

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SIGLO XXI Y LA DISMINUCIÓN DE SU EFECTO MARIPOSA

*Pablo Ruiz-Tagle Vial\**

### RESUMEN

*Un simple vuelo de una mariposa en Tokio puede generar un gigantesco huracán en San Francisco. Trasladando al derecho chileno estas ideas sobre hechos que generan efectos inesperados, advertimos, por ejemplo, cómo las decisiones de jueces extranjeros sobre casos relevantes para Chile pueden producir efectos del tipo mariposa al revelar serias deficiencias del sistema jurídico chileno en la resolución de dichas causas. Se plantea entonces que una de las formas de disminuir el efecto mariposa en el ámbito de los derechos fundamentales es propender a su garantía mediante la implementación de una institucionalidad que permita y refuerce su protección, función que podría ser desarrollada por el Tribunal Penal Internacional, órgano que complementa los sistemas de jurisdicción nacional y universal, disminuyendo el riesgo de impunidad y minimizando el desorden jurisdiccional surgido de los vacíos de los sistemas locales.*

### DERECHOS FUNDAMENTALES - TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL - JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

**E**l derecho es un sistema mundial cuyos efectos se producen en lugares inesperados. Siguiendo esta idea me parece que en el rubro de los derechos humanos podemos reconocer un

“efecto mariposa”. El efecto mariposa es un concepto que puede extraerse de los escritos que existen sobre la teoría del caos, según los cuales el inocente vuelo de una mariposa u otro hecho sin mayor importancia que sucede por ejemplo en

---

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional y de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Una primera versión de este trabajo fue presentada en el I Congreso Iberoamericano de Ética y Filosofía del Derecho, en la sección de Filosofía del Derecho y del Estado en el tema: “Los derechos humanos en el siglo XXI”, que se desarrolló en la Universidad de Alcalá, en la ciudad de Alcalá, España en septiembre del año 2002. La asistencia a este Congreso fue posible gracias a los profesores Virgilio Zapatero y Ernesto Garzón Valdés a quienes agradezco. De la misma

---

forma agradezco al profesor Ulises Schmill el haberme generosamente enviado el texto de Hans Kelsen que se cita en este trabajo. Una versión de este trabajo fue revisada por los ayudantes Pablo Fuenzalida, Juan Guillermo Sandoval, Daniela Gorab y Rodrigo Vallejos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, siendo su versión final revisada por el ayudante Miguel González Lemus de la misma Facultad. Este trabajo es parte de una investigación financiada por Fondecyt referida a los proyectos sobre derechos fundamentales N° 1020348 y N° 7020348.

Tokio puede generar un gigantesco huracán en San Francisco o estar vinculado a algún evento en otro lugar del planeta. La idea del efecto mariposa es que hay ciertos hechos que generan efectos inesperados.<sup>1</sup> En el caso del derecho chileno es un efecto inesperado del tipo mariposa el que para justificar la institución antidemocrática de los senadores designados (esto es, la existencia de senadores no elegidos y en algunos casos vitalicios), se haya mencionado el caso de Norberto Bobbio como miembro no elegido del Senado Italiano. Sin embargo, las situaciones que constituyen efectos mariposa de manera más notable se refieren a las decisiones de los jueces extranjeros en relación con casos que tienen relevancia en Chile. Entre ellos quizás los más notables son las relacionados con el caso del homicidio de Orlando Letelier, el caso de la solicitud de extradición de Pinochet a España que tramitó el juez Garzón y el caso Prats que tramita la jueza argentina María Servini de Cubría, por sólo nombrar algunos. Estas situaciones adquieren relevancia precisamente porque muestran una deficiencia del sistema jurídico chileno en el tratamiento y resolución de dichas causas. En las líneas que siguen nos haremos cargo de cómo institucionalizar la persecución criminal de las violaciones a los derechos humanos y disminuir o minimizar entonces el efecto mariposa en algunas de las áreas en las que ha sido más desestabilizador. Y esta idea de darle un carácter institucional no tiene por objeto disminuir la importancia de los derechos humanos sino asegurar su protección en el tiempo por medio del Tribunal Penal Internacional en los términos

del Estatuto de Roma. El Estatuto de Roma no se percibe entonces como sustitutivo de la jurisdicción penal nacional, ni tampoco como una forma de reemplazar las formas de jurisdicción universal. Se trata de un órgano que disminuye todos los vacíos que pueden surgir respecto de los derechos fundamentales y que complementa los sistemas de jurisdicción nacional y universal. Se trata de un tratado que refuerza la protección de los derechos fundamentales y que disminuye a su respecto el riesgo de impunidad de las más graves violaciones que pueden afectarlos y que minimiza el desorden jurisdiccional que puede caracterizarse como efecto mariposa. Para eso es necesario explicar el contexto en el cual la institución del Tribunal Penal Internacional se ha insertado en el derecho chileno, previo examen de algunas explicaciones históricas con las cuales se intenta situar el tema de la necesidad de adoptar este tribunal.

En esta perspectiva histórica me parece adecuado recordar cómo Lord Acton<sup>2</sup> explica con mucho más profundidad que Edmund Burke el origen del desorden político que caracterizó la revolución francesa. Acton dice que los representantes ante la Asamblea Francesa no tuvieron grandes problemas para acordar las materias doctrinarias o de principios, tales como los derechos del hombre y del ciudadano. El trabajo que Lafayette hizo junto con la ayuda de Jefferson como embajador norteamericano en París en esos días aseguró una claridad conceptual y una rápida unanimidad en estas materias. Y aunque hay diferencias entre las declaraciones de 1776 y la de 1789, los grandes principios y derechos

<sup>1</sup> Ver Colodro, M., *Reflexiones sobre el caos*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 2002, Capítulo I y final.

<sup>2</sup> Ver Acton, J.E.E., *Lectures on the french revolution*, Macmillan, Liberty Fund, Indianapolis, 2000, p. 95 y ss.

fueron aprobados sin mayor problema. La dificultad, dice Lord Acton, se presentó en el contexto revolucionario cuando comenzó la discusión sobre los órganos de la nueva forma de gobierno. El debate se produjo principalmente sobre la estructura del nuevo Estado que debía surgir para reemplazar al antiguo régimen y las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. En ese debate aparecen posiciones irreconciliables entre los partidarios de la restauración parcial o total de la monarquía, los que buscaban una fórmula mixta como Mirabeau y los jacobinos que en su triunfo decapitaron al rey y en nombre de la salud pública impusieron el terror.

La discusión sobre la estructura y las funciones que deben cumplir los órganos de las nuevas repúblicas dura hasta nuestros días. Aunque existe una gran aceptación de la forma republicana democrática en Europa y Estados Unidos, todavía en Latinoamérica y en otras partes del planeta se plantean dudas sobre la posible subsistencia y estabilidad de esta clase de sistemas en circunstancias que, a veces, las democracias no superan formas atávicas de discriminación. Por ejemplo, en algunos países latinoamericanos actualmente más del cincuenta por ciento de la población han vivido bajo la línea de la pobreza, es decir, los ingresos de las personas no alcanzan a cubrir sus necesidades básicas.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Gargarella, importante constitucionalista argentino, ilustra el punto como parte de un estudio introductorio a una serie de artículos de profesores de la Universidad de Yale, traducidos y compilados por él, al señalar “un sistema como el anteriormente descrito –refiriéndose a aquel elaborado por Madison y Hamilton en El Federalista, basado en la plena representación tanto de las “mayorías como minorías” en el foro político– tal vez podía ser adecuado para resolver los principales conflictos sociales presentes en sociedades relativamente poco complejas. Sin embargo, el mismo resulta menos atractivo cuan-

En todo caso en Latinoamérica la opción republicana democrática no es reemplazada por otras formas de gobierno. La estrategia de los contrarios a la democracia ha sido más bien adoptar ante ella una actitud oportunista y usar la democracia como fachada para cubrir el uso autoritario del poder del modo como Loewenstein ha descrito en las formas políticas de neopresidencialismo. Por esto, con vergüenza debo reconocer que en Chile tenemos actualmente un senado con miembros parcialmente elegidos por sufragio popular, unas fuerzas armadas representadas en órganos que designan parte de los jueces del Tribunal Constitucional y presidentes de la república que al menos en el texto concentran tal poder que exceden con mucho el que es propio de una autoridad democrática. Ante este

---

*do queremos ocuparnos de sociedades distintivamente plurales, como muchas de las que conocemos actualmente. Ello, fundamentalmente, cuando advertimos que las sociedades modernas se distinguen por la multiplicidad y diversidad de grupos que la componen (minorías étnicas, raciales, sexuales, religiosas); y por la heterogeneidad misma dentro de los mismos grupos...”, para luego sostener en razón de lo mismo que “las decisiones que surgen del sistema institucional ya no pueden reclamar para sí, razonablemente (y como podían hacerlo hace años) universalidad. Actualmente no es razonable considerar las normas emanadas del congreso como un producto fidedigno de la “voluntad del pueblo” (ello, aun aceptando el carácter siempre metafórico de la expresión): existen grupos cuyas voces resultan sistemáticamente ausentes de la discusión pública (es decir, muchos grupos de inmigrantes): grupos que siempre aparecen alineados dentro de minorías muy reducidas (es decir, ciertos grupos de aborígenes): grupos sobre los cuales se ciernen persistentes amenazas que, por alguna razón, el poder judicial se resiste a reconocer (es decir, los más pobres).” Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 15 y 17, respectivamente.*

panorama el esfuerzo de los enamorados del derecho adquiere todavía más relevancia y, por qué no decirlo, un grado adicional de responsabilidad.

Desde luego, sabemos que el derecho es una amante difícil porque, como diría Rolando Tamayo, sus secretos y encantos no se entregan a la primera seducción sino sólo a sus iniciados. La amante difícil que es el derecho aparece ante sus pretendientes (todos nosotros) con un rigor que es semejante al que tienen otras amantes, entre ellas las matemáticas o la música que pueden ser objeto de pasión y admiración entre los hombres. Porque al derecho no se la seduce con flores o chocolates, ni con palabras bonitas, sino que al igual como sucede con la rigurosa proximidad y empatía con los números y las notas musicales, se necesita de una larga y profunda experiencia, como diría el juez O. W. Holmes, de una vida de experiencia para ganarse su confianza. Es que la experiencia da vida al derecho y lo que da verdadera formalidad y propósito a su romance. Y en este romance uno de los rasgos que hacen más atractivos y “sexy” al derecho diríamos que es la materia de los derechos fundamentales. Es cierto que los derechos fundamentales no le han parecido atractivos a todos, y hay grandes enamorados de la ciencia jurídica como Bentham que los han criticado en sus primeras versiones de manera muy severa. Sin embargo, este rasgo estético de belleza del derecho asociado a la defensa de los derechos ha terminado por imponerse.

Y subsiste, al igual que en las discusiones sobre lo que es bello, un problema de la definición de sus características. Eso explica por qué discutimos si hemos de preferir en verdad los derechos subjetivos u objetivos, los derechos garantías, los derechos humanos o si hemos de in-

cluir los derechos de primera, segunda o tercera generación. La discusión sobre los derechos humanos se parece, entonces, al debate sobre la belleza. Y tal como nos preguntamos si la belleza incluye el pelo rubio, los ojos negros o las figuras delgadas, reconocemos en los derechos humanos una especie de ideal internacional de belleza jurídica que se impone y que parece acercarse a la noción de derechos fundamentales. El reconocimiento de esta idea ha costado un gran esfuerzo, porque, el que muchos aceptemos la noción más compleja de derechos fundamentales, se explica por el trabajo de Alexy,<sup>4</sup> Peces-Barba<sup>5</sup> y Cruz Villalón,<sup>6</sup> entre otros. Esa noción exige considerar como asociado al concepto de derecho fundamental, su base constitucional:<sup>7</sup> el ser una garantía institucional en sentido sustantivo y adjetivo y los conceptos de vinculación general, eficacia directa, contenido esencial y tutela judicial. Todavía en Chile estamos en proceso de aceptación, por parte de la filosofía jurídica y la jurisprudencia constitucional, de estas ideas.

<sup>4</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>5</sup> Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales teoría general*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado Madrid, 1999.

<sup>6</sup> Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Nº 25, 1989.

<sup>7</sup> Tesis a la que adhiero, pues pienso que el necesario vínculo que debe existir entre los derechos fundamentales y los derechos constitucionales (o “punto de contacto” como lo he denominado en mis clases de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile), actúa como garantía democrática en el reconocimiento de los mismos. Al respecto Véase, Ruiz-Tagle P., “Constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile”, presentación del libro *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001, pp. 12-15.

Sin embargo, sin desmerecer el mérito de este esfuerzo de introducción y adaptación de la noción de derechos fundamentales en el derecho chileno, en el que participo activamente en mi país, quiero discutir hoy un nuevo desafío que se presenta a los que nos interesan los derechos humanos para el siglo XXI. El tema se refiere al nuevo órgano jurisdiccional surgido al amparo del Tratado de Roma cuya competencia estará dedicada especialmente a perseguir los crímenes contra la humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y la agresión (aunque esta última todavía en suspenso) que es el Tribunal Penal Internacional. Es en este espíritu que he mencionado a Lord Acton, porque lamentaría, como él también lamenta, que entre los partidarios de construir una vida más civilizada basada en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales se produzcan disensiones sobre este tribunal que signifique el desaprovechar las lecciones que en forma desesperada nos enseñan las experiencias de los momentos de desilusión que tuvimos frente a la amante difícil que es el derecho durante el siglo XX.

Es que en Chile después de los 17 años de Pinochet, el esfuerzo se ha centrado en tratar de evitar su repetición identificando los rasgos más valiosos de nuestra propia tradición republicana anterior y sobre todo tratando de vincular el derecho chileno a los adelantos jurídicos que mostraban las naciones más avanzadas de la civilización. En este esfuerzo de dejar atrás el derecho de la dictadura, el caso español siempre ha sido una experiencia de la que los chilenos hemos extraído grandes lecciones, tanto en la teoría general y la filosofía jurídica, como también en la dogmática del derecho público y privado, particularmente en el derecho constitucional. Y hasta ahora el ejemplo

de España no nos ha defraudado. Aunque debo decir que la declaración de inconstitucionalidad de HB y las consecuentes querellas y desacatos del gobierno y parlamento vasco las veo con gran preocupación porque desde Chile, quizá de manera un tanto ingenua, pensábamos que esas posibilidades de declaración de inconstitucionalidad no llegarían a producirse en un país con una democracia avanzada.<sup>8</sup> Pensábamos que el problema

---

<sup>8</sup> En Chile, fruto de la transacción política que se produjo entre el régimen militar y sus opositores a la vuelta de la democracia, el antiguo artículo 8 fue derogado a cambio del artículo 19 número 15 incisos 6, 7 y 8, los cuales prescriben: "La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución, o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente, no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) a 6) del artículo 54, por el término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal. Si a esta fecha las personas referidas estuvieron en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho. Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior. La duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevará al doble en caso de reincidencia". Los números 1) al 6) del artículo 54 se refieren a los cargos de Ministros de Estado, intendentes, gobernadores,

del terrorismo vasco se resolvería por otros medios tales como los que consisten en aplicar sanciones civiles y penales o, en el peor de los casos, agravando las penas. Pensamos que si esto no resultaba, sería suficiente con aplicar los supuestos de suspensión de garantías que autoriza la Constitución o, incluso, de manera restringida las disposiciones particulares contra el terrorismo de la Constitución española que autorizan la suspensión de derechos de manera excepcional. Pensábamos, en definitiva, que era posible darle una solución constitucional al tema, más que desentenderse de él estableciendo que dichas formas de expresión escapen a la institucionalidad constitucional, pensábamos quizás que la existencia de dichas normas, que autorizaban esas declaraciones de inconstitucionalidad, tenían una función histórica simbólica que las hacían inconciliables con un Estado constitucional de Derecho.<sup>9</sup> Es que buena parte de los primeros esfuerzos que hicimos los que queríamos dejar atrás la dictadura fue criticar las exclusiones políticas como formas abusivas del autoritarismo preconstitucional. Ahora debemos, frente a la evolución del caso español de la necesidad de declarar inconstitucional el HB, repensar una buena parte de nuestras ideas a este respecto.

---

alcaldes, miembros de los consejos regionales, concejales, miembros del Consejo del Banco Central, magistrados de los tribunales superiores de justicia, jueces de letras, miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Calificador de Elecciones, tribunales electorales regionales y de Contralor General de la República.

<sup>9</sup> Ver Ruiz-Tagle, P., "Debate público restringido en Chile (1980-1988)", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 1, enero-mayo de 1989, pp. 111-129 (ahora también en Ruiz-Tagle, P., *Derecho, justicia y libertad*, Distribuciones Fontamara, México D.F., 2002).

Pero ciertamente la conducta que más nos inquieta a los chilenos es la evolución que ha tenido EE.UU. luego de los ataques del 11 de septiembre. Para nosotros los chilenos resulta una curiosa paradoja que este ataque criminal y terrorista haya servido para borrar definitivamente de la historia del mundo el 11 de septiembre de los chilenos en el cual se consumó, en gran parte por presión norteamericana, el golpe militar terrorista de 1973 con el que se derrocó al presidente Salvador Allende. Pero digámoslo con claridad: la parte más inquietante de esta nueva actitud errática de EE.UU. es su negativa y la presión que está ejerciendo para excluir de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a sus nacionales cuando prestan funciones militares o políticas fuera de su territorio. Y esta presión norteamericana se ejerce en el contexto de un número indeterminado de prisioneros, cerca de 300 (entre ellos al menos dos nacionales del Reino Unido e incluso menores de edad) mantenidos en Guantánamo que han de ser juzgados por tribunales militares y que, por mientras, son detenidos de manera inhumana.<sup>10</sup> Esto desde luego contrasta con el caso del terrorista McVeigh que voló un edificio en Oklahoma y se le condena ( a muerte) en un juicio con todas las garantías.

En este escenario el caso de Chile se complica no sólo por la precariedad de sus instituciones democráticas, que como he argumentado en otro trabajo<sup>11</sup> toman-

---

<sup>10</sup> Lo cual adquiere aún más relevancia si pensamos además en la abierta violación al Derecho Internacional motivada por EE.UU. en el marco del proceso de invasión a Irak que, junto con Inglaterra, llevaron adelante este año.

<sup>11</sup> Ver Ruiz-Tagle, P., "Constitucionalismo y terrorismo". Ponencia presentada al SELA, Punta del Este, Uruguay, 2002, publicada en formato electrónico en [www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/eprog02.htm](http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/eprog02.htm) - 7k.



do prestadas las ideas de Ernesto Garzón, se encuentran todavía capturadas, al menos en parte, por una lógica de terrorismo de Estado. También se complica la situación chilena por una reciente decisión de nuestro Tribunal Constitucional que ha declarado al Estatuto de Roma referido al Tribunal Penal Internacional, contrario a nuestra carta fundamental.<sup>12</sup> La sentencia dictada por voto de mayoría el dos de abril del año 2002 representa un caso de regresión constitucional que debe motivar alarma. La conclusión que se deriva de la sentencia es que será necesaria una reforma constitucional para que Chile suscriba el Estatuto de Roma. Y eso quizá no es tan grave porque en Chile, al igual que en muchos otros países latinoamericanos, como hemos conversado con Ulises Schmill y Ricardo Guibourg, la constitución se reforma para adaptarla a una ley y a veces hasta para hacerla compatible con un decreto. Lo grave de la sentencia es la clase de argumentación que se ha usado en el voto de mayoría que refleja que no hemos sido capaces de superar una concepción añeja de nuestro derecho constitucional. Por ejemplo, la sentencia argumenta que la constitución chilena ha optado por la tesis de la soberanía nacional y que al no estar el nuevo órgano del Tribunal Penal Internacional comprendido entre los que son reconocidos como expresión de la nación chilena, no puede entonces incorporarse nuestro país al Estatuto de Roma. Según el voto de mayoría, la jurisdicción chilena es un atributo consustancial a la soberanía nacional y, por ende, una forma de jurisdicción internacional como la que propone el Estatuto nos es extraña y debe ser declarada inconstitucional. También procede, según

<sup>12</sup> Fallo del Tribunal Constitucional Chileno N° 346 del 8 de abril de 2002.

el voto de mayoría, declarar la inconstitucionalidad por ser el Tribunal Penal Internacional una forma correctiva o sustitutiva de la jurisdicción chilena a la que no es posible acceder de acuerdo a nuestra constitución actual. El voto de minoría explica con toda claridad el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte Penal, pero una lectura mañosa del estatuto persuadió al tribunal chileno de lo contrario. La salida que deja el voto de mayoría es proponer una reforma constitucional, pero eso supone también modificar toda la concepción que sustenta la errónea opinión que comentamos, que, como hemos explicado, supone aceptar como válida la noción de soberanía nacional, en circunstancias que hay argumentos de texto para suponer que Chile adhiere a una concepción de soberanía nacional limitada por los derechos establecidos de común acuerdo en el ámbito internacional.<sup>13</sup> Al respecto el artículo 5 inciso 2 de nuestra constitución dispone que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de 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*

<sup>13</sup> Ver Molina, H., *Derecho constitucional*, Universidad de Concepción, 1993, quien nota este problema e intenta solucionarlo otorgándole otra interpretación al artículo 5 inciso primero que dice: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”. De estas disposiciones Molina desprende que la Constitución chilena plantea una elección entre soberanía nacional y popular que en su caso (y en el nuestro) se resuelve a favor de la soberanía popular.

*internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, y el juez Libedinsky, en el voto de minoría del fallo en comento, a mi juicio legítimamente se cuestiona: “¿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 dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?”

Por eso, esta dudosa opinión de mayoría en su esfuerzo de legitimarse ha citado la decisión del Conseil Constitutionnel francés y otras sentencias de tribunales europeos tales como la de Portugal, Luxemburgo e Irlanda. Y eso que en ninguno de los casos citados se ha argumentado como en el caso chileno con tanta frondosidad la tesis de la soberanía nacional, que supone una megarreforma constitucional que implicaría, para los efectos de incorporarse al Estatuto de Roma, modificar una serie de disposiciones constitucionales. Entre ellas las referidas a los tratados sobre derechos fundamentales como límites de la soberanía (art. 5), modificar el sistema de separación de poderes (art. 6 y 7), las atribuciones del presidente respecto de los tratados (art. 32 No. 17), el ámbito de competencia que la constitución otorga a la ley (art. 60), la tramitación de los tratados en el poder legislativo y los fueros e inmunidades parlamentarias y de otras autoridades (art. 58), los artículos que definen los órganos jurisdiccionales y las funciones judiciales (art. 73 a 80), las facultades constitucionales del ministerio público (art. 80 A y H), las atribuciones del propio tribunal constitucional (art. 81 inciso cuarto), y el recurso de inaplicabilidad por inconstitu-

cionalidad, una especie de “judicial review” para el caso concreto que existe en Chile (art. 80).

Se trata, por eso, de una sentencia regresiva que requiere, como diría Ackerman, de una especie de momento constitucional<sup>14</sup> para ser revocada o enmendada por la vía de la reforma constitucional. Entonces no es sorpresa que ante la perplejidad que ha producido esta decisión, las opiniones se dividan y que surjan incluso algunas tesis disparatadas.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Ver Ackerman, B. *We the people. foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass., 1991, p. 58 y ss.

<sup>15</sup> Ver tesis a mi juicio equivocada de Correa, R. y Bascuñán, A., “El estatuto de Roma ante el tribunal constitucional chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, Año 2002, pp. 130-131 según la cual : “(El Estatuto de Roma) ...es un tratado internacional punitivo, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Desde el punto de vista del sentido de sus disposiciones, es un cuerpo de normas análogo a lo que sería una mixtura del Código Penal, el Código Orgánico de Tribunales y el Código Procesal Penal. Estos no son cuerpos normativos que consagran derechos fundamentales, como lo es la Constitución. El Estatuto de Roma tampoco es un tratado internacional sobre derechos humanos, como sí lo son, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el pacto de San José de Costa Rica.... Esta es la razón profunda que impide, por un imperativo elemental de justicia política y de congruencia dogmática, considerar al Estatuto de Roma como una convención sobre derechos humanos.” Desde luego no se entiende enteramente lo que Correa y Bascuñán significan cuando califican a un tratado de ‘punitivo’. Incluso si aceptamos la tesis que las normas del Estatuto son penalsustantivas y procesales, debemos reconocer que están dadas, precisamente, en garantía de los derechos fundamentales y para hacer frente a sus violaciones más graves. Y, es obvio, por lo demás, que responden a la necesidad de dar efectividad a los mismos derechos fundamentales. Afirmar por lo demás que el Código Penal, el



Se ha propuesto de manera optimista cobrar la palabra del tribunal constitucional chileno y seguir la solución del Conseil francés como salida. Así una simple disposición que enmienda la Constitución en el sentido de autorizar específicamente al Presidente a ratificar y promulgar el Estatuto de Roma bastaría para no arriesgar una nueva declaración de inconstitucionalidad. Una especie de salida a lo Ulises Schmill, donde se otorga una facultad a un órgano con la forma de un mandato que resuelve la inconstitucionalidad. Esa solución debe reconocer que, en principio, me cautiva por su bella simplicidad. Pero la duda subsiste acerca de las consecuencias que suponen dejar como subsistente y no rebatir la concepción atávica de soberanía nacional y sus consecuencias para futuras adopciones de tratados que se refleja en la opinión comentada. A este respecto además debemos explicar que, por su corta vida, nuestro Tribunal Constitucional no ha desarrollado una teoría sobre el valor de sus precedentes. Y aunque existen casos en que ha cambiado de opinión, generalmente esos cambios no han sido explicados de manera racional.

En condiciones normales nosotros los juristas chilenos hubiésemos esperado que la fuerza del esfuerzo civilizador de los países más avanzados hubiese actuado en este caso, como en tantos otros referidos a derechos humanos, como un positivo catalizador del cambio. Sin embargo, vemos en cambio manifestarse

como una de las principales fuentes de división en Occidente en nuestras días, el tema de la jurisdicción universal que se expresa en la negativa o la aceptación de incorporarse al sistema del Tribunal Penal Internacional. En este punto EE.UU. se opone a lo que parece ser la posición europea y, como sabemos, de la confusión nace el conflicto.<sup>16</sup> Y este conflicto

---

<sup>16</sup> Kelsen ilustra magistralmente el punto cuando hacia el año 1943 postula: “*Es sabido que en caso de disputas entre estados no existe una autoridad general y obligatoriamente aceptada como competente para resolver conflictos internacionales, es decir, para contestar imparcialmente a la pregunta: ¿cuál de las partes en el conflicto tiene razón y cuál no la tiene? Si los estados no se ponen de acuerdo o no someten voluntariamente su controversia al arbitraje, cada estado está autorizado a decidir por sí mismo la cuestión de si el otro ha violado su derecho o está a punto de violarlo; y el estado que se considera a sí mismo perjudicado está autorizado a exigir por fuerza el cumplimiento del Derecho, es decir, lo que él considera ser el Derecho, recurriendo a la guerra o las represalias contra el supuesto transgresor. Desde que el otro estado tiene la misma competencia para decidir por sí mismo la cuestión de Derecho, el problema jurídico fundamental permanece sin solución autorizada... En consecuencia, el próximo paso en el que nuestros esfuerzos deben ser concentrados es concertar un tratado internacional a concluirse por tantos estados como sea posible, estableciendo una corte internacional dotada de jurisdicción compulsiva. Esto significa que todos los estados de la liga constituida por este tratado están obligados a renunciar a la guerra y a las represalias como forma de solución de los conflictos, a someter todas sus disputas sin excepción a la decisión de la corte y a cumplir dichas decisiones de buena fe... Cuando la posibilidad de guerra sea realmente eliminada de las relaciones internacionales, cuando ningún gobierno tenga que temer perjuicios ni pueda esperar ventajas de cualquier clase como resultado de la guerra, el más grande obstáculo en el progreso hacia una razonable reforma de la situación económica habrá desaparecido [ya que las grandes sumas de dinero que*

---

Código Orgánico y el Código Procesal Penal no consagran derechos fundamentales es también equivocado porque desconoce el carácter de garantía o de derechos de organización y procedimiento que es propio de los derechos fundamentales. Por otra parte, la existencia de los derechos está en parte condicionada a la existencia de la garantía, y por tanto deberían considerar a ésta esencial e inseparable de los primeros.

perjudica más a los más jóvenes integrantes de la comunidad internacional, entre los cuales, por cierto, se encuentran las frágiles democracias latinoamericanas y, entre ellas, Chile.

Lo que tenemos a nuestro favor, sin embargo, es que a diferencia de los revolucionarios del siglo XVIII y XIX, sabemos de lo difíciles que resultaron nuestras discrepancias sobre los derechos fundamentales en el siglo XX. ¿Seremos acaso capaces de ponernos de acuerdo mejor que nuestros precursores, sobre los órganos de justicia universal que requerimos para su protección? ¿Sabremos acaso concretar en determinados órganos de gobierno mundial el sueño de codificación mundial de Bentham? Sueño que hizo que Bentham escribiese a principios del siglo XIX una carta a Bernardo O'Higgins, el general que libró junto con

San Martín nuestra guerra de independencia, para proponerle que contratara sus servicios, asegurando a O'Higgins que así sería ante la historia, más grande que Washington que, según Bentham explica en su correspondencia a pesar de su grandeza no tuvo el talento de la Legislación.<sup>17</sup> Sabremos también como José Joaquín de Mora, que, luego de ser diputado en Cádiz en 1812, entiendo que sin mayor figuración en España, viajó a Chile a redactar nuestra mejor constitución en 1828 y a enseñar el primer curso de derecho constitucional. Sabremos cómo el venezolano Andrés Bello estudió gramática en el círculo de la familia de James Mill y John Stuart Mill, para luego viajar a Chile a redactar nuestro Código Civil. Es decir, espero que sepamos asumir un espíritu cosmopolita que nos permita estar a la altura de nuestras circunstancias.

---

se invierten en armamento podrán ser destinadas al gasto social de los países] *de aquí que la eliminación de la guerra sea nuestro supremo problema... Esto significa que la solución del problema de una paz durable sólo puede ser intentada dentro del cuadro del derecho internacional, es decir, por una organización que en su grado de centralización, no exceda lo compatible con la técnica del derecho internacional. La constitución de un estado del mundo con un gobierno y un parlamento mundiales excluyen el derecho internacional de las relaciones entre los estados miembros y lo reemplaza por el derecho nacional del estado mundial*". Kelsen H. , "La

---

paz por el derecho. Una liga permanente para el mantenimiento de la paz", aparecido en el *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, University of North Carolina Press, 1943, pp. 272-274.

<sup>17</sup> Ver, en Guzmán Brito, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1982, p.14-20. Bentham dice textualmente en su carta a Bernardo O'Higgins en p.19: "Si más de lo que fue Washington. Porque a sus glorias, grandes como fueron no pudo agregar aquel título superior de legislador."