

Es decir, el derecho penal chileno y la jurisdicción del Estado y de sus tribunales, que la Constitución establece, son desconocidos, ignorados y anulados por el poder superior de la CPI; y, además, por la absoluta y admitida subjetividad de sus jueces, para estimar o imaginar propósitos, intenciones y motivaciones subjetivas de los tribunales chilenos.

Como se precisará, más adelante, también tendrán imperio para que sus resoluciones deban ser cumplidas dentro de Chile.

El art. 21 del estatuto es definitivamente incompatible y violatorio de disposiciones constitucionales fundamentales: art.5 inc. 1º, 6, 7, 19 Nº3 y 7; arts.76 y sgtes. de la Constitución; Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial; y de las leyes penales, procesales y orgánicas de tribunales, que regulan la jurisdicción del Estado y, en particular, la jurisdicción territorial, y los principios rectores del ordenamiento jurídico de Chile.

“El poseedor del derecho de penar es, por consenso general, el Estado”, “la acción penal del Estado, pública, necesaria, irrevocable”. “El Estado es sujeto activo de la acción penal, quien juzga, condena o absuelve”. (Rafael Fontecilla).

El tratado de Roma, al otorgar a la CPI la atribución de abrogar la cosa juzgada por los tribunales nacionales, llega al extremo no sólo de la ignominia y la negación de la soberanía del Estado, sino, incluso, a la más grave y definitiva desnaturalización del derecho.

Esta pretensión, inadmisibles para la soberanía nacional y la Constitución y orden jurídico de Chile, viola los principios fundamentales de la juridicidad.

### **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA SOBERANÍA JURISDISCCIONAL Y DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL QUE NO RECONOCE LA C.P.I.**

El primer fundamento de la jurisdicción nacional es el principio de territorialidad; y lo es, muy precisa y estrictamente, en materia penal.

“Es un principio general que la ley penal es esencialmente territorial, esto es que rige solamente los delitos cometidos en el territorio del Estado que la dicta”. “De acuerdo con este principio fundamental, la ley penal chilena rige en el territorio de Chile, y en el territorio de Chile no rige sino la ley penal Chilena”.(Etcheberry)

El Estado tiene un derecho irrenunciable, sustentado en su soberanía, de dictar leyes vinculantes para todas las personas que habiten su territorio. El principio de territorialidad estricta lo reconocen y establecen el artículo 14 del Código Civil; los artículos 1 y 5 del Código Penal; los arts. 1 al 12 del Código Procesal Penal; los arts. 1 y 5 del Código Orgánico de Tribunales.

A la doctrina ya expuesta precedentemente, podría agregarse algunas ideas más, consistentes con la naturaleza misma del derecho penal. La verdadera concepción del derecho penal es la de una función pública, que corresponde ejercer al Estado y sólo al Estado. A él le corresponde el ejercicio de su soberanía jurisdiccional, y la tutela jurídica de su ordenamiento y de los derechos que asegura en su territorio.

Todo lo anterior es negado por las atribuciones subjetivas que el Tratado de Roma otorga a la CPI. Atribuciones que violan la Constitución y el ordenamiento Jurídico de Chile.

## **COSA JUZGADA**

A lo ya dicho anteriormente cabe agregar algunos requisitos para la cosa juzgada en Chile, especialmente en materia penal que no pueden ser desconocidas por un tribunal foráneo, sea de otro Estado o internacional:

1° Una decisión judicial:

- a) tener el carácter de juzgamiento;
- b) ser susceptible de ejecución;
- c) que el juzgamiento se pronuncie sobre el fondo del juicio;
- d) que el fallo emane de una jurisdicción legalmente constituida,

2° el juzgamiento debe ser irrevocable (estar ejecutoriado según el derecho soberano del Estado)

3° identidad del hecho que se juzgó, no del delito que se quiere configurar.

Para que exista cosa juzgada se requiere que exista una resolución ejecutoriada del tribunal del Estado. “La sentencia penal pone término a la relación procesal, agota el derecho de acción del Estado; lo extingue, lo consume, afirmando o negando, para el futuro, el derecho de penar a una persona, por

un hecho determinado”. “Non bis in idem”. O si se quiere decir: “res judicata dicitur quae finem contraversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolute contigif”.

Cabe recordar que en la jurisdicción penal el sujeto activo por excelencia o exclusividad es el Estado y si el órgano del Estado dicta sentencia absolutoria y ésta causa ejecutoria, la cosa juzgada debe ser respetada absolutamente. La eventual violación de ella y de este principio fundamental por el Tratado de Roma es inadmisibles y violatorio de la constitucionalidad del orden jurídico chileno. Ningún Tribunal chileno podría acoger lícitamente petición alguna de la CPI para adoptar medidas y acoger resoluciones que violen la cosa juzgada.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Estatuto, junto con desconocer la cosa juzgada, pretende sin embargo, respetar otros principios esenciales del derecho penal interno. Así, recoge: “Nullum crimen sine lege” (art.22); “Nulla poena sine lege” (Art. 23); “Irretroactividad ratióne persónate” (art.24) y agrega, con el mismo carácter y naturaleza, otros que no sólo no son principios, sino que violan ambos: “Improcedencia del cargo oficial” (art.27) -que pone término a las inmunidades soberanas del Estado, y a sus fueros procesales internos-: “Responsabilidad de los jefes y otros superiores” (art.28); y, en una materia que sólo aceptan algunos Estados, intenta generalizar la “Imprescriptibilidad” (art.29).

La forma en que el Estatuto concibe los crímenes que indica en los artículos 5, 6, 7 y 8, que están determinados por sus “Elementos” -(así, con mayúscula)-, conllevan dos falacias que les dan o configuran una gran inseguridad jurídica.

No sólo en sí mismos tales elementos son inciertos o vagos o susceptibles de permitir una gran subjetividad o arbitrariedad de los jueces de la CPI, sino que también pueden ser alterados o modificados discrecionalmente por una mayoría de los dos tercios de los Estados miembros del tratado. Y alterados o modificados tales elementos, podría cambiar la tipificación del crimen en sí mismo.

La experiencia de los órganos internacionales intergubernamentales, particularmente en sus asambleas generales, revela que son las motivaciones políticas o ideológicas las determinantes en sus resoluciones no consensuadas, sino adoptadas

por esas mayorías. Ni es la calidad jurídica ni siquiera la racionalidad la que muchas veces predomina.

Bastaría revisar, con detención y rigor jurídico, lo que indican los artículos 6, relativo al “Genocidio”; ó 7, “Crímenes de Lesa humanidad”; para observar que son inadmisibles en su carencia de objetividad, falta de proporción y de racionalidad. (Vr.gr. dentro del Genocidio, por “Matanza”, puede condenarse como autor por haber dado muerte a una persona; o dentro del crimen de Lesa Humanidad, se podría condenar por la violación de una persona, o por violencia sexual a un individuo).

Y, en todos los crímenes, la CPI tiene atribuciones para apreciar subjetivamente, la intencionalidad del inculpado, y de atribuir entonces el acto delictual a las distintas formas o finalidades que genéricamente indica en sus diferentes artículos: “intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”; o “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género... u otros motivos.”

Como se puede apreciar, los “Elementos” de los crímenes de competencia del CPI no son tipificables en nuestro derecho penal, sin una profunda adecuación. Y, aún así, podrían seguir siendo dos normas penales diferentes, agravando los eventuales conflictos de juricidad penal, ya que siempre en la jurisdicción penal chilena deben entenderse los crímenes y delitos restrictiva y objetivamente.

Adherir al tratado significa, en esta materia, aceptar que una mayoría de dos terceras partes de los Estados miembros del Estatuto de la CPI., puedan modificar o fijar nuevos “Elementos” de cualquier delito, o crear delitos nuevos, para que éstos sean obligatorios para la Corte y para todos los Estados; aun para aquellos que lo rechazaron. Esta situación confirma una nueva y grave inconstitucionalidad del tratado, tanto porque implica una delegación de facultades legislativas tácitas, violando una atribución exclusiva del Poder legislativo del Estado, ya que aquello es materia de ley (art.63); así como porque viola las exigencias para delegar facultades por el Congreso (art. 64): Además, las garantías que la Constitución asegura a todas las personas (art. 19 N° 3), pasan a ser conculcadas por esta aberrante disposición del tratado.

## DESCONOCIMIENTO DE LA INMUNIDAD DEL ESTADO

El art. 27 del Estatuto hace tabla rasa de una de las bases del orden internacional, que establece, como consecuencia de la independencia e igualdad soberana de los Estados, la “inmunidad soberana del Estado”. Dicha inmunidad, se traduce, en la práctica internacional consuetudinaria, en el Derecho Internacional general, convencional, en la inmunidad de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministros de Estado, representantes diplomáticos o consulares, Fuerzas Armadas, y enviados especiales. Con distintos grados, tales inmunidades requieren diversos requisitos y son más absolutas o más restringidas. Pero existen y son universalmente aceptadas, y han sido reconocidas por la jurisprudencia internacional. Un último fallo de la Corte Internacional de Justicia, lo reiteró precisamente.

El tratado de Roma, viola este derecho esencial de los Estados, y coloca a la CPI por encima de las autoridades y representantes del Poder del Estado. Nueva y grave negación de la soberanía del Estado.

## IMPOSIBILIDAD DE ADECUAR LA CONSTITUCIÓN PARA APROBAR EL TRATADO

La aprobación previa de una reforma constitucional que, por la vía de agregar una disposición transitoria admita la aprobación del Tratado de Roma, no es admisible. Es contradictoria consigo misma, con la Constitución, con leyes orgánicas constitucionales; y, por último, en la forma que está concebida, es contradictoria con el tratado mismo que permite aprobar. Como corolario, sería interna e internacionalmente nula e ineficiente.

Es contradictoria con la Constitución, porque admite aprobar y ratificar un tratado que viola el principio de soberanía nacional –principio que es esencial, constituyente, irrenunciable y limitante en el ejercicio del poder-, al ceder, transferir, subordinar la soberanía jurisdiccional penal del Estado y del poder judicial chileno, a un tribunal internacional.

Contradice, además, las propias disposiciones constitucionales que ordenan el Poder Judicial y las normas orgánicas constitucionales que lo regulan; y los principios fundamentales y normas legales del ordenamiento penal chileno, al admitir un tratado que las vulnera.

Es incuestionable que... “dentro del orden jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución...”...”el contenido de los tratados... (es ley)... siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales, porque parece evidente que es preciso mantener la constitucionalidad de los tratados tal como los de la ley”.

“El tratado formalizado dentro del marco de la Ley Fundamental, en uso de la autorización y atribuciones que ella contempla, ha de entenderse subordinado a ella; si pugnara con la Carta no debería celebrarse; si se formalizara excediendo el marco que ella fija, no podría originarse compromiso para el Estado”. (Alejandro Silva. Tratado de Derecho Constitucional)

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que Chile es parte, contempla como causal de nulidad del tratado, el haber sido violado en forma manifiesta una norma fundamental para manifestar el consentimiento del Estado (Art.46). Y, asimismo, la Constitución sanciona con nulidad las actuaciones de las autoridades que contravienen las normas de la Constitución. (Art. 6º y 7º)

La conclusión definitiva que resulta de todo lo dicho, es que la inconstitucionalidad del tratado de Roma, por el contenido de sus normas, es total; y que, en consecuencia, su eventual aprobación con el Congreso, y su ratificación por el Presidente de la República, adolecería de nulidad.

Corroborando lo anterior, en su esencia, la sentencia del Tribunal Constitucional —de fecha 8 abril 2002, Rol nº 346— que acogió la inconstitucionalidad del referido Tratado, planteada por 31 diputados, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 5º, 6º, 7º, 32 nº 16, 68, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 y 82 de la Constitución, (numeración anterior a la reforma del año 2005). Y resuelve y declara que para su aprobación por el Congreso y ratificación por el Presidente, “requiere de reforma constitucional previa”.

Más precisamente, habría que reformar completamente la totalidad de las disposiciones indicadas, ya que las disposiciones del tratado afectan las bases de la institucionalidad, las garantías constitucionales, y todo el ordenamiento constitucional del Poder Judicial.

## MEMORÁNDUM 1: CORTE PENAL INTERNACIONAL INCONSISTENCIA DE LA REFORMA PROPUESTA

Se pretende contestar la siguiente pregunta:

¿Es conveniente, suficiente, y útil -para los fines perseguidos- la reforma constitucional que haría posible aprobar el Tratado de Roma y ser parte de la CPI por medio de la disposición transitoria propuesta?

Análisis del texto, su contenido y su validez frente al Tratado.

- 1) El inciso 1º propuesto dice: “El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la CPI en los términos previstos en el tratado...”
- 2) No obstante, en los incisos siguientes, desde el inciso 2º en adelante, se introducen disposiciones que no son concordantes con dichos términos, o los contradicen absolutamente.
- 3) En efecto: a) considera que será inadmisibles ante la CPI un caso que haya sido juzgado o esté, siendo juzgado o investigado por los órganos nacionales. Se afirma así la supremacía de la jurisdicción penal de Chile frente a la CPI.
  - a.1) en cambio, el Estatuto {art.17) permite que la CPI resuelva intervenir, aún en esos casos, si estima que los tribunales de Chile no han querido o podido juzgar, o lo han hecho con la “intención” o “propósito” de sustraer al inculpado de la acción de la justicia.
  - a.2) podrá la CPI actuar aún si la sentencia absolutoria de los tribunales chilenos ya haya causado cosa juzgada. (art.20 N°3).
  - a.3) tampoco prevalece la jurisdicción penal chilena, si en ésta se favorece al inculpado con la prescripción, o la amnistía, pues la CPI puede ignorar o desestimar ambas eximentes de responsabilidad, (art.20 y art.29). (art.89 N°2)
- b) En el inciso quinto, en cuanto al arresto o detención de una persona, se limita el imperio de las resoluciones de la CPI, a lo que disponga la ley chilena respectiva.
  - b.1) Estas limitaciones no las contempla la CPI, la que incluso, según el Estatuto (art.27). (art.89), no reconoce siquiera las inviolabilidades, ni las inmunidades de jurisdicción de las autoridades del Estado, ni de sus representantes diplomáticos, jueces, Fuerzas Armadas, ni el fuero de los parlamentarios que reconoce el Derecho Internacional, y el derecho interno de Chile.
- c) En el inciso sexto, la disposición transitoria pretende asegurar la irretroactividad de la jurisdicción de la CPI, señalando que sólo podrá ejercerse respecto de los crímenes cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto.

- c.1) No obstante, como es la CPI la que decide discrecional y libremente la admisibilidad de una causa, ella puede acogerla a su arbitrio si decide, por ejemplo, que si una sentencia chilena aplica la prescripción o la amnistía en el año 2007, a un delito cuyo inicio fue hace treinta años, la CPI podrá considerar la fecha de esa sentencia absolutoria como determinante para admitir a revisión dicha causa
- d) En el inciso séptimo, se reserva al Estado de Chile el derecho de aceptar o rechazar cualquier modificación a la tipificación de los delitos de competencia de la CPI. En particular, si se refiere al crimen de agresión y a cualquier otro que se quiera incorporar a la competencia de la CPI
- d.1) El Estatuto, por el contrario, contempla que una mayoría de dos tercios de los Estados miembros, pueden modificar los “Elementos” de los crímenes, o aprobar crímenes nuevos, siendo esa determinación obligatoria para la CPI y los demás Estados. (art.9)
- d.2) Debe tenerse presente que en las organizaciones internacionales las decisiones se adoptan con criterios meramente políticos y no jurídicos.

5) EN CONSECUENCIA: Resulta evidente que la disposición transitoria propuesta para ser agregada a la Constitución, no es consistente con las disposiciones del Estatuto de Roma, que se pretende aprobar. Resulta contraria a varias de ellas; y, aún, aparecen contradicciones manifiestas entre lo que señala el inciso primero – “podrá reconocer la jurisdicción de la CPI en los términos previstos en el tratado”- y lo que intentan preservar los incisos siguientes.

*M.A.R.*

## **MINUTA II: SOBRE EFECTOS INTERNACIONALES DE LA DECLARACIÓN**

### **EFECTOS INTERNACIONALES DE LA DECLARACIÓN QUE REGULA LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGESIMA PRIMERA Y LA C.P.I.**

El texto aprobado en la Comisión de Constitución es -en sí mismo- un esfuerzo para defender principios irrenunciables para Chile en resguardo de su soberanía y del principio de legalidad, esencial en materia penal. Viene a sustituir el propuesto por el Ejecutivo que era inaceptable desde todo punto de vista.

No obstante, creo que el problema final, que apunta precisamente a intentar eludir las objeciones de inconstitucionalidad que afectan al tratado e impiden constitucionalmente reconocer la jurisdicción de la C.P.I., para luego, aprobar la Convención que la creó y adherir a ella, formulando la declaración prevista tanto al aprobar el tratado como al ratificarlo, conduce a una situación tal que puede hacer inviable o inútil el texto aprobado y el fin y la intención que se ha tenido en mente.

En efecto:

1.- La aprobación del texto por el Congreso y su promulgación por el Presidente de la República, podría hacer teóricamente admisible en el orden jurídico interno de Chile la disposición transitoria constitucional. Ella, por cierto, primaría en Chile sobre las normas del Tratado. O, si se quiere, las limitaría respecto a Chile.

2.- Para tener efecto internacional, en el mismo grado que se pretende en Chile, ese texto debe necesariamente ser incorporado en el Acuerdo del Congreso que apruebe el tratado -como hoy permite la Constitución-; y también, ser declarado expresamente y por escrito por el Presidente de la República en el instrumento de adhesión al tratado, que entregue al depositario.

3.- Pero aquí se topará con los siguientes problemas:

- a) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 120 dice textualmente:  
art.120 Reservas. No se admitirán reservas al presente Estatuto.
- b) Podrá discutirse si la declaración que haga el Presidente al adherir es o no es una reserva. Pero la precisión que hace la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -de la que Chile es parte-, en su art. 2 letra d), debe ser considerada: "se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherir a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado."
- c) La Convención de Viena, en el art. 19 expresamente indica que un Estado no podrá formular una reserva si éstas están prohibidas por el tratado. Y, ade-

más, señala que no podrá hacerlo si la reserva es “incompatible con el objeto y fin del tratado”.

- d) A mayor abundamiento, debe observarse que en el art.20, N°3, exige: “Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional... una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.”

4.- Es indiscutible, a mi juicio, que el texto transitorio aprobado, con el fin de alivianar la aprobación del Tratado al eludir la flagrante violación a normas que son imperativos claros de la Constitución, implica interpretar restrictivamente el alcance de disposiciones del tratado que se quiere aprobar. Y por eso, sin duda que será considerado una reserva, las que están prohibidas.

5.- Todo lo anterior puede acarrear una situación difícil a Chile ante el Tribunal Penal Internacional; que se observe u objete su declaración o no se admita su adhesión mientras no retire la declaración (o reserva) antes indicada. Y el Gobierno, en tal evento se apresurará a solicitar al Congreso su acuerdo para retirar la referida declaración.

6.- Esto, colocará una vez más al Congreso en el problema que hoy se ha querido eludir: optar entre no ser parte del Estatuto de la C.P.I.; o adherir a él quedando con una situación jurídica imposible: dentro de Chile, primando la Constitución, en el resguardo de claras disposiciones constitucionales; e internacionalmente, sometido a las disposiciones plenas del Estatuto, que implican no cumplir con normas y principios constitucionales esenciales.

Ante este panorama es preferible derechamente, no aprobar el Estatuto de la C.P.I., ni tampoco reforma constitucional alguna que pretenda declarar admisible su aprobación, no obstante la inconstitucionalidad total que significa su contenido y sus atribuciones.

**M.A.R.**