

MATERIALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Materiales preparados para el curso de derecho internacional público por
la profesora Ximena Fuentes Torrijo

Estos materiales deben ser completados con las siguientes lecturas:

Nogueira, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En: *Ius et Praxis* 2 (2): pp. 9-43, 1997.

Fuentes, Ximena. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. Ponencia presentada en el Seminario SELA 2007 (Seminario en Latinoamérica sobre derecho constitucional y político), que se realizó durante el mes de junio en San Juan Puerto Rico.

Fuentes, Ximena. La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno. En: *VV.AA, Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters (2014), pp. 583-618.

Fuentes, Ximena. El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (2018), pp. 119-156.

INDICE

NORMAS CONSTITUCIONALES.- 3

I. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980) y sus posteriores reformas, incluida la del 2005.....	3
II. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980) antes de la reforma del 2005	6
III. DECRETO LEY N° 247 SOBRE CONCLUSION DE TRATADOS INTERNACIONALES EN CHILE. Diario Oficial No. 28.753, de 17 de enero de 1974.....	7
IV. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1925.....	7

NORMAS DE TRATADOS 8

I. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969).....	8
---	---

JURISPRUDENCIA 11

I. Tribunal Constitucional. Rol 46. Requerimiento en contra del señor Clodomiro Almeyda Medina. 1987.....	11
II. Tribunal Constitucional. Rol 309. Sobre el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. 2000.	13
III. Tribunal Constitucional. Rol 282 (Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22), 1999.....	18

Decisión del Tribunal Constitucional.-24

IV. Tribunal Constitucional. Sobre la Constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. 2000.....	34
V. Tribunal Constitucional. Rol No. 346. Estatuto de la Corte Penal Internacional. 37	
VI. Tribunal Constitucional. Rol 1288. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 51	
VII. Corte Suprema. Apelación Recurso de Protección. Ditec Limitada contra Administración Aduana Osorno. Rol 375-2003.....	75
VIII. Corte Suprema. Caso Chena. Sentencia.	80

NORMAS CONSTITUCIONALES.-

I. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980) Y SUS POSTERIORES REFORMAS, INCLUIDA LA DEL 2005.

Artículo 5 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.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto 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.

Artículo 32 Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

15º Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere.

Artículo 54 Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.

El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a

menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64,

Artículo 93 Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

16° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980) ANTES DE LA REFORMA DEL 2005

Art. 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

17° Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N.º 1º. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere.

Art. 50. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de la ley.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que durante la vigencia de aquél dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento. siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61, y

2) . . .

Art. 5 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.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto 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.

Art.82 Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

2º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

DECRETO LEY N° 247 SOBRE CONCLUSION DE TRATADOS INTERNACIONALES EN CHILE. DIARIO OFICIAL NO. 28.753, DE 17 DE ENERO DE 1974.

Art.1° Los tratados serán suscritos por el Ministro de Relaciones Exteriores o el Plenipotenciario debidamente autorizado. En virtud de sus propias funciones el Ministro de Relaciones Exteriores no requiere de plenos poderes.

Art.2° Aquellos tratados que se limiten a cumplir a ejecutar lo dispuesto en un tratado anterior entrarán en vigor mediante su sola firma o mediante el cambio de notas reversales.

Art.3° Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, una vez suscrito un tratado, éste será sometido a la aprobación de la Junta de Gobierno, la que lo hará mediante la dictación de un decreto ley. Tal decreto ley deberá llevar, además de la firma de los miembros de la Junta, la del Ministro de Relaciones Exteriores, y en caso de incidir la materia del tratado en asuntos de la competencia de otra u otras Secretarías de Estado, de los correspondientes Ministros de Estado.

Art.4° Una vez aprobado un tratado por la Junta de Gobierno, el respectivo instrumento de ratificación o de adhesión será firmado por el Presidente de la Junta de Gobierno y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.

Art.5° Una vez que se haya efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1925.

Art. 72 Son atribuciones especiales del Presidente:

N° 16. Mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus agentes, admitir sus Cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere.

Art. 43. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

N° 5 Aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Todos estos acuerdos tendrán en el Congreso los mismos trámites de una ley.

Normas de Tratados

CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969).

Vigente en Chile desde el 09 de abril de 1981.

Artículo 26

Pacta Sunt Servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27

El derecho interno y la observancia de los tratados

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 31

Regla general de la interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumentos referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Artículo 33

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerado como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Artículo 46

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Jurisprudencia

CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 46. REQUERIMIENTO EN CONTRA DEL SEÑOR CLODOMIRO ALMEYDA MEDINA. 1987.

Resumen del requerimiento.- El Ministro del Interior presentó un requerimiento en contra de Clodomiro Almeyda por “haber incurrido en actos que propagan doctrinas que propugnan la violencia como también en actos que propagan doctrinas que propugnan una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario, e igualmente en actos destinados a propagar doctrinas fundadas en la lucha de clases”.

Al conocer de este requerimiento el Tribunal Constitucional examinó la compatibilidad entre el artículo 8 de la Constitución (hoy derogado) y la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto se dijo lo siguiente:

3.- El artículo 8° de la Constitución y la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

25) Que se sostiene luego en la contestación al requerimiento que el artículo 8° de la Constitución es intrínsecamente ilegítimo, porque infringe los artículos 18 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los artículos 18 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, instrumentos ratificados por Chile los cuales, según el requerido, están incorporados en el ordenamiento jurídico nacional.

26) Que la argumentación del señor Almeyda en este orden de ideas plantea diversas cuestiones jurídicas, tales como la incorporación de aquellos instrumentos internacionales en el orden positivo interno; la naturaleza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el punto de si el artículo 8° de la Constitución efectivamente infringiría los señalados instrumentos internacionales y, en fin, determinar la norma que debe prevalecer en el derecho interno ante una eventual contradicción entre una regla de Derecho Internacional convencional y un precepto de la Constitución Política de la República.

27) Que, sin embargo, resulta inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la ilegitimidad del artículo 8° de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, "sobre la base del derecho nacional correspondiente" (Principios de Derecho Internacional Público,

pág. 359), esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los artículos 6°, 32, N° 17, 50, N° 1 y 82 N° 2, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

28) Que la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario.

CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 309. SOBRE EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS. 2000.

Resumen.-

El 07 de julio de 2000, 31 diputados presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que éste declarara la inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Los requirentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de todo el Convenio por no haber sido aprobado en la Cámara de Diputados con rango de ley orgánica constitucional y por contravenir las bases de la institucionalidad.

En esta parte se expondrá la parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional en que se refiere a los trámites que deben seguir los tratados en el Congreso Nacional.

CONSIDERANDO:

11° Que el artículo 50, en su N° 1), de la Carta Fundamental expresa: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. De la norma antes transcrita y de los principios generales de Derecho que rigen la materia se infieren, con nitidez, dos reglas básicas que deben observarse en la aprobación de un tratado internacional por el Congreso: 1) que el tratado debe aprobarse o desecharse como un todo sin que sea admisible que el Parlamento le introduzca modificaciones y 2) que si bien el tratado no es propiamente una ley, su aprobación se someterá los trámites de ésta;

12° Que la circunstancia que un tratado deba aprobarse conforme a los trámites de una ley significa, sin necesidad de mayor demostración, que en dicha aprobación deberán observarse todas las normas que la Constitución establece para la tramitación de una ley, en cuanto resulten compatibles, de acuerdo a la preceptiva constitucional.

En la adecuada resolución de este asunto también es conveniente precisar que el “acuerdo” aprobatorio de una convención internacional y el tratado mismo que se aprueba no constituyen actos jurídicos independientes y autónomos al extremo de sostenerse por algunos que no importa la naturaleza de las normas que contenga el tratado, pues, lo que se vota en el Congreso es el “acuerdo” y no el tratado. Tal posición no resiste el más mínimo análisis, ya que “acuerdo” y tratado constituyen un todo indivisible al punto que sin tratado simplemente no hay “acuerdo” que votar.

13° Que someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo con una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, en cuanto sean compatibles como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formación de la ley, sino también, necesariamente los quórum requeridos

para aprobar una ley, pues de lo contrario no podría aprobarse o rechazarse en cada una de estas etapas. En otras palabras, el quórum de aprobación de una ley, jurídicamente considerado, es consustancial a los trámites de formación de una ley, pues si se desconocen tales quórum, la ley simplemente no puede aprobarse ni desecharse, o sea, no puede tramitarse;

14° Que la posición de algunos autores que sostienen que el artículo 63 no se aplica a los tratados, porque el término “trámite” tendría un alcance restrictivo en el que sólo deben comprenderse los aspectos adjetivos de la tramitación de la ley, pero no los sustantivos como sería el quórum, resulta inaceptable, pues ella lleva, necesariamente, a crear un vacío en la Constitución que no es dable atribuir al Constituyente. En efecto, la aceptación de esta tesis conlleva al absurdo que la Constitución habría establecido la forma como se aprueban los tratados, más no el quórum necesario para ello, ya que ni el artículo 50 N° 1), ni en ninguna otra norma de la Constitución existe precepto alguno que regule esta materia. Los quórum para aprobar las distintas clases de leyes están contenidos en el artículo 63 de la Carta Fundamental, dentro del párrafo denominado de la “Formación de la ley” y sólo a dicha norma podemos recurrir para determinar aquel que es necesario y adecuado para sancionar el acuerdo del Congreso que aprueba un tratado.

En consecuencia, si el señalado artículo 63 es el precepto que regula el quórum para aprobar o rechazar el acuerdo del Congreso relativo a los tratados, lógico resulta aplicarlo en su integridad distinguiendo, en lo atinente, las diversas clases de normas a que se refiere el precepto y no sostener, sin fundamentación plausible, que debe ser el quórum simple propio de las leyes comunes;

15° Que es cierto que este Tribunal en más de una oportunidad ha sostenido que en algunos casos en que la Constitución emplea el término “ley” sin calificativo, debe entenderse que se refiere a la ley común u ordinaria que constituye la regla general dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, también es efectivo que entre aquellos casos y el presente existe una diferencia sustancial. En efecto, en las sentencias aludidas se trataba de situaciones básicamente relacionadas sobre si una materia debía ser objeto de ley orgánica o de ley común en que no era posible recurrir a ningún otro elemento de interpretación que no fuera el enunciado. En este caso, en cambio, la situación es distinta, porque las razones que conducen a sostener que el término “ley” empleado en el artículo 50, N°1), no es sinónimo de ley común sino de ley en general no sólo fluyen de su propio contexto y del antecedente histórico que deriva de la Constitución de 1925 donde no se contemplaban las leyes orgánicas constitucionales sino, además, se fundamenta en sólidos criterios interpretativos consustanciales a una verdadera interpretación constitucional.

16° Que el artículo 63, inciso segundo, de la Carta Fundamental, establece: “Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

La claridad de esta norma no requiere de mayores comentarios, pero si de la precisión que después de la modificación, introducida a su texto por la ley de reforma

constitucional N° 18.825 se reconoció, a nivel constitucional, lo que antes se había resuelto por la vía jurisprudencial, en el sentido que un mismo texto de ley puede contener normas propias de ley orgánica constitucional y de ley común y que el quórum exigido para las primeras sólo se aplica a ellas. Así se desprende, con claridad, de la sustitución de las palabras “las leyes” por “las normas legales” que efectuó el artículo único N° 35 de la referida reforma constitucional;

17° Que en una interpretación armónica y sistemática de los artículos 50, N° 1) y 63, inciso segundo, del Código Fundamental llevan, indubitadamente, a la conclusión que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes, pues de aceptarse que basta el quórum exigido para las leyes comunes en la tramitación del acuerdo aprobatorio de dicho tratado se estaría infringiendo el artículo 63, inciso segundo, de ella;

18° Que la misma tesis la sostiene, por lo demás, por otras razones, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordado en sesión celebrada el 13 de octubre de 1993. El informe de dicha Comisión fue aprobado por la unanimidad de los senadores presentes en la sala de esa Corporación de 10 de noviembre del mismo año 1993.

Por otra parte, la propia Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interplanetarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados con fecha 3 de enero de 1994, resolvió un asunto similar en igual forma, ya que concluyó que si un tratado internacional contiene normas propias de ley de quórum calificado, el acuerdo aprobatorio de dicha cámara deber ser adoptado con el quórum inherente a dicha ley. En esa oportunidad la Comisión aludió al antes señalado acuerdo de la Comisión del Senado, expresando que él constituye “. . . un precedente que bien podría orientar la decisión que la H. Cámara tome en este caso.”

19° Que con todo lo antes expuesto ha quedado suficientemente demostrado que el acuerdo que les corresponde adoptar al Senado y a la Cámara de Diputados, para aprobar o rechazar el tratado internacional a que dicho acuerdo se refiera que contenga sólo normas propias de leyes orgánicas constitucionales, debe ser calificado como propio de ley orgánica constitucional y decidido por las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio;

20° Que, sin embargo, lo considerado en el acápite precedente no es suficiente para resolver en su totalidad el problema en estudio, pues en el caso sub-lite se está en presencia de un tratado internacional que contiene normas propias de ley común conjuntamente con disposiciones que pertenecen al ámbito de las leyes orgánicas constitucionales;

21° Que en la solución de esta segunda interrogante, tampoco existe unanimidad de pareceres. Según algunos y sobre la base de distinguir entre “acuerdo aprobatorio del Congreso” y tratado se inclinan por pensar que basta quórum simple. Los requirentes, en cambio, sostienen el criterio diametralmente opuesto y afirman que el tratado debe

votarse como un todo “... sin posibilidad de introducirles modificación alguna, lo que implica, en la práctica, que existiendo una o más disposiciones de rango orgánica constitucional o de quórum calificado, el tratado requiere como quórum, aquél que establezca una exigencia mayor”;

22° Que ninguna de estas dos posiciones resulta conciliable con la preceptiva constitucional.

La primera, por las razones expuestas precedentemente que resultan plenamente aplicables a esta nueva interrogante en análisis.

La posición de los requirentes, tampoco, por resultar contradictoria con todo el razonamiento desarrollado en los considerandos 9° a 20°, pues si se argumenta que el acuerdo aprobatorio en el Congreso de un tratado que contiene disposiciones propias de ley orgánica constitucional debe votarse con el quórum propio de ellas, pues de lo contrario se infringe el artículo 63, inciso segundo, de la Constitución, del mismo modo, si se requiere mantener una lógica consecuencia jurídica, debe sostenerse que si el tratado contiene preceptos propios de ley simple, el correspondiente proyecto de acuerdo debe ser sancionado por el Congreso Nacional con el quórum requerido para la aprobación de éstas, ya que de lo contrario se vulneraría el mismo artículo 63, en su inciso final;

23° Que, por lo demás, la tesis de los recurrentes, como bien lo señala el Presidente de la República en su si respuesta, va contra toda la jurisprudencia de este Tribunal el que constantemente, dentro de lo permitido por la Constitución, se ha esforzado por delimitar en forma muy estricta el contenido de las leyes orgánicas constitucionales. La posición del Tribunal en esta materia la refleja en buena medida el considerando 8° de la sentencia de 29 de febrero de 1988, en donde se expresa: Que a las normas de interpretación empleadas en los considerandos anteriores para resolver el problema en estudio, frecuentemente en otras leyes dada la complejidad del tema, hay que recurrir con prudencia, porque, en manera alguna, deben llevarnos a extender el ámbito de aplicación de las leyes orgánicas constitucionales más allá de lo necesario y permitido por la constitución, ya que el hacerlo privaría a nuestro sistema legal de una equilibrada y conveniente flexibilidad, dado el alto quórum que exige esta clase de leyes para su aprobación, modificación, o derogación;

24° Que así las cosas nos encontramos ante una situación en que, aparentemente, existiría una contradicción entre dos normas de la Constitución. En efecto, por una parte, el artículo 50, N° 1), de la Carta Fundamental, estatuye que al Congreso sólo le corresponde aprobar o rechazar el tratado como un todo y, en cambio, el artículo 63, por la otra, obliga a que las disposiciones del tratado se voten con distintos quórum, según sea la naturaleza de sus normas —orgánicas constitucionales, de quórum calificado o comunes u ordinarias— precepto que por ende, está permitiendo que las normas del tratado se voten con el quórum correspondiente a su naturaleza;

25° Que, sin embargo, tal contradicción es más aparente que real, ya que interpretando ambas normas en forma armónica y teniendo en vista la finalidad perseguida por ambos preceptos, es perfectamente conciliable el propósito pretendido por el artículo 50, N°1) con la obligación que deriva del artículo 63. De esta manera, interpretando ambas normas

constitucionales de forma razonable, fuerza es concluir que las disposiciones del tratado —en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza— se aprobarán o rechazarán aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo.

Esta es la voluntad de la Constitución y todo esfuerzo que se haga con el objeto de hacer realidad esta voluntad suprema debe ser considerado como su fiel expresión;

...

30° Que, en efecto, su bien es cierto que en la adopción del acuerdo en estudio se incurrió en una equivocada interpretación al exigir para su aprobación solamente quórum simple, también es efectivo que, en definitiva, el acuerdo contó con la mayoría de las cuatro séptimas partes de los diputados en ejercicio. En consecuencia, la voluntad de la Corporación se manifestó, finalmente, en armonía y concordancia con la exigencia establecida por el artículo 63, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en cuanto a las normas propias de leyes orgánicas constitucionales, y, por ende, no resulta ni razonable ni prudente que tal error autorice para declarar la inconstitucionalidad de forma del acuerdo aprobatorio del convenio cuestionado, pues desde un punto de vista material se cumplió con el fin perseguido por la señalada norma constitucional;

...

32° Que, en suma, por las razones expuestas, este Tribunal rechazará la petición de los requirentes de declarar la inconstitucionalidad de forma del acuerdo aprobatorio del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes;

CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 282 (DÉCIMO PROTOCOLO ADICIONAL Y SU ANEXO AL ACUERDO DE COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA CON BOLIVIA N° 22), 1999.

Resumen de la justificación del requerimiento.-

El 04 de diciembre de 1998, 34 diputados dedujeron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que éste declara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1412 de 21 de agosto de 1998, por el cual se promulgó el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22. Los argumentos de los requirentes eran los siguientes:

- 1) Que el Decreto Supremo No.1412 se promulgó omitiéndose la formalidad habilitante de la autorización del Congreso Nacional, como lo exige el artículo 50 N°1 de la Constitución Política de la República.
- 2) Que el Decreto Supremo No. 1412 al ordenar cumplir como ley los acuerdos internacionales que promulga, desconoce el régimen jurídico interno sobre aranceles regulado por la Ley 18.525 relativa a “Normas sobre Importación de Mercaderías al País”, modificando materias que son de dominio legal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 20.

Respuesta del Contralor de la República:

En primer lugar manifiesta que el Organismo Contralor tomó razón del Decreto Supremo N° 1.412, que promulgó el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22, por estimarlo ajustado a derecho.

En cuanto a la supuesta vulneración al artículo 50, N° 1), de la Constitución Política, y a la consiguiente transgresión a los artículos 6° y 7°, de la Constitución, expresa que en la especie no se requirió aprobación del Congreso Nacional por darse la excepción contemplada en el inciso segundo, del N° 1) del artículo 50 de la Carta Fundamental, que autoriza que "Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley".

El Décimo Protocolo Adicional y su Anexo, que promulgó el decreto impugnado, no requirió aprobación parlamentaria, por cuanto es sólo un acuerdo de ejecución del Acuerdo de Complementación Económica N° 22, suscrito con Bolivia, por el que se amplía el programa de liberación establecido anteriormente en este Acuerdo N° 22, el cual a su vez fue suscrito dentro del marco del Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI).

Abundando en esta argumentación señala el Contralor que el Acuerdo de Complementación Económica N° 22 , promulgado por decreto N° 402, de 1993, tampoco fue sometido al trámite de aprobación parlamentaria y que al efectuarse el examen preventivo de legalidad de ese decreto al tomarse razón de él, la Contraloría General

entendió que dicho acuerdo internacional se hallaba en la situación de excepción contemplada en el inciso segundo del N° 1) del artículo 50 de la Constitución.

Respecto del sentido de las expresiones "a menos que se trate de materias propias de ley", que emplea el inciso segundo del artículo 50, N° 1), citado, manifiesta que los convenios internacionales de ejecución tienen por función desarrollar el tratado marco respectivo, por lo que hay que entender que esas expresiones tienen el sentido de que dichos acuerdos sólo requieren de aprobación parlamentaria, en el evento de que traten materias de ley, diversas de aquellas previstas en el marco del tratado para cuyo cumplimiento se celebran.

Por otra parte, destaca que el planteamiento de impugnación por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1.412, fundado en que el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo que promulga, no se sometió a la aprobación parlamentaria, importa sin duda un cuestionamiento al decreto promulgatorio del Acuerdo Complementario N° 22, el que nunca fue impugnado, por lo que tal impugnación resulta jurídicamente inadmisibles, puesto que conduciría, adicionalmente, al Tribunal Constitucional a emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un decreto fuera de los casos previstos en la Carta Fundamental.

Resalta que en anteriores convenios complementarios suscritos por el Estado de Chile en el marco del Tratado de Montevideo de 1980, cita a modo de ejemplo, los celebrados con Uruguay, Argentina, México, Venezuela, Colombia y Ecuador, los decretos promulgatorios respectivos de esos acuerdos se dictaron sin haberse requerido la aprobación parlamentaria de que se trata.

En relación con la alegación de los reclamantes, de que el Décimo Protocolo Adicional vulnera el principio de legalidad de los tributos, ya que modificaría disposiciones legales que sobre la materia se contiene en la Ley N° 18.525, afirma el Contralor que ello no es efectivo, por cuanto lo que se modifica es el programa de desgravación arancelaria ya contemplado en el Acuerdo de Complementación Económica N° 22.

Añade que la Ley N° 18.525, en sus artículos 1° y 2°, reconoce la existencia de regímenes especiales arancelarios que se contemplen en acuerdos internacionales, incluyendo expresamente aquellos que den aplicación al Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI).

En relación a las garantías constitucionales que los recurrentes sostienen conculcadas por el Decreto Supremo N° 1.412, manifiesta el Organismo Contralor:

a) Respecto del principio de legalidad de los tributos consagrado en el artículo 19, N° 20°, de la Constitución Política, esta no se contraviene porque los Acuerdos de Complementación Económica, y los Protocolos Adicionales respectivos, de desgravación arancelaria, los ha celebrado y actuado el Presidente de la República en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y se enmarcan dentro del orden jurídico creado por el Tratado de Montevideo de 1980, y en la misma Ley N°18.525.

b) En relación al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica respetando las normas legales que la regulen, que garantiza el artículo 19, N° 21°, de la Constitución,

que se habría vulnerado, según los recurrentes, por el Decreto N° 1.412 que alteraría el marco regulatorio de carácter legal fijado por la Ley N° 18.525, lo que no ha ocurrido, por cuanto los acuerdos en referencia tienen el carácter de regímenes especiales y de conformidad con esa misma ley forman parte del marco regulatorio legal del ejercicio del derecho. Añade que el planteamiento de los requirentes es inadmisibles puesto que el decreto impugnado no es sino el acto promulgatorio de un Acuerdo Internacional, instrumento éste último, que tiene una naturaleza y fundamentos distintos, que no pueden equipararse a los del acto promulgatorio.

c) En cuanto a la garantía señalada en el artículo 19, N° 2°, de igualdad ante la ley, y a la no discriminación arbitraria en materia económica que consagra el N° 22° de ese precepto, ellas no se han conculcado por cuanto el establecimiento de desgravación arancelaria diferenciada, se acuerda en función de las distintas realidades que enfrentan los países de la región, en este caso Bolivia, con el objetivo de procurar la integración latinoamericana que postula el Tratado de Montevideo.

Por último, concluye el señor Contralor que el Decreto Supremo N° 1.412, de 1998, se ajusta íntegramente a la Constitución Política, y por consiguiente el Presidente de la República con su dictación no ha transgredido los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, ni las garantías constitucionales anteriormente examinadas.

Respuesta del Presidente de la República.-

Hace referencia para los fines de sus observaciones, en lo que interesa, que de acuerdo al procedimiento de conclusión, los tratados pueden distinguirse en tratados solemnes, que son aquellos que para su perfeccionamiento requieren ser autorizados por el Parlamento, y los tratados de forma simplificada, que se perfeccionan por un acto distinto a la ratificación y se caracterizan porque no requieren autorización parlamentaria.

De acuerdo al contenido y finalidad, los tratados se distinguen en tratados marco y tratados de ejecución, los primeros delimitan un ordenamiento general, y crean órganos que desarrollarán y vigilarán el cumplimiento de las relaciones que se produzcan entre las partes del convenio; y el tratado de ejecución es un acuerdo accesorio que requiere de un convenio internacional principal, al que se remite y dentro del cual encuentra fundamento, siendo por esto, especies de acuerdos simplificados.

Identifica el Ejecutivo al Tratado de Montevideo de 1980, que constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en virtud del cual se celebró el Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22 y el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo, como un tratado típicamente marco, puesto que fija los principios y establece los grandes objetivos y funciones que habrán de regir la actividad futura de los Estados partes, encaminada en general a promover el desarrollo económico y la elevación del nivel de vida de los pueblos, mediante la integración económica y teniendo como meta el establecimiento de un mercado común latinoamericano.

Resalta el Presidente que el Tratado de Montevideo de 1980, en lo que interesa consignar, delimita claramente caminos intermedios para el logro de sus finalidades, estableciendo de manera perentoria su materialización a través de acuerdos de alcance parcial, dentro de un "Área de Preferencias Económicas", los que estarán encaminados a crear las condiciones necesarias para profundizar la integración regional mediante su progresiva multilateralización, aspecto que es indispensable "Para el cumplimiento de las funciones básicas de la Asociación ..." (artículo 4º del Tratado).

Expresa que el Tratado de Montevideo de 1980, que sirve de marco a los acuerdos de alcance parcial, fue aprobado por el organismo correspondiente de la época (Junta de Gobierno), con fecha 7 de mayo de 1981 y promulgado mediante el Decreto Supremo N° 568, de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de fecha 24 de agosto de 1981, fecha desde la cual en consecuencia debe entenderse incorporado como ley al ordenamiento jurídico interno nacional.

Recuerda que en conformidad con lo que dispone el artículo 32, N° 17, de nuestra Carta Política, en relación con el artículo 50, N° 1), de la misma, la aprobación por el Congreso es una exigencia obligatoria para los tratados solemnes, que el Presidente de la República estime conveniente para los intereses del país.

Sin embargo, manifiesta que no todo Tratado debe ir al Congreso para su aprobación, puesto que el inciso segundo del artículo 50, N° 1), contempla dos situaciones que hacen excepción a esa obligación :

- a.- Las medidas que el Presidente adopte en relación con un tratado en vigor, para los fines de su ejecución interna y que son de exclusiva potestad del Poder Ejecutivo.
- b.- Los acuerdos que celebre el Presidente para el cumplimiento de un tratado en vigor o tratados de ejecución, que tienen el carácter de acuerdos internacionales.

Es requisito que las medidas o acuerdos respectivos no aborden materias propias de ley.

Resumiendo sobre este punto, el Presidente destaca que los requisitos para que tenga lugar el inciso segundo del N° 1) del artículo 50 de la Constitución, esto es, para impedir una nueva aprobación del Congreso, son los siguientes:

- a) Que actúe el Presidente de la República en cumplimiento de un tratado en vigor a través de acuerdos o medidas;
- b) Que tratándose de un tratado de ejecución, haya existido una aprobación previa del tratado marco;
- c) Que se trate de medidas o acuerdos de un tratado marco en vigor;
- d) Que tengan el carácter de tratado de ejecución, es decir, que ponga en cumplimiento el anterior, y
- e) Que ellos no correspondan a materias propias de ley.

La referencia que se hace a las "materias propias de ley", en la parte final del inciso segundo del artículo 50, N° 1), explica el Ejecutivo, se inserta en la consideración de que se trata de una excepción vinculada a la restricción del dominio de ley establecido en la Constitución de 1980. La excepción, esto es, que los Acuerdos Internacionales deben ser

sometidos a la consideración del Congreso Nacional, se produce sólo cuando el acuerdo o tratado trate de materias propias de ley.

Señala que la enumeración del artículo 60 de la Constitución, sobre los asuntos que sólo son materia de ley, esta circunscrita a asuntos determinados, es una enumeración taxativa que se enmarca en el principio máximo de reserva máxima legal, que deja la respectiva norma de clausura al ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Subraya que el Constituyente de 1980 amplió, la potestad reglamentaria del Presidente de la República, consagrando una gran amplitud en el ejercicio de la misma y una limitación al actuar del Poder Legislativo al consagrar el principio del dominio máximo legal en el artículo 60 de la Carta Fundamental, a la inversa de lo que acontecía en la Constitución de 1925, debiendo el legislador, además, regular sólo el núcleo esencial de la ley, correspondiéndole al Presidente de la República reglamentar y ejecutar la ley a través de su potestad reglamentaria.

De esta manera, la reserva legal se desarrolla en dos fases, la primera se configura en la ley, que contiene un desarrollo parcial y una remisión, y la segunda fase se configura mediante el reglamento remitido, que completa el régimen parcial de la ley y desarrolla su contenido de acuerdo con instrucciones expresas.

Recuerda que esta relación entre ley y reglamento, ha sido reconocida por este Tribunal Constitucional y cita sobre el punto las sentencias Rol N° 242, de agosto de 1996, Rol N° 253, de abril 1997 y la sentencia Rol N° 254, de abril 1997.

Sobre la base del análisis de la relación entre la ley y la potestad reglamentaria es posible visualizar signos claros que conducen a la interpretación restrictiva del artículo 50, N° 1), de la Carta Fundamental.

Cita el contenido de lo que dispone el inciso segundo de dicho precepto, expresando que es aquí donde el Constituyente refleja con meridiana claridad, su aspiración de que los tratados sean sometidos a la aprobación parlamentaria únicamente en la medida en que puedan considerarse materia de ley, lo que constituye una excepción.

Concluye reiterando que los tratados van al Parlamento por vía de excepción, en el caso de que aborden materias propia de ley, de lo contrario, quedan cubiertos por la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Refiriéndose al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia, expresa que él se enmarca en el fortalecimiento del proceso de integración de América Latina, que constituye el objetivo del Tratado ALADI, señalado en su preámbulo y en las disposiciones que menciona, y se inserta en el reconocimiento de Bolivia como país de menor desarrollo relativo, siendo su objetivo fomentar, diversificar y ampliar el intercambio comercial de bienes y servicios y las actividades productivas (artículo 1°,

letra g); se confiere a Bolivia preferencias arancelarias sin reciprocidad y se establece que las preferencias son profundizables de común acuerdo, y además una liberación de derechos aduaneros y otros recargos equivalentes (artículo 2º, letra g, y artículo 3º).

Refiriéndose al Décimo Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica N° 22 con Bolivia, destaca que entre sus características se pueden señalar, que es un tratado bilateral, regido por el Derecho Internacional, en consecuencia está regulado por la Convención de Viena de 1969 y por la Resolución N° 2 del Consejo de Ministros de la ALADI de 1980.

En cuanto a la impugnación que efectúan lo requirentes al Decreto Supremo N° 1.412, por el que se aprobó el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica N° 22, manifiesta el Presidente de la República, que se olvida que ese Protocolo se basa en el Acuerdo de Complementación Económica vigente, el N° 22, que reconoce la existencia de nueve protocolos anteriores y que el programa de liberación que contiene el Décimo Protocolo, sólo se refiere a la eliminación de estacionalidades y cupos preferenciales, lo que significa que los productos a los cuales se les aplicaba esos elementos, ya fueron regulados por el Acuerdo de Complementación señalado e incorporados como parte de la progresiva eliminación de las trabas para el comercio con la República de Bolivia.

De esta manera, agrega, lo que hacen lo requirentes es impugnar el contenido del Acuerdo de Complementación Económica N° 22 y los protocolos anteriores al Décimo, y en consecuencia, buscan que el Tribunal Constitucional se pronuncie implícita o explícitamente sobre actos jurídicos vigentes, no impugnados antes y, por lo tanto, con plena validez jurídica, lo cual le está vedado a este Tribunal.

A continuación, el Ejecutivo destaca la preponderancia que le asigna la Constitución Política al Presidente de la República en la conducción de las relaciones internacionales, siendo manifestación de ello lo que estatuye en el artículo 32, N°17, que le entrega el poder exclusivo de llevar a cabo las relaciones internacionales y de negociar, concluir, firmar y ratificar los Tratados Internacionales, con participación en algunos casos, de ambas Cámaras del Congreso, pero actuando éste en calidad de "órgano colaborador", ya sea prestando su aprobación o no a los tratados antes de su ratificación.

Destaca que la Constitución Política en su artículo 50, N° 1), inciso segundo, faculta expresamente al Presidente de la República para adoptar medidas o celebrar acuerdos para el cumplimiento de un tratado en vigor, sin requerir para ello de una nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias de ley.

La excepción contenida en la última parte de la norma recién citada, no ha tenido lugar en este caso en razón de que el Décimo Protocolo Adicional no trata materias propias de ley, lo que deja en evidencia su contenido y el sentido que debe atribuirse a la expresión "materias propias de ley"; de acuerdo con el análisis que efectúa de aquel precepto, y de lo que al efecto expresó antes en cuanto a la relación ley y potestad reglamentaria.

Subraya el Presidente que la Constitución reafirma las circunstancias de que cuanto más específicos y derivados sean los Acuerdos Internacionales, mientras más determinados y de ejecución aparezcan, es decir, siempre que en mayor medida asuman el carácter de "emanaciones" de la potestad reglamentaria, menor es la necesidad de someterlo a la aprobación por parte del Congreso.

Concluye señalando que en nuestro ordenamiento los tratados van al Parlamento por la vía de excepción, en el caso de que aborden materias propias de ley, y de lo contrario, como acontece con el Décimo Protocolo Adicional, no requieren autorización parlamentaria, quedando cubiertos por la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En cuanto a la impugnación que formulan los requirentes en orden a que el Decreto Supremo N° 1.412 viola las garantías consagradas en el artículo 19, N°s. 2°, 20°, 21° y 22°, de la Constitución Política, el Presidente de la República, en síntesis, efectúa las correspondientes consideraciones en relación de cada una de esas garantías, y concluye que ninguna de ellas ha sido conculcadas por el Decreto Supremo N° 1.412, ni por el Décimo Protocolo Adicional, en atención a la naturaleza de éstos y al ámbito dentro del cual se enmarcan, y por constituir este Décimo Protocolo una emanación del tratado actualmente vigente, el Acuerdo Complementario N° 22 y el Tratado de Montevideo (ALADI).

Concluye el Presidente de la República solicitando que se rechace el requerimiento y se declare la plena concordancia del Decreto impugnado con la Constitución Política de la República.

Decisión del Tribunal Constitucional.-

10°.- Que siendo el Tratado de Montevideo de 1980, el principal fundamento del Decreto Supremo N° 1.412, para promulgar el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N°22, se hace necesario examinar ese Tratado, dentro de los límites que posibilita esta sentencia, en orden a determinar su naturaleza, finalidades y contenido de su normativa, función que resulta tanto más oportuna cuanto que los diputados requirentes han sostenido que el Tratado de Montevideo (ALADI), es más bien un tratado político que busca reimpulsar convenios comerciales entre sus miembros, pero que no contiene disposiciones que obligue a la República de Chile a celebrar Acuerdos Internacionales de Complementación Económica.

En este orden es dable consignar al respecto las siguientes apreciaciones:

a) Es un tratado solemne, debidamente formalizado y ratificado por los países latinoamericanos que lo suscribieron, entre ellos la República de Chile, con el propósito de promover el desarrollo y la integración económica de los pueblos de la región, y con la finalidad o proyección de alcanzar como objetivo un mercado común regional.

b) En atención a su carácter de tratado internacional, el Tratado de Montevideo de 1980, se encuentra sujeto a la regulación jurídica establecida en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, celebrada en el marco de las Naciones Unidas el 22 de mayo de 1969, y que nuestro país promulgó por Decreto N° 381, de 1981, publicado en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981.

c) El Tratado de Montevideo de 1980 es un tratado marco, en razón de que fija, además de las funciones y principios que rigen la actividad futura de los Estados partes, los objetivos esenciales para promover el desarrollo económico y mejorar el nivel de vida de los pueblos, con el propósito de alcanzar la integración, lo que concuerda con la definición de la doctrina (ver Hugo Llanos M., "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público", Ed. Jurídica, Tomo I, pág. 112).

d) En cuanto al contenido de las principales disposiciones del Tratado es útil consignar las siguientes:

Artículo 1°. Que establece en su inciso segundo que el proceso de integración "tendrá como objetivo a largo plazo el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano".

Artículo 3°. Señala que en su evolución a su objetivo final, los países miembros deberán guiarse por los siguientes principios:

a) Pluralismo, sustentado en la voluntad hacia la integración;

b) Convergencia, traducida en la multilateralidad progresiva de los acuerdos de alcance parcial;

c) Flexibilidad, en orden a permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial, y

d) Tratamientos Diferenciados, tanto en los mecanismos de alcance regional como en los de alcance parcial, sobre la

base de categorías de países, y de manera más favorable a los de menor desarrollo económico (entre los que se consideró posteriormente a los países mediterráneos de Bolivia y Paraguay).

Artículo 4°. Por este precepto se dispone que los países miembros establecen un área de preferencias económicas, compuestas por una preferencia arancelaria regional, por un acuerdo de alcance regional y por acuerdos de alcance parcial.

Los artículos 7°, 8° y 9° definen y regulan los acuerdos de alcance parcial y en la letra e) del último artículo se dispone que la desgravación arancelaria "podrá efectuarse para los mismos productos o subpartidas arancelarias y sobre la base de una rebaja porcentual respecto de los gravámenes aplicados a la importación originaria de los países no participantes"; y

El artículo 11°, establece que los acuerdos de complementación económica tienen como objetivos, entre otros, promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción y estimular la complementación económica.

Toda la preceptiva anterior debe entenderse complementada, en lo que concierne a los acuerdos de alcance parcial, por la Resolución N° 2, adoptada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de las partes contratantes de la ALADI, de fecha 12 de agosto de 1980, por la que se establecen las normas básicas que regulan la celebración de los acuerdos de alcance parcial, entre ellas las que autorizan la desgravación

arancelaria (artículo 4º, letra e). Esta Resolución N° 2, se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico del Tratado de Montevideo de 1980;

11º.- Que en consecuencia, cabe concluir que el Tratado de Montevideo de 1980, en razón de su naturaleza y de lo aceptado por la doctrina en el ámbito del Derecho Constitucional e Internacional, como ya se dijo, reviste el carácter de un tratado marco, puesto que fija los principios y determina los objetivos a los que deben sujetarse los Estados partes, para promover la cooperación y el desarrollo económico de sus miembros con el fin de alcanzar su integración, al mismo tiempo que, establece un área de preferencias económicas compuesta por una preferencia arancelaria regional, contemplando mecanismos adecuados para ese objeto, constituidos por los acuerdos de carácter regional y de carácter parcial que autoriza, facultándose la inclusión de cláusulas que contengan tratamientos diferenciados, preferencias y desgravaciones arancelarias, de lo que resulta que estos acuerdos de complementación económica vienen a constituirse en los instrumentos de mayor envergadura integracionista que ofrece a los miembros de la ALADI el Tratado de Montevideo, como se advierte de la sola lectura y contenido de sus artículos 2º, 4º, 5º, 7º, 9º y 11º;

12º.- Que no está demás expresar, en lo que concierne a Acuerdos de Complementación Económica celebrados por Chile, que además del Acuerdo de Complementación suscrito con Bolivia, vigente desde el 30 de junio de 1993, al cual se agrega o adiciona el Décimo Protocolo Adicional que promulga el Decreto N° 1.412, motivo del requerimiento, que de conformidad con los antecedentes que proporciona el señor Contralor General de la República en su escrito de observaciones, el Estado de Chile, en el marco del Tratado de Montevideo de 1980, ha celebrado anteriores Acuerdos de Complementación Económica con Uruguay, Argentina, México, Venezuela, Colombia y Ecuador, los que se encuentran actualmente vigentes, sin haber tenido necesidad de aprobación parlamentaria o legislativa;

13º.- Que de lo expuesto, en función de la línea de razonamiento que se ha venido siguiendo, aparece de manifiesto que para una adecuada resolución del conflicto en estudio, se hace necesario examinar el contenido del Acuerdo de Complementación Económica, celebrado por Chile con Bolivia, aprobado por Decreto N° 402, de 22 de abril de 1993, y publicado en el Diario Oficial de 30 de junio de ese mismo año;

14º.- Que, en la fundamentación de ese Acuerdo, los Gobiernos de Chile y Bolivia, dejan constancia que concurren a él considerando la posibilidad de fortalecer el proceso de integración de América Latina, dentro de los objetivos del Tratado de Montevideo de 1980, la activa participación de los celebrantes en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la necesidad de aprovechar al máximo las ventajas previstas en el Tratado, en especial las que reconocen a la República de Bolivia un tratamiento especial más favorable como país de menor desarrollo económico relativo.

En lo que interesa, el Acuerdo de que se trata establece un programa de preferencias arancelarias en favor de Bolivia, sin reciprocidad para productos originarios de esa Nación, en su artículo 2º, letra a); y en la letra b) de este mismo artículo, se acuerda una

liberación de gravámenes, es decir de derechos aduaneros, en los siguientes términos "Los países signatarios acuerdan liberar de gravámenes las importaciones de los productos incluidos en los Anexos II y III del presente Acuerdo"; y en la letra d), profundizan esta liberación de gravámenes, para nuevos productos que en el futuro, y previa negociación, acuerden incorporar a los Anexos II y III.

En los respectivos Anexos se contienen las concesiones arancelarias y las preferencias correspondientes. En el Anexo I se establecen las concesiones arancelarias, sin reciprocidad, que se otorga a Bolivia; los Anexos II y III especifican los productos liberados de gravámenes, con preferencias del 100% y otras preferencias profundizadas de un Acuerdo de Alcance Parcial anterior entre Chile y Bolivia.

Convinieron además las partes de este Acuerdo, para los efectos de su aplicación que "se entenderá por "gravámenes" los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier naturaleza, que incidan sobre las importaciones.";

15°.- Que, de lo expuesto y reflexionado hasta ahora, atendido los términos del requerimiento, hacen necesario efectuar a continuación un examen comparativo del contenido del Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22, examinado en el motivo anterior, con las materias contenidas en el Décimo Protocolo Adicional a dicho Acuerdo Complementario, conforme a lo que a su respecto se consignó en el fundamento 7° de esta sentencia;

16°.- Que el análisis comparativo en cuestión, deja en evidencia en forma manifiesta que el Décimo Protocolo Adicional, no se refiere ni toca ninguna materia ajena o diversa de aquellas que trata y regula el Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia, en lo concerniente a tratamientos preferenciales y liberación de gravámenes y derechos aduaneros convenidos (artículo 2°, letras a y b); y a la decisión que en él se establece de profundizar esta liberación de gravámenes para nuevos productos en el futuro, previa negociación (artículo 2°, letra d).

El Décimo Protocolo Adicional, como aparece de su texto, se limita a aplicar y desarrollar el programa de liberación en los términos que autoriza y establece el Acuerdo de Complementación Económica N° 22, sobre algunos aspectos puntuales, consistente en la eliminación de las estacionalidades a las preferencias otorgadas por Chile, que allí se indican, la eliminación de los cupos preferenciales sobre los ítems que se mencionan y la ampliación de la preferencia que se indica en su artículo 1°;

17°.- Que lo que desarrolla el Décimo Protocolo Adicional, no significa otra cosa, que la ejecución de lo que sobre la materia referida ha previsto el Tratado Marco de Montevideo de 1980 (ALADI) y el Acuerdo de Complementación con Bolivia N° 22, dentro de los objetivos de eliminar progresivamente las trabas para el comercio con ese país, favoreciéndolo como nación clasificada como de menor desarrollo económico relativo, y dentro del espíritu de cooperación e integración que fluye y alientan los referidos acuerdos internacionales. En suma, el Décimo Protocolo Adicional surge a la vida

jurídica como una normativa de ejecución del Tratado de Montevideo ALADI, y se dicta con estricta sujeción a su texto y dentro de los parámetros que él autoriza;

18°.- Que lo expuesto en los dos fundamentos anteriores (16° y 17°) conducen a este Tribunal a concluir, que el Décimo Protocolo Adicional no establece ni introduce o crea situación nueva alguna, que pudiese corresponder a materias específicas asignadas sólo a la ley, esto es, propias de la reserva legal máxima consagrada por la Carta Fundamental de 1980, principio restrictivo que trae como consecuencia que la ley sólo procederá en los casos que taxativamente se señalan en el artículo 60 de la Constitución Política, debiendo entenderse, además, que la ley sólo debe contener los elementos esenciales de la materia que regula, sin que ella pueda excluir la potestad reglamentaria que la Constitución Política confiere al Presidente de la República en su artículo 32, N° 8, para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes;

19°.- Que en este sentido, en lo que concierne a la relación ley reglamento, este Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 242, de 12 de agosto de 1996, declaró que la Constitución en actual vigencia al precisar que sólo son materia de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60°, cambió el sistema de dominio legal mínimo, establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que contenía una enumeración ni estricta ni rígida, sino abierta, de quince materias que sólo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la ley en cualquiera otra materia en que la Constitución no la hubiere reservado expresamente a otra autoridad, por el sistema de dominio legal máximo o de dominio reservado a la ley, en el que ésta debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitada sólo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano Ejecutivo (considerando 17°);

20°.- Que, en estas circunstancias, cabe concluir que el Decreto Supremo N° 1.412, impugnado, y el Décimo Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22, que ese decreto promulga, se enmarcan dentro de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, y por cierto, el Décimo Protocolo Adicional en el ámbito de las amplias atribuciones que, como conductor superior de las relaciones internacionales, la Carta Fundamental confiere al Presidente de la República en su artículo 32, N° 17, en relación, en este caso, con lo que la Constitución establece en su artículo 50, N° 1), inciso segundo, que perentoriamente dispone, que las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor, como acontece en la situación de autos, no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley, cuestión ésta última que no concurre en la especie, de conformidad con lo concluido en los fundamentos anteriores;

21°.- Que, en consecuencia, corresponde rechazar el reproche de inconstitucionalidad al Decreto Supremo N° 1.412, que los recurrentes han fundado en la vulneración del artículo 50, N° 1), de la Constitución Política, cuyo contenido se reprodujo en el fundamento 4°, en primer lugar, porque lo que establece este precepto en su inciso primero no ha tenido

aplicación, en razón de concurrir nítidamente la situación que contempla el inciso segundo de esa norma, y en cuanto a la supuesta violación del inciso tercero del mismo precepto, tampoco resulta procedente desde que no habiendo abordado el Decreto Supremo N° 1.412, por su propio contenido de ejecución, materias propias de ley, la falta u omisión de facultades que se atribuye al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, en relación con las materias del Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI), ha carecido de toda relevancia;

22°.- Que a ésta conclusión medular ha llegado este Tribunal, en función de una interpretación de contexto, racional y dinámica de la preceptiva que dirime el conflicto y entendiendo que la materia sobre la cual incide, esto es, cumplimiento de acuerdos y tratados internacionales vigentes, son de la principal responsabilidad y oportuna ejecución del Presidente de la República, en su carácter de superior conductor de las relaciones internacionales del Estado y de titular exclusivo de la potestad reglamentaria de ejecución;

23°.- Que, para resolver el conflicto propuesto, este Tribunal ha recurrido una vez más a la regla de interpretación constitucional que ha utilizado en reiterados fallos anteriores, por la que se concibe que la Constitución es un todo orgánico y que el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a alguno de sus preceptos. La razón de ser de este principio de hermenéutica es muy simple: Es inadmisibles aceptar que la Constitución contenga normas

sin sentido y sin aplicación práctica (Rol N° 33, de 1985; Rol N° 43, de 1987, y Rol N°279, de 1998). En efecto, de aceptarse la interpretación contraria a la que se sostiene, como bien lo afirma el Contralor "importaría que la aprobación que el Congreso Nacional efectúa de las cláusulas de un tratado marco carecería de toda eficacia, toda vez que el Jefe del Estado tendría que someter nuevamente a la consideración de ese Órgano Legislativo los convenios que celebre para dar cumplimiento a los objetivos planteados por las partes, sobre materias y conforme a procedimientos cuyo marco regulatorio el Congreso ya aprobó.";

24°.- Que carece de todo asidero la argumentación de los recurrentes, en orden a que el Protocolo por contener materias de ley debió someterse a la aprobación del Congreso. En efecto, aquí el tratado ya ha sido aprobado con anterioridad por el Órgano Legislativo, promulgado y publicado. El decreto cuestionado sólo se limita a ejecutar o cumplir lo dispuesto en el Tratado Marco. Ello no significa, por ende, que se actúe al margen del Poder Legislativo, pues éste ya otorgó su autorización al aprobar el acuerdo primitivo que ahora se complementa o ejecuta;

25°.- Que cabe por otra parte considerar, como lo observa el Presidente de la República en su respuesta, que si bien el requerimiento impugna formalmente el Décimo Protocolo Adicional promulgado por el Decreto Supremo N° 1.412, por inconstitucional, en último término el cuestionamiento de inconstitucionalidad propiamente se dirige en contra del mismo Tratado Marco de Montevideo (ALADI) al cual, como ha quedado establecido, se

subordina y relaciona directamente el Décimo Protocolo Adicional en las materias que se limita a desarrollar;

26°.- Que un planteamiento de esa naturaleza resulta inadmisibles, pues se aparta de la facultad que confiere el artículo 82, N° 5°, de la Constitución Política, por cuanto por la sola impugnación del Decreto N° 1.412, y de la eventual inconstitucionalidad del Décimo Protocolo Adicional, llevaría a este Tribunal a emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad del Tratado de Montevideo de 1980, incorporado al ordenamiento jurídico interno y con plena validez jurídica, pronunciamiento de carácter represivo que le está vedado, en razón de que dentro de las facultades que taxativamente le confiere la Carta Fundamental, en su artículo 82, en ninguna de ellas se le autoriza para emitir juicios o pronunciamientos sobre la constitucionalidad de una norma jurídica de esta naturaleza, en vigencia;

27°.- Que en esta misma orientación este Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 253, de 15 de abril de 1997, en su fundamento 7°, en la parte que interesa declaró: "Que aceptar que mediante la declaración de inconstitucionalidad de un decreto se enjuicie implícitamente el contenido de una ley, importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales que consagran, mediante el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y, así también, en rigor, las atribuciones exclusivas de los distintos Poderes del Estado. En efecto, se infringiría, en primer término, el artículo 82 de la Carta Fundamental que contiene la enumeración taxativa de las facultades de este Tribunal, por cuanto en ninguna de ellas está autorizado para emitir juicios implícitos o explícitos sobre la constitucionalidad de una norma legal en vigencia, salvo en aquella contemplada en su número 3° respecto de los decretos con fuerza de ley, que no es el caso ...";

28°.- Que esta conclusión no significa de manera alguna una abdicación de las atribuciones del Tribunal Constitucional, pues éste de conformidad con lo prescrito en el artículo 7° de la Carta Fundamental, actúa validamente siempre que lo haga dentro de su competencia y es evidente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 82 de la misma Carta, que esta Magistratura carece de facultades para emitir pronunciamientos implícitos o explícitos sobre la constitucionalidad de un tratado o de una ley en vigor. Por consiguiente, al obrarse de esta manera se está dando estricta y cabal aplicación a los artículos 6°, 7°, 80° y 82° de la Ley Fundamental y, además, mediante una interpretación lógica y sistemática de su texto se evita que este Tribunal extienda su jurisdicción más allá de los límites que le señala la preceptiva constitucional;

29°.- Que este planteamiento se sujeta estrictamente al principio de supremacía constitucional, y por cierto no se subordina al principio de jerarquía de las normas, en atención a que ambos principios no se contraponen sino que, por el contrario, convergen en la misma dirección, ya que el de "supremacía constitucional" presupone el de "jerarquía normativa", como se encargan de destacarlo, con razón, diversos autores. En efecto, Bidart Campos, en su obra "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional" expresa al respecto: "La doctrina moderna de la supremacía - se refiere a la constitucional- presupone que el orden jurídico no es caótico ni

desordenado, sino que su plexo se integra en una gradación jerárquica y escalonada que conoce planos subordinantes y subordinados . Otra vez, agrega, el descenso piramidal desde del vértice ocupado por la constitución formal hasta la base muestra que hay planos escalonados, en cada uno de los cuales la forma de producción jurídica y el contenido de ésta deben adecuarse a las prescripciones del plano antecedente, que marca las pautas al inferior, desembocando y remitiéndose todos a la instancia última de la constitución suprema." (Ob.cit. pág. 41, 42);

30°.- Que el esquema doctrinario precedente, encuadra perfectamente con nuestro ordenamiento jurídico que contempla grados jerárquicos perfectamente decantados y en que la legitimidad de cada norma se justifica en función de su conformidad con la que la precede en dicha escala, en forma directa e inmediata.

Como bien se sabe, los actos derivados de la llamada "Potestad Reglamentaria de Ejecución" del Presidente de la República ocupan un tercer lugar jerárquico bajo la Constitución y la ley.

En efecto, dicha actividad reglamentaria es "infra legem" o sub legal.

Por consiguiente, si se trata de evaluar la constitucionalidad de un decreto de ejecución - tema planteado por el requerimiento-, el punto de referencia en lo inmediato debe ser la ley habilitante, y que en el presente caso se encuentra representado por el Tratado Marco;

31°.- Que, además, los requirentes han sostenido que el Decreto Supremo N° 1.412, promulgatorio del Décimo Protocolo Adicional, al modificar los tributos correspondientes al arancel aduanero, los cuales se fijan por ley, se excedió en sus atribuciones y ha vulnerado el principio constitucional de la legalidad, que consagran los artículos 6° y 7° de la Constitución Política;

32°.- Que esta impugnación debe ser también desestimada porque es indudable que ese Decreto y el Décimo Protocolo Adicional se limitan a desarrollar, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, el núcleo esencial contenido en el Tratado Marco;

33°.- Que, por lo demás, la Ley N° 18.525, relativa a "Normas Sobre Importación de Mercaderías al País", publicada en el Diario Oficial de 30 de junio de 1986, que regula el régimen arancelario vigente en el país, incorpora a su normativa los regímenes especiales que se contemplen a través de acuerdos internacionales, tal como lo dispone el inciso segundo de su artículo 1°, debiendo destacarse lo que sobre el particular establece en su artículo 2°, por el que se reconoce que forman también parte de esa ley "los derechos que den aplicación al Tratado de Montevideo de 1980, que estableció la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)". En consecuencia, los convenios y tratados internacionales señalados e incorporados como están a la Ley N° 18.525, concurren a regular en el ordenamiento jurídico interno el régimen arancelario vigente;

34°.- Que los diputados reclamantes pretenden igualmente, que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1.412 impugnado, en razón de que vulnera

los derechos y garantías constitucionales que consagran los N°s. 2°, 20°, 21° y 22° del artículo 19° de la Constitución Política;

35°.- Que en virtud de lo reflexionado en los motivos 32° y 33°, corresponde desestimar la pretendida vulneración de la garantía contemplada en el N° 20° del artículo 19° de la Constitución, que consagra el principio de legalidad tributaria;

36°.- Que, asimismo, en relación con la garantía del N° 21° del artículo 19°, que reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica respetando las normas legales que la regulen, la que a juicio de los requirentes estaría vulnerada por el Decreto promulgatorio N° 1.412, al alterar el marco regulatorio arancelario fijado por la Ley N° 18.525, igualmente debe ser rechazado con el mérito de lo concluido en el fundamento 33°;

37°.- Que, en cuanto a las garantías establecidas en los N°s. 2° y 22°, del artículo 19 de la Constitución, que reconocen, respectivamente, el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, considera este Tribunal que la ampliación de la liberación arancelaria que recoge el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo en función del plan de regulación de desgravación en favor de Bolivia convenido en el Acuerdo de Complementación Económica N° 22, se encuentran insertos dentro de los principios de cooperación e integración latinoamericana que consagra y sustenta el Tratado Marco de Montevideo;

38°.- Que, con lo expuesto, cabe concluir que las diferenciaciones y la ampliación de las preferencias arancelarias en favor de Bolivia, en su carácter de país de menor desarrollo económico relativo, establecidas para superar las trabas del intercambio económico con ese país, manifiestamente no configuran diferencias arbitrarias, ni discriminación de esa índole en el trato que debe dar el Estado en materia económica, por cuanto aparecen revestidas de razonabilidad y fundamento plausible, a lo que cabe agregar que la propia Constitución, en el inciso segundo, del numeral 22°, de su artículo 19, autoriza para conceder determinados beneficios directos e indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras, que no tengan, desde luego, el carácter de arbitrarios;

39°.- Que por todos estos fundamentos corresponde rechazar el requerimiento de autos.

Y, VISTOS, lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 24°, 32°, N°s. 8° y 17°, 50°, N° 1), 80° y 82°, N°5, de la Constitución Política de la República; artículos 1° y 2° de la Ley N° 18.525; y artículo 48 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal:

SE DECLARA, que se rechaza el requerimiento interpuesto a fojas 1.

Acordada con los votos en contra del Presidente, don Osvaldo Faúndez Vallejos, y la Ministra señora Luz Bulnes Aldunate.

El Presidente, don Osvaldo Faúndez, por las consideraciones que pasa a exponer, fue de opinión de acoger el requerimiento y declarar la inconstitucionalidad del decreto impugnado.

**CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SOBRE LA
CONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO 169 DE LA OIT. 2000.**

Resumen.-

El 07 de julio de 2000, 31 diputados presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que éste declarara la inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Los requirentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de todo el Convenio por no haber sido aprobado en la Cámara de Diputados con rango de ley orgánica constitucional y por contravenir las bases de la institucionalidad.

Al analizar la constitucionalidad del tratado, el Tribunal Constitucional empleó diversos criterios. De acuerdo a Carlos Carmona Santander, profesor de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, estos criterios fueron los siguientes: (1) la presunción de constitucionalidad; (2) la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado; (3) si sus cláusulas son o no autoejecutables; (4) las cláusulas de salvaguardia propias del tratado; (4) si son o no conciliables o compatibles con el derecho nacional; (6) si hay normas semejantes en el derecho interno; (7) la interpretación que de sus cláusulas haga el Presidente de la República como conductor de las relaciones internacionales (Carmona, Exposición en Seminario “La incorporación de los tratados internacionales al derecho interno, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, organizada por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 12 de septiembre de 2000).

En esta parte se transcriben los considerandos de la sentencia que se refieren al criterio de la autoejecutabilidad o no autoejecutabilidad de las cláusulas del tratado.

48° Que antes de entrar al análisis de las inconstitucionalidades de los artículos del Convenio N° 169, planteadas por los requirentes, “en ausencia de dicha inconstitucionalidad total”, resulta necesario precisar dos órdenes de materias relevantes para una adecuada decisión:

a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”.

Las primera, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para

que en uso de sus potestades públicas sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decido así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contender disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe —en esta instancia jurisdiccional— pronunciarse sobre su constitucionalidad.

b) El Convenio N° 169 contempla una norma de clausura ubicada en su parte novena, “Disposiciones Generales”, que recoge el principio de flexibilidad aplicable a todas sus cláusulas. Su artículo 34° dispone: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente convenio deberán determinarse con flexibilidad teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

...

2°: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 14° DEL CONVENIO.

62° Que dicha disposición señala:

“Artículo 14:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que haya, tendido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”;

63° Que los requirentes, en relación a su contenido, expresan que es contrario al artículo 19, N° 24, incisos segundo y tercero, de la Constitución, por cuanto el Estado asume la

obligación de expropiar tierras a solicitud de un ente colectivo y en su propio beneficio, transgrediendo, a su juicio, el marco constitucional de esa institución;

64° Que para resolver sobre este punto debe tenerse en cuenta que la situación de la propiedad indígena, está regulada por la Ley N° 19.253 ya citada en esta sentencia, especialmente en sus artículos 12° a 14°;

65° Que para el análisis de esta infracción, resulta útil precisar que de la lectura de estos incisos del Convenio, se desprende que ellos son programáticos. En efecto, el número 1° expresa: “deberán reconocerse”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse particular atención”, “los gobiernos deberán”, “deberían instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”, lo que permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables por el sólo mérito del tratado.

En este entendido, no pueden enfrentarse a la disposición constitucional del artículo 19, N° 24, que se refiere a la protección del derecho de propiedad.

66° Que en cuanto a la inconstitucionalidad que se le imputa al Convenio, en relación a la necesidad de expropiar tierras para ser entregadas a los pueblos indígenas, además de la razón antes mencionada, esto es, que el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto.

Por el hecho de ser programática la norma y atendido que lo que ella propone no queda comprendido en el marco del sistema jurídico nacional de expropiaciones, el tratado en esta parte tampoco vulnera el artículo 19, N° 24, de la Carta Fundamental;

CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL NO. 346. ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

II. Objetivo y características de Tratado.

16°. Que del contenido del Tratado aparece que su objetivo es crear un órgano con jurisdicción penal permanente de carácter internacional destinado a hacer efectivas las responsabilidades penales individuales de los autores de determinados y graves delitos contra la humanidad.

Cabe destacar a este respecto que la Corte Penal Internacional estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendría, de acuerdo a su Estatuto, carácter complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales;

17°. Que, el objetivo señalado aparece con claridad en el Preámbulo del Estatuto sometido a conocimiento de este Tribunal: “*Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*”, lo que corrobora el artículo 1° del mismo Tratado, ya transcrito en este fallo;

18°. Que, de lo expuesto se desprenden con nitidez las siguientes características de la Corte Penal Internacional, a saber:

- Será un tribunal preestablecido y permanente;
- Ejercerá su jurisdicción sobre personas naturales;
- Su competencia será exclusivamente penal y sobre los crímenes de trascendencia internacional señalados en el artículo 5° del Estatuto, antes transcrito;
- Su estatuto contiene los presupuestos orgánicos y funcionales para su desempeño

A lo anterior, cabe agregar, que la Corte Penal Internacional tendrá “facultad de imperio” para hacer ejecutar sus resoluciones, de conformidad con las disposiciones de la Parte Décima de su Estatuto

Como característica final podemos señalar que la Corte Penal Internacional tendrá la personalidad jurídica que indica el artículo 4° del Estatuto;

III. Naturaleza jurídica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

19°. Que la naturaleza jurídica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de acuerdo al Preámbulo del Estatuto y al artículo 1°, transcritos en los considerandos 13° y 17°, es penal y complementaria de las jurisdicciones nacionales, pero, a juicio de los requirentes, aparece más bien como paralela o contradictoria a ellas;

20°. Que, un estudio del Tratado por el que se establece la Corte Penal Internacional nos lleva a la conclusión que dicho Estatuto no definió el significado del carácter complementario de la jurisdicción que se crea;

21° Que, el escrito de observaciones del Presidente de la República, refiriéndose al carácter complementario de la Corte Penal Internacional, dice:

“Una de las principales dificultades que presenta esta tarea, que aparentemente no pudo ser sorteada por los requirentes, es que el Estatuto se limita a consagrar el principio de complementariedad y a regular las normas que lo concretizan, omitiendo una definición del mismo.”;

22°. Que, junto con reconocer que la complementariedad no ha sido definida, el Presidente de la República, utilizando elementos literales, históricos y sistemáticos busca desentrañar este concepto para llegar a la conclusión que “el Tratado optó por conferir preferencia a los Estados que, en virtud del principio de la nacionalidad o de la territorialidad, estén en condiciones de ejercer su jurisdicción penal interna para la sanción de dichos crímenes. Ello y no otra cosa, es lo que explica que el Estatuto declare que la jurisdicción de la C.P.I. es complementaria a las jurisdicciones penales nacionales, y no al revés.”;

23°. Que estas observaciones se apartan de la verdadera naturaleza jurídica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, porque, si bien es cierto que por el carácter complementario que se le atribuye se ha querido disminuir el efecto de las atribuciones que se le otorgan este Tribunal, no es menos cierto que del examen de distintas disposiciones del Estatuto resulta clara la debilidad de esta característica y afirmación.

Del análisis de diversas normas del Estatuto aparece más bien 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;

24°. Que, de un estudio de lo sustantivo o esencial de las disposiciones del Estatuto que se transcriben a continuación, 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 nacionales, sustituirlos.

Ello aparece claro de las normas que se refieren a las cuestiones de admisibilidad, según lo expresan los siguientes numerales del artículo 17:

“Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

(...)

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.”;

25°. Que, si se examinan los artículos transcritos, es evidente que por el artículo 17, párrafo 1, a), b) y c), y párrafos 2, a), b) y c), la Corte Penal Internacional puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales y, además, por el mismo artículo, párrafo 3, puede sustituir supletoriamente la jurisdicción nacional, en los casos que en dicho precepto se expresan;

26°. Que debe precisarse, también, que conforme al artículo 19, párrafo 1, y artículo 57, párrafo 2, letra a), del Tratado, quién resuelve sobre admisibilidad de la jurisdicción de la Corte es la Sala de Cuestiones preliminares, de conformidad con las normas del Estatuto;

27°. Que, lo anterior, es sin perjuicio de la apelación que puede deducirse ante la Sala de Apelación de la misma Corte, de acuerdo a los artículos 19 y 82, párrafo 1, letra a);

28°. Que, de un examen exhaustivo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es evidente que es la propia Corte la que resuelve sobre su competencia para conocer de las materias entregadas a su conocimiento y, como aparece con claridad de las disposiciones transcritas e indicadas del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional ejerce su jurisdicción en algunas materias de su competencia corrigiendo o sustituyendo la de los Estados Partes;

29°. Que, de las normas citadas y de lo considerado precedentemente, se concluye que la jurisdicción de la Corte que se crea, no necesariamente complementa a aquella de los tribunales de los Estados Partes, sino que, por el contrario, puede en ciertos casos, previstos expresamente por el Estatuto, llegar a revisar resoluciones ejecutoriadas dictadas por tribunales nacionales de los Estados y sustituirlas;

30°. Que, a mayor abundamiento, y en relación con la jurisdicción correctiva, la concordancia de las normas citadas permite concluir que la Corte Penal Internacional actuará cuando los sistemas judiciales estatales, competentes, básicamente en razón del principio clásico de territorialidad, no pudieran o no quisieran hacerlo o, incluso, cuando los procedimientos seguidos no sean considerados genuinos;

31°. Que, de todo lo expuesto se desprende que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, al establecer una jurisdicción que puede ser correctiva y sustitutiva de las nacionales, más que complementar a éstas, está prorrogando a una jurisdicción nueva, no contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile, lo que importa, por ende, una transferencia de

soberanía que, vulnera en su esencia el artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, como luego se verá;

IV. La Corte Penal Internacional es un Tribunal supranacional.

32º. Que, la Corte Penal Internacional tiene características que permiten calificarla como un tribunal supranacional, en razón de las disposiciones del Estatuto transcritas anteriormente en este fallo aparece en forma indubitable la diferencia entre ambos tipos de tribunales.

La Corte Penal Internacional se distingue por ser un tribunal “permanente” que ejerce su jurisdicción sobre personas naturales y, en ciertos casos, por sobre las jurisdicciones penales nacionales a que se encuentran sometidas esas personas que sean procesadas por los delitos que contempla el Estatuto de la Corte;

33º. Que, los tribunales internacionales establecidos en tratados ratificados por Chile, como por ejemplo, la Convención Americana sobre derechos Humanos, de San José de Costa Rica, y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales.

Como bien dice la profesora Angela Vivanco en el Informe en Derecho y exposición ante la Cámara de Diputados y sustentándose fundamentalmente en el artículo 17 del Estatuto, antes transcrito:

“a) La presunta idea de la acción de la Corte como complementaria a la de los tribunales chilenos se pierde del todo, ya que se superpone totalmente a la actividad de éstos, y aún más, el juzgamiento que ellos puedan hacer previamente de un asunto, no tendrá más mérito que el que en criterio de la Corte éste tenga.

b) De esta forma, la Corte se transforma en una instancia de supervigilancia respecto de los tribunales de justicia chilenos, incluida la Corte Suprema, ya que tiene la facultad de examinar sus intenciones y motivaciones al juzgar, cosa que le está expresamente prohibida de hacer tanto al Presidente de la República como al Congreso Nacional de acuerdo al artículo 73 de la Carta. De esta forma, en materia, la Corte será más soberana que la totalidad de los poderes públicos del país.”;

V. La soberanía nacional y la Corte Penal Internacional.

34º. Que los requirentes sostienen en su presentación que la Corte Penal Internacional tiene facultades jurisdiccionales que se sobreponen a las resoluciones de los tribunales nacionales de los Estados Partes;

35º. Que, la naturaleza jurídica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional atentaría por ello contra el principio de “soberanía nacional” establecido en el artículo 5º, del Capítulo I, de nuestra Constitución Política.

Dice este artículo:

“Artículo 5º. 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.

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.”;

36°. Que la disposición transcrita tiene su origen en la Constitución de 1925, que en su artículo 2° decía: “*La soberanía reside en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece.*”;

37°. Que, la Constitución de 1980 al establecer el principio de la soberanía nacional, ha aclarado sustancialmente el concepto en relación a la Constitución anterior, por las siguientes razones:

a) Porque hizo una clara distinción entre el titular de la soberanía y quien la ejerce (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesiones N°s 413 y siguientes).

El titular es la Nación y su ejercicio corresponde al pueblo que la realiza a través del plebiscito y de elecciones periódicas y corresponde además a las autoridades que la propia Constitución establece.

Cabe destacar que el constituyente utilizó el vocablo “*esta Constitución*” al referirse a la posibilidad que las autoridades ejerzan soberanía de lo que se desprende con claridad que sólo éstas, además del pueblo, son las únicas que pueden ejercerla válidamente.

b) Se diferencia también la Constitución actual de la Constitución de 1925, porque establece expresamente un límite al ejercicio de la soberanía, cual es, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Adopta así el texto actual una concepción que significa que la gran garantía de los derechos es la Constitución, pues establece expresamente un límite al ejercicio de la soberanía;

38°. Que, la soberanía se ha entendido como el Poder del Estado, o en forma más precisa, como una cualidad de dicho Poder: no admite a otro ni por encima de él ni en concurrencia con él;

39°. Que, el concepto de soberanía ha evolucionado con los tiempos de manera que hoy se reconoce que limitan su ejercicio los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como lo dice expresamente nuestra Carta Fundamental;

40°. Que, el Constituyente ha sido claro al referirse a la soberanía. Ha señalado con precisión quien es su titular -la Nación, o sea, aquella agrupación de personas, unidas por vínculos materiales y espirituales, que los hace tener conciencia de poseer caracteres comunes que les permite diferenciarse de otros grupos nacionales, y en que los individuos manifiestan y demuestran tener la voluntad de conservar esos lazos de unidad. Se comprenden en este concepto, las generaciones pasadas, presentes y futuras.

Ha indicado, también, quien ejercita la soberanía: el pueblo y las autoridades que la Constitución establece y ha adoptado una posición acorde con los tiempos actuales, al señalar que cuando se ejercita existe un límite que es el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana;

41°. Que, las únicas autoridades que pueden ejercitar soberanía son las que la Constitución establece, entre las que destaca el Presidente de la República, el Congreso Nacional y los Tribunales de la Nación.

Las funciones y atribuciones que la Constitución entrega a estas autoridades constituye la forma en que la soberanía se manifiesta y se hace realidad;

42°. Que, entre las distintas funciones públicas, entregadas por la Constitución a las autoridades que ella establece, está la función jurisdiccional que viene a ser un aspecto de cómo se ejercita la soberanía nacional;

43°. Que, este Tribunal Constitucional ha invocado, y lo hace una vez más, el concepto de jurisdicción en los siguientes términos: el poder-deber que tienen los

tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir (Colombo Campbell, Juan, “La Jurisdicción en el Derecho Chileno”, Ed. Jurídica de Chile, 1991, pág. 41);

44°. Que, nuestra Constitución Política caracteriza la jurisdicción como una función pública emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son “*las autoridades que esta Constitución establece*”. Así se desprende nítidamente de las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 73, 74, y de los Capítulos VII y VIII, que establecen al Tribunal Constitucional y a la Justicia Electoral, respectivamente.

Debe señalarse que, cuando la Constitución habla de “*la facultad de conocer*”; “*la pronta y cumplida administración de justicia*”; “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional*”; “*El Tribunal conocerá y resolverá*”, son todas manifestaciones del ejercicio de la función jurisdiccional o jurisdicción de que se encuentran investidos los tribunales de la República;

45°. Que, como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 5°, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del “*Poder Judicial*”. De esta manera, a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad;

46°. Que, los artículos 73 y 19, N° 3, de la Carta Fundamental, consagran expresamente a la jurisdicción en el sistema constitucional nacional.

La potestad jurisdiccional le permite a los tribunales conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado, excluyendo en el área de los conflictos sometidos a su poder cualquier injerencia de autoridad alguna, nacional o internacional, como se desprende del artículo 73 de la Constitución, en cuanto expresa “*Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”.

El deber se consagra en el inciso segundo del artículo 73, de la Carta Fundamental, que contiene la llamada regla de la inexcusabilidad, y que dice: “*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión*”.

Siendo así, en la medida que se incluyan disposiciones de un tratado que complementen o eventualmente corrijan la situación antes descrita, deberán necesariamente incorporarse a nuestro sistema jurídico a través de una reforma a la Constitución;

47°. Que, cabe destacar el último artículo mencionado, que en su inciso primero, dice:

“Artículo 79. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempo de guerra.”;

48°. Que, conforme con la norma transcrita 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;

49°. Que, la jurisdicción contemplada en los artículos 73 y 19, N° 3, de la Constitución, como ya se ha expresado, le corresponde ejercerla a los tribunales establecidos por la ley, lo cual confirma la aplicación del principio de la territorialidad de la jurisdicción.

Así se establece en el texto de los artículos 74 y 19, N° 3. El primero expresa que: *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.”*

Por su parte los artículos 6°, 7°, y 19, N° 3, en concordancia con el artículo 5°, inciso primero, expresan que la jurisdicción como ejercicio de soberanía se ejecuta por *“las autoridades que esta Constitución establece”*. Recordemos que los tribunales, incluyendo a esta Magistratura, como órganos del Estado, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y que éstos solo actúan validamente dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley;

50°. Que, de las disposiciones invocadas, debe concluirse que todo conflicto en cuya solución exista un interés público comprometido queda necesariamente sometido al conocimiento y decisión de los tribunales establecidos por la ley chilena.

Por el contrario, si estamos en presencia de derechos disponibles, podrá prorrogarse la competencia entre tribunales nacionales e incluso, como se ha hecho, a tribunales internacionales o de otros países.

Las materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables por lo cual, para que Chile reconozca la jurisdicción de tribunales supranacionales deberá incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno;

...

VI. La jerarquía de los tratados.

59°. Que, por la reforma constitucional de 1989, se modificó el artículo 5° de la Constitución Política, agregando un inciso segundo. Esta disposición dice:

“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.”;

60°. Que, como consecuencia de esta reforma se ha suscitado una controversia respecto a la interpretación que debe darse al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución.

La nueva redacción ha llevado a algunos a pretender que, los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental.

Dada la estrecha relación entre este tema y el que se analiza en esta causa, se hace necesario dilucidar esta controversia, máxime cuando en la fundamentación de las observaciones formuladas por el Presidente de la República subyace la idea que el derecho internacional convencional sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución;

61°. Que, con anterioridad a la reforma de 1989, había opinión unánime en el sentido que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional;

62°. Que, en este aspecto, es relevante recordar que, aunque parezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental;

63°. Que, la historia fidedigna de la norma corrobora al aserto anterior.

En el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, se dejó expresa constancia que:

“En virtud de este número se agrega una oración final al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que dice: “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 encuentran vigentes.

Esta disposición reafirma el concepto de que el Estado está al servicio de la persona humana y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vulnerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza. A la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos, los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, pudiendo las leyes y los tratados desarrollarlos sin afectar su esencia.

En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales.”

Lo anterior nos permite afirmar que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado.

Comentando este Informe, el profesor Raúl Bertelsen, en su trabajo “Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno” (Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, N°s. 2 y 3, Tomo I, pág. 219), dice: “¿Cabe, entonces, alguna duda que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables? Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena

sobre superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales.”;

64°. Que, con anterioridad a la reforma de 1989 este Tribunal, en sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales;

65°. Que, este criterio fue confirmado en acuerdo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre Reforma a la Constitución Política de la República de 1980, de noviembre de 2001, en el que se hizo expresa mención al contenido del Rol N° 46, antes citado, expresó:

“En relación a la propuesta referida a tratados que modifiquen materias reguladas por la Constitución, se acordó, sin embargo, dejar constancia que la Comisión confirma el criterio ya definido en un informe evacuado en el año 1963, en el cual, respondiendo a una consulta de la Sala (Boletín N° S 139-10), señaló coincidiendo con lo sostenido por el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987, que no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado internacional.” (págs. 349 y 350);

66°. Que, con posterioridad a la reforma de 1989, este propio Tribunal en sentencia de 4 de agosto del año 2000, Rol N° 309, señaló que “si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes” (considerando 17°)

Si las distintas materias del tratado deben respetar los quórums de aprobación o rechazo que indica el artículo 63 de la Constitución Política, resulta que es indudable la absoluta sujeción de los tratados internacionales a la Carta Política;

68°. Que, sobre el particular, el profesor Lautaro Ríos, señala: “Ninguna constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inc. 2° del art. 5° de nuestra Carta, que tiene -manifiestamente- otro alcance, como ya vimos. La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD. HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD. HH. Tuvieran rango constitucional per se.

Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Tanto el quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD. HH. Y a un eventual carácter modificadorio de la Constitución.

Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido

acompañada de la modificación de los arts. 80, 82, N° 2, y del Capítulo XIV de la Constitución.” (“Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en Gaceta Jurídica N° 215, 1998, pág 13);

69°. Que, sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (artículo 82, N° 2, de la Constitución) y el control a posteriori (artículo 80, de la Constitución) ¿pues que sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?;

70°. Que, igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Llegaríamos al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma;

71°. Que, el sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5° de la Constitución, es que el Constituyente quiere dar énfasis a las [sic] derechos fundamentales, señalando que es deber para los órganos del Estado, respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino que también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

72°. Que, si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile;

73°. Que, las disposiciones constitucionales que llevan a la conclusión anterior son las siguientes:

El artículo 6°, inciso primero, que consagra el principio de supremacía constitucional:

“Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.”

El artículo 82, N° 2, que autoriza el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, cuando así lo solicitaren:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

2°) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;”

El artículo 80, que autoriza el control de constitucionalidad de determinados preceptos legales, entre los que deben considerarse los tratados internacionales:

“Artículo 80. La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.”

El Capítulo XIV, que señala un procedimiento especial para la reforma constitucional;

74°. Que, en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional;

75°. Que, por último, sobre el particular, cabe destacar lo señalado por el profesor y tratadista Alejandro Silva Bascuñán, en su obra “Tratado de Derecho Constitucional², en que expresó: “En la Comisión Ortúzar sostuvimos que “... dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dictan dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales”. Basándonos en esta convicción formulamos la siguiente proposición de norma, que en definitiva no fue incorporada al anteproyecto: “Los tratados regularmente aprobados, ratificados y promulgados, prevalecen en el derecho interno en cuanto sean aplicables y su contenido no se oponga a los preceptos de esta Constitución”. Enseguida sostuvimos: “que en esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquier otra norma jurídica, y considera que, en realidad, respecto de las demás normas jurídicas el tratado no las deroga ni las modifica, sino que las supera, las hace inaplicables, las deja sin efecto, las hace caducas, no genéricamente, en todo su contenido, sino que nada más en función de su aplicación, en todo cuanto se oponga a sus disposiciones” (sesión 47^a, págs. 14 y 15).

Las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre los derechos humanos esenciales. Revisten estos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa. Así, pues, aun cuando, por su propia índole, los preceptos contenidos en los tratados que consideramos recaigan, según ya se ha notado, en asuntos de la más diversa naturaleza, cuando ellos inciden en lo que se pudiera llamar el “estatuto de la libertad” consagrado por la Constitución, quedan siempre evidentemente situados en la categoría formal de la ley y, ello advirtiendo, una vez más, la circunstancia de que les acompaña mayor fuerza jurídica al compararlos con la que reviste la ley interna común. En síntesis, si tratados y leyes integran formalmente el mismo rango o jerarquía normativa, en la aplicación de ambas preceptivas a un caso concreto tendrá primacía la del tratado sobre el precepto legal.” (Silva Bascuñán, Alejandro. “Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral.” Ed. Jurídica de Chile, 1997, pág 124);

VII. Otras Inconstitucionalidades.

76°. Que, los requirentes sostienen que, además de la inconstitucionalidad analizada en los capítulos precedentes, otras disposiciones del Estatuto son contrarias a la

Constitución Política de la República, por lo que el Tratado, de acuerdo al artículo 50 de la Carta, antes transcrito, no podrá aprobarse, pues no cabe su modificación o enmienda por el Congreso Nacional.

El rechazo de una disposición del Tratado implica la desaprobación de su totalidad frente a nuestro sistema constitucional, ya que el Congreso no puede modificar ni hacer reservas;

77°. Que, si bien los requirentes formularon otras inconstitucionalidades, este Tribunal, en esta oportunidad, sólo examinará las siguientes:

1) En relación con indultos y amnistías.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional señala:

“Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) *El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.”*

Por su parte, el artículo 110 dispone:

“Artículo 110

Examen de una reducción de la pena

1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.

2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.

3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.

4. Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:

- a) *Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;*
- b) *Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o*
- c) *Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para*

justificar la reducción de la pena.

5. La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.”;

78°. Que, la Constitución indica expresamente cuál es la autoridad que puede otorgar los beneficios del indulto y la amnistía. Al efecto cabe tener en consideración lo dispuesto por los artículos 32, N° 16 y 60, N° 16, de la Carta Política”.

“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

16° Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”

“Artículo 60. Sólo son materias de ley:

16) Las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia.

Las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9.º;

79°. Que, los artículos del Estatuto de Roma transcritos en el considerando 77°, son incompatibles con las normas constitucionales anteriormente citadas, toda vez que, de una comparación de los textos transcritos resulta que el Estatuto infringe claras normas constitucionales, pues, en esencia, coarta las atribuciones del Presidente de la República para dictar indultos particulares, e igualmente priva al órgano legislativo de su facultad de dictar leyes sobre indultos generales y amnistías, en relación con los ilícitos contemplados en el artículo 5° del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Este quebrantamiento constitucional se produce en razón que la Corte Penal Internacional podría desconocer en sus sentencias indultos o amnistías previamente concedidas por las autoridades nacionales competentes;

80°. Que, la sentencia del Consejo Constitucional Francés que declaró que para ratificar la Convención sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional era necesaria una revisión constitucional, tuvo en especial consideración que, de acuerdo con el Estatuto, una causa podía ser sometida válidamente ante la Corte Penal Internacional por la sola circunstancia de la aplicación de la ley de amnistía, lo que obligaría a Francia a entregar a una persona por hechos que estarían cubiertos por dicha amnistía. En estas circunstancias, se estimó que se estaría atentando contra las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional;

81°. Que, el mismo argumento es dable utilizar tratándose de la aprobación del Tratado de Roma en nuestro país, pues los artículos del Estatuto antes señalados violan claras disposiciones constitucionales y, en consecuencia, atentan contra el ejercicio de la soberanía nacional por el órgano colegislador y por el Presidente de la República, conculcando el artículo 5°, inciso primero, de nuestra Ley Fundamental:

2)Fuero parlamentario y prerrogativas de los jueces.

82°. Que, el Estatuto, en el artículo 27, señala:

“Artículo 27

Improcedencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.*”;

83°. Que, el artículo 58 de la Constitución Política establece, con el doble objetivo de asegurar la independencia del Congreso y una mayor libertad de acción a sus miembros, ciertos beneficios, como son la inviolabilidad y el fuero parlamentario;

84°. Que, el fuero parlamentario está consagrado en el artículo 58, inciso segundo, de la Constitución, que dice:

“Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.”;

85°. Que, los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales y los jueces letrados gozan también de una prerrogativa en materia penal, que se encuentra indicada en el artículo 78 de la Constitución:

“Artículo 78. Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley.”;

86° Que, de acuerdo al artículo 81, inciso cuarto, de la Constitución Política, de igual prerrogativa gozan los Ministros del Tribunal Constitucional, al hacérseles aplicables las disposiciones del artículo 78 de la misma Carta. Lo propio ocurre con el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos, a quienes por disposición del artículo 80 H, también les rige el citado artículo 78;

87°. Que, las normas constitucionales transcritas en los considerandos anteriores deben confrontarse con el artículo 27 del Estatuto de Roma;

88°. Que, de la sola lectura de ellas, aparece con nitidez que el fuero parlamentario y las prerrogativas penales de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces que integran el Poder Judicial y de los Ministros del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos quedan sin efecto porque el Estatuto hace desaparecer este sistema, ya que prevé un procesamiento directo ante la Corte, lo que resulta incompatible con las disposiciones constitucionales precedentemente citadas;

3) Función y atribuciones del Fiscal de la Corte Penal Internacional.

89°. Que, algunas normas del Tratado de Roma, como por ejemplo su artículo 54, párrafo 2, en relación con el artículo 99, párrafo 4, del mismo cuerpo normativo, otorgan al Fiscal de la Corte Penal Internacional determinadas facultades, entre otras, las de investigar en el territorio del Estado Parte, reunir y examinar pruebas, hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos.

Estas normas 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;

CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 1288. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Voto mayoría.

3°. Procedencia de la acción de inaplicabilidad respecto de tratados internacionales.

TRIGESIMOQUINTO.- Que el artículo 47 B que el artículo único, N° 57, del proyecto introduce al Párrafo 6° del Título II del Capítulo II de la Ley N° 17.997, cuyo epígrafe es “Cuestiones de Inaplicabilidad”, establece que “de conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”;

TRIGESIMOSEXTO.- Que, a su vez, el artículo 47 G, que el artículo único, N° 57, del proyecto incorpora al mismo párrafo, señala en su inciso primero, N° 4°, que procederá declarar la inadmisibilidad “cuando se promueva (la cuestión) respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”;

TRIGESIMOSEPTIMO.- Que el artículo 93, inciso primero, de la Constitución Política, establece como atribución del Tribunal Constitucional, en su número seis, “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

TRIGESIMOCTAVO.- Que esta atribución, además, debe ser ejercida cumpliendo con los requisitos que se indican en el inciso decimoprimer del mismo artículo 93 de la Constitución, que indica que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley...”;

TRIGESIMONOVENO.- Que, por su parte, conforme a lo establecido en el artículo 92, inciso final, de la Constitución, agregado por la reforma constitucional de 2005, respecto del Tribunal Constitucional: “Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”;

CUADRAGESIMO.- Que esta ley orgánica constitucional, cuyo proyecto de modificación es materia de control de constitucionalidad en la presente sentencia (en conformidad a lo establecido en el artículo 93, N° 1°, de la Constitución), no puede - desde luego- restringir o limitar las facultades de esta Magistratura más allá de lo que establece la Constitución, pues ello obligaría a declarar la inconstitucionalidad de toda norma que, bajo pretexto de regular el “funcionamiento” o los “procedimientos” del Tribunal, viniera a cercenar sus funciones atribuidas por la Carta Suprema;

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Que respecto de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional aludida, esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. Primero, un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución). Segundo, un control ex post y concreto –facultativo- de constitucionalidad de una norma de un tratado que, en cuanto “precepto legal”, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”, esto es, el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, arriba transcrito. De este modo, tal como lo ha sostenido el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, “la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna” (Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, pág. 7);

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- Que si en el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de un tratado, el Tribunal estimare la inconstitucionalidad de

alguna de sus disposiciones, ella no podrá formar parte de aquel que finalmente ratifique el Presidente de la República. En cambio, en el caso de la declaración de inaplicabilidad de una norma de un tratado ya promulgado y vigente, dicha declaración sólo producirá un efecto particular en el orden interno y para el caso concreto que constituye la gestión pendiente en que la norma no se podrá aplicar, sin que se altere de este modo la generalidad de la disposición del tratado ni su vigencia desde el punto de vista del derecho internacional, cuestión que conforme se verá, según se desarrolla en esta sentencia, es de la máxima importancia;

CUADRAGESIMOTERCERO.- Que, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N° 1 del artículo 54 de la Constitución (“...se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”) que aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (Rol N° 288), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental;

CUADRAGESIMOCUARTO.- Que así, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 346, esta Magistratura dejó claramente establecido que la Carta Fundamental “autoriza el control de constitucionalidad de determinados preceptos legales, entre los que deben considerarse los tratados internacionales”;

CUADRAGESIMOQUINTO.- Que en dicho fallo se cita la doctrina del profesor Alejandro Silva Bascuñán, para quien los tratados revisten “una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, pág. 124);

CUADRAGESIMOSEXTO.- Que, como se verá, la reforma constitucional de 2005 no añade nada que permita establecer un criterio diferente al ya sostenido por este Tribunal tanto bajo el texto original de la Constitución de 1980 como en su texto reformado el año 1989, no habiendo variado a la fecha de esta sentencia los criterios

expuestos sobre la jerarquía de los tratados internacionales y su calidad de preceptos legales (Roles N°s 309 y 312);

CUADRAGESIMOSEPTIMO.- Que, en concordancia con lo expresado en los considerandos precedentes, debe señalarse que tanto esta Magistratura como la Corte Suprema, antes de 2005, cuando era competente para conocer del recurso de inaplicabilidad, han considerado que la expresión “precepto legal” debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo, por cierto, las disposiciones de un tratado internacional (sentencia de 24 de octubre de 1997, Rol N° 33.097). El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de “precepto legal”;

CUADRAGESIMOCTAVO.- Que la misma tesis del sentido amplio de la expresión “precepto legal”, que incluye a los tratados internacionales, ha sido seguida invariablemente por este Tribunal Constitucional desde que es de su competencia el conocimiento del requerimiento de inaplicabilidad. Así, ha declarado que la expresión precepto legal “es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley”, en términos tales que es equivalente a “regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)”. Concluyéndose que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable” (sentencia de 28 de mayo de 2009, dictada en los autos Rol N° 1204, considerando 6°);

CUADRAGESIMONOVENO.- Que un ejemplo reciente y corolario de lo dicho respecto de la jerarquía de los tratados y de que sus disposiciones tienen en nuestro sistema rango legal, se encuentra en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional y que introdujo la nueva disposición transitoria vigesimocuarta a la Carta Suprema para dichos efectos. Esta nueva disposición que se agrega a nuestra Constitución era la única vía para que Chile pudiera ratificar dicho tratado internacional pues, conforme dictaminó esta Magistratura en la

sentencia Rol N° 346, arriba citada, los tratados internacionales no tienen rango constitucional. Pues bien, si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello;

QUINCUAGESIMO.- Que, de la lectura de los artículos 47 B nuevo del proyecto que se revisa y número 1) del artículo 54 de la Constitución Política a que aquél hace referencia, no aparece justificación alguna para que se sustraiga del Tribunal Constitucional, por una norma legal, su atribución relativa a declarar inaplicable un precepto legal -precepto que perfectamente puede estar contenido en las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Chile y vigente- a un caso concreto;

QUINCUAGESIMOPRIMERO.- Que, en efecto, el número 1) del artículo 54 de la Constitución, norma que también fue objeto de reforma constitucional el año 2005, establece la facultad exclusiva del Congreso Nacional para aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el Presidente de la República antes de su ratificación. Es decir, ambas cámaras deben aprobar el tratado para su incorporación en el derecho interno, debiendo hacerse presente que no le pueden introducir modificaciones (sin perjuicio de que pueden sugerir reservas y declaraciones interpretativas), ni derogarlo conforme a las normas de derecho interno, pues es de resorte exclusivo del Presidente de la República “conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras..., y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país...” (artículo 32, N° 15, de la Constitución). Es por ello que el artículo 54, número 1), de la Constitución, en su inciso primero “in fine”, indica que la aprobación del tratado en el Congreso “se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”, haciendo la diferencia con el antiguo artículo 50 de la Constitución, que no indicaba “en lo pertinente”;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO.- Que, así, el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella, sino que se rige, por lo menos en su formación, por las voluntades de dos o más Estados. En

atención a lo anterior es que la Carta Fundamental precisa que las disposiciones de un tratado no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas sino “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional” (artículo 54, N° 1), inciso quinto). Con ello, además, se reconoce la intervención del derecho internacional tanto en la formación como en la derogación de los tratados;

QUINCAGESIMOTERCERO.- Que lo señalado respecto a las particularidades de la tramitación de un tratado internacional no obsta a que éste, una vez aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República, se integre a nuestro derecho interno como un “precepto legal”, concepto que siempre se ha entendido tanto por esta Magistratura, como antiguamente por la Corte Suprema, cuando era ella quien conocía del recurso de inaplicabilidad, en un sentido amplio. De este modo, si bien y como ya lo ha sostenido en diversas sentencias esta Magistratura (Roles N°s 282, 383 y 288), no podemos decir que un tratado internacional es una ley, pues no son lo mismo, sí debemos señalar que un tratado se somete, en lo pertinente, a los trámites de una ley y que puede contener perfectamente disposiciones sobre materias propias de ley. Confirma lo anterior lo dispuesto en el artículo 54, numeral 1), párrafo cuarto, conforme al cual “las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria.”;

QUINCAGESIMOCUARTO.- Que, de otro modo, no se explicaría cómo el constituyente de 2005 estableció el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad “de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas” (artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución), haciendo referencia directa a las leyes orgánicas constitucionales. A ello debe agregarse el control preventivo y facultativo de constitucionalidad de los tratados internacionales, en conformidad al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución, que también supone que el tratado pueda contener disposiciones propias de ley;

QUINCUAGESIMOQUINTO.- Que si el tratado no es una ley en sentido estricto, pero puede contener disposiciones propias de ley, tales disposiciones serán sin lugar a dudas “preceptos legales”, que pueden perfectamente ser objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La solución contraria, esto es, la que deja al margen del requerimiento de inaplicabilidad a los preceptos de un tratado internacional, según se declarará, es contraria a la Constitución;

QUINCUAGESIMOSEXTO.- Que, conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un solo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, como esta Magistratura ya lo ha indicado en reiteradas oportunidades (Roles N^{os} 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608, 609, 610, 611, 612 y 623, entre otros), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones;

QUINCUAGESIMOSEPTIMO.- Que, por cierto, el espíritu de la reforma de 2005 fue reunir todo el control de constitucionalidad de los preceptos infraconstitucionales –dentro de los cuales se incluyen los preceptos de un tratado internacional- en el Tribunal Constitucional, estableciéndose un control ex ante y otro ex post, este último con efectos sólo para el caso concreto. Diferente es la situación contemplada en el artículo 93, N^o 7^o, de la Constitución Política, caso en que se permite a esta Magistratura expulsar del ordenamiento jurídico un precepto legal, con efectos “erga omnes” y sin alcance retroactivo;

QUINCUAGESIMOCTAVO.- Que, en efecto, una declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por parte de este Tribunal implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como una infracción a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las

relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución), pues esa declaración de inconstitucionalidad genera el mismo efecto que una ley derogatoria: expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma jurídica sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada;

QUINCAGESIMONOVENO.- Que, como es sabido, al traspasar el conocimiento de la acción antes mencionada al Tribunal Constitucional, la reforma de 2005 precisó que a éste le corresponde resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación (...) resulte contraria a la Constitución”. Se introdujo así un cambio de gran importancia. Ya no se trata de declarar inaplicable un precepto legal determinado contrario a la Constitución, sino que un precepto legal cuya eventual aplicación pueda resultar contraria a la Carta Fundamental;

SEXAGESIMO.- Que, de esta manera, la declaración de inaplicabilidad es una forma de control concreto de constitucionalidad, diferente al carácter abstracto que se sostiene tenía el que se ejercía a través de esta acción con anterioridad a dicha modificación constitucional. En tal sentido, este Tribunal (Rol N° 546) ha señalado que “De la simple comparación del texto de la norma(...)con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental (...)se desprende que(...)mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá (ser) declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior”;

SEXAGESIMOPRIMERO.- Que lo anteriormente descrito es de la esencia del ejercicio de la función jurisdiccional que le corresponde a esta Magistratura en conformidad con lo que establece el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Suprema y no guarda relación con lo establecido en el inciso quinto del N° 1° del artículo 54 de la Carta Fundamental, que se refiere a las atribuciones propias del Poder Legislativo;

SEXAGESIMOSEGUNDO.- Que, en este sentido, la ex Ministro de este Tribunal, profesora Luz Bulnes Aldunate, en el informe que elaboró, a petición de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante la tramitación del proyecto en estudio, señaló que la inaplicabilidad de un precepto legal es una institución que resulta “del ejercicio de funciones jurisdiccionales por un órgano también de esta naturaleza jurídica”, agregando que no se puede “asimilar a las atribuciones (d)el órgano legislativo cuando deroga, modifica o suspende las disposiciones de un tratado internacional, caso al que se refiere específicamente el artículo 54 mencionado” (pág. 4);

SEXAGESIMOTERCERO.- Que, en otro orden de ideas, debe tenerse presente que la reforma de 2005 vino a fortalecer el principio de supremacía constitucional ampliando considerablemente las atribuciones de esta Magistratura, que tiene por función velar por su efectiva vigencia en relación, entre otras materias, precisamente con el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, en conformidad con lo que dispone el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental;

SEXAGESIMOCUARTO.- Que, si ésa fue la voluntad del constituyente, no se concilia con dicho propósito el concluir que la modificación constitucional antes mencionada eliminó el control de constitucionalidad a posteriori de los tratados internacionales que se ejerce a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

SEXAGESIMOQUINTO.- Que, en este sentido, es necesario reiterar que la atribución comprendida en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, difiere notoriamente de aquella contenida en el N° 7° del mismo precepto constitucional, no obstante la relación existente entre ambas. En el caso de esta última, esta Magistratura expulsa del ordenamiento jurídico un precepto legal con efecto “erga omnes” y sin alcance retroactivo. Sin embargo, no le corresponde hacerlo respecto de una disposición de un tratado internacional, puesto que ello implicaría una infracción a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la

República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución). Ello, en atención a que la declaración de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Ley Suprema genera el mismo efecto que una ley derogatoria: elimina el precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada;

SEXAGESIMOSEXTO.- Que debe recordarse al respecto que, tal como lo ha señalado reiteradamente este Tribunal, la Constitución Política de la República es un todo orgánico y sistemático y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que guarden entre ellas la debida correspondencia y armonía;

SEXAGESIMOSEPTIMO.- Que es menester tener presente, adicionalmente, las expresiones vertidas por el Senador Hernán Larraín en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con motivo del estudio del proyecto sujeto a control. Señaló en esa oportunidad: “al menos desde la Carta de 1925, se ha entendido que la expresión precepto legal incluye a los tratados internacionales, para los efectos de alegar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que no afectó al principio de intangibilidad de los tratados. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema. Es evidente que la ley y el tratado son fuentes del derecho diferentes, pero, para estos efectos, se les ha asimilado siempre”. Más adelante indica: “Como partícipe directo en las reformas plasmadas por la ley N° 20.050, aseguro que nunca, en todas las etapas de su tramitación, se suscitó discusión en torno al sentido y alcance de la expresión ‘precepto legal’, porque el constituyente no pretendió alterar el entendimiento que se le había dado siempre.” (Segundo Informe de la Comisión, 15 de enero de 2007);

SEXAGESIMOCTAVO.- Que, por lo demás, según se desprende de los antecedentes de la historia fidedigna del proyecto, la norma constitucional tiene su origen en lo que dispone el artículo 96.1 de la Constitución Española, que señala: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser

derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”. Y como destaca Manuel Díez de Velasco refiriéndose precisamente al ordenamiento jurídico español: “los Tratados deben respetar y conformarse a la Constitución. En efecto, un Tratado que ya formase parte de nuestro ordenamiento interno podría ser objeto de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161. 1.a) de la Constitución y art. 27.2. c) de la L.O.T.C.) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y arts. 35 y ss. de la L.O.T.C.)”. Concluyendo el mismo autor que “El control de constitucionalidad corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado(a) unilateralmente por una de las Partes.” (Instituciones de Derecho Internacional Público, 11ª Edición, Editorial Tecnos, 1997, pág. 198);

SEXAGESIMONOVENO.- Que, por lo demás, como lo hizo presente el profesor de Derecho Internacional, Francisco Orrego Vicuña, durante la tramitación de la ley que motiva el presente control de constitucionalidad, “en muchos sistemas judiciales se permite tal inaplicabilidad por contravenir el tratado, por ejemplo, las garantías individuales o el debido proceso del particular afectado”;

SEPTUAGESIMO.- Que, confirmando lo anterior, el artículo 100 de la Ley Fundamental de Alemania, en lo concerniente al control concreto de normas, indica que “si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”;

SEPTUAGESIMOPRIMERO.- Que, en suma, de lo razonado se desprende que el artículo 47 B excede el ámbito de competencias que el artículo 92 de la Constitución otorga a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, como

se indicó en el considerando decimocuarto, pues no se refiere ni a la organización, ni al funcionamiento, ni a los procedimientos que se siguen ante éste. Corrobora lo recién señalado la circunstancia de haberse excluido expresamente del aludido inciso final del artículo 92 de la Constitución, la habilitación a la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal para regular sus atribuciones. En efecto, durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, en el segundo trámite constitucional, el texto aprobado por la Cámara de Diputados contemplaba las “atribuciones” del Tribunal entre tales materias, término que fue suprimido por el Senado en el tercer trámite constitucional. Señala el informe respectivo de la Comisión del Senado:

“En tercer lugar, se acordó excluir de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso final la regulación de las atribuciones del Tribunal. Por esta razón, se acordó proponer a la Sala del Senado votar en forma dividida esta disposición, de manera de dejar fuera de ella la referencia a las ‘atribuciones’.”.

Asimismo, el veto número 14 formulado por el Presidente de la República al referido proyecto de reforma constitucional señaló sobre la misma materia:

“En el veto N° 14 se precisa la interpretación de una materia al mandato de regulación del Tribunal Constitucional y se excluye otra.

En el primer caso, se quiere dejar expresa constancia que la expresión ‘procedimientos’, permite organizar el debido proceso al interior de la tramitación de algunas de las competencias del Tribunal Constitucional en aquello no previsto por la propia Constitución. Es así como se puede verificar en qué consistirá el examen de admisibilidad en casos determinados, una orden de no innovar u ordenar la tramitación y vista de la causa cuando sea necesario.

En el segundo caso, se trata de excluir la expresión ‘atribuciones’ del proyecto de reforma constitucional, puesto que todas ellas son materia de rango constitucional y no existe ninguna posibilidad de desconstitucionalizar competencias.”;

SEPTUAGESIMOSEGUNDO.- Que de lo que se termina de exponer se concluye que el artículo 47 B y la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente” comprendida en el artículo 47 G, inciso primero, N° 4°, que el

artículo único, N° 57, del proyecto incorpora a la Ley N° 17.997, son inconstitucionales y así se declarará;

VOTO DISIDENTE DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL, MINISTRO SEÑOR JUAN COLOMBO CAMPBELL, Y DE LOS MINISTROS SEÑOR JOSE LUIS CEA EGAÑA Y SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES EN RELACION CON LOS ARTICULOS 47 B Y 47 G, INCISO PRIMERO, N° 4°, REFERIDO A LA FRASE “O RESPECTO DE DISPOSICIONES DE UN TRATADO INTERNACIONAL VIGENTE”.

Acordada con el voto en contra del Presidente del Tribunal, Ministro señor Juan Colombo Campbell, y de los Ministros señores José Luis Cea Egaña y señora Marisol Peña Torres, quiénes no compartieron la decisión contenida en la declaración N° 3 de esta sentencia, que dice relación con el **artículo 47 B y con la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”, comprendida en el artículo 47 G, inciso primero, N° 4°**, del proyecto de ley en examen, por las siguientes razones:

a) Que el artículo 47 B del proyecto de ley analizado indica: *“De conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*;

b) Que el artículo 47 G, inciso primero, N° 4°, del mismo proyecto precisa que: *“Procederá declarar la inadmisibilidad (de la cuestión de inaplicabilidad) en los siguientes casos: 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente.”*;

c) Que, a diferencia de lo resuelto por la sentencia, estos jueces disidentes estiman que las disposiciones del proyecto de ley en cuestión, transcritas en las letras a) y b) precedentes, no transgreden la Carta Fundamental sino que, por el contrario, se ajustan a ella y, además, a los fundamentos que rigen la responsabilidad internacional de los Estados, según se demostrará;

d) Que, en efecto, las normas del proyecto aludidas precedentemente vedan la posibilidad de interponer una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los términos previstos en el artículo 93, incisos primero, N° 6, y undécimo, de la Constitución y, en caso de que, pese a esa prohibición, igualmente se deduzca, obliga al Tribunal Constitucional a declarar su inadmisibilidad;

e) Que tanto la norma contenida en el artículo 47 B como aquella que se incluye en el artículo 47 G, inciso primero, N° 4, del proyecto de ley que se controla en esta oportunidad se ajustan a lo prevenido en los preceptos constitucionales mencionados precedentemente.

En efecto, el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Ley Suprema confía a esta Magistratura la atribución de *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”* (El subrayado es nuestro).

El inciso undécimo de esa misma disposición precisa, por su parte, que: *“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”* (El subrayado es nuestro);

f) Que bajo el imperio de la Carta de 1925 y también durante la vigencia del texto primitivo de la actual Constitución, se entendió que la expresión “precepto legal” tenía un contenido genérico y abarcaba, por ende, a todos los preceptos que compartieran esa naturaleza, entre los que se incluyó a los tratados internacionales. Esta interpretación derivaba del contenido preceptivo del antiguo artículo 43 N° 5 de la Carta de 1925 y del artículo 50 N° 1) del texto original de la Constitución de 1980, según los cuales la aprobación de un tratado debía someterse a los trámites de una ley;

g) Que, ciertamente, esas normas han sido reemplazadas por la regulación contenida actualmente en el artículo 54 N° 1) de la Carta Fundamental, que permite colegir un alcance diferente del establecido previamente, según se verá;

h) Que, con todo y antes de producirse la modificación introducida por la reforma constitucional de 2005, mediante la Ley N° 20.050, al artículo 50 (hoy 54) N° 1) de la Constitución, ya la jurisprudencia de este Tribunal, así como la de los tribunales ordinarios, había venido desvirtuando la asimilación entre “ley” y “tratado”;

i) Que, así, esta Magistratura señaló que tratado y ley *“son fuentes de derecho diferentes”*. Dicha afirmación se contiene específicamente en la sentencia recaída en el rol N° 288, en la que se agregó: *“En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, N° 2, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.”* (Considerando 6°);

j) Que, por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia recaída en el recurso de apelación Rol N° 36.683-94, había precisado que: *“(…) debemos tener presente el hecho de que como establece el artículo 50 N° 1 de la Constitución, es para su aprobación por el Parlamento que el tratado debe someterse a los trámites de una ley, lo que es muy distinto a sostener que los tratados se sometan a los trámites de una ley. Nadie puede desconocer la distinta naturaleza de ambos tipos de normas y su ámbito de aplicación. En efecto, mientras la ley es un acto jurídico emanado de la*

voluntad unilateral de un Estado a través de los órganos colegisladores, el tratado internacional es un acto jurídico bi o multilateral que depende de la voluntad de diversos Estados y que un Estado Parte no puede, unilateralmente, dejar sin efecto las obligaciones y derechos que emanan del tratado.” (Considerando 6º, letra d)). (El subrayado es nuestro);

k) Que, en ese entendimiento, estos Ministros disidentes aprecian que el Constituyente de 1980, progresivamente, ha ido separando a la ley del tratado dentro del panorama de fuentes del derecho imperantes en Chile.

Sólo así puede entenderse que el artículo 82, inciso primero, N° 2, del texto original de la Ley Fundamental (hoy artículo 93, inciso primero, N° 3) haya considerado la posibilidad de deducir cuestiones de constitucionalidad tanto respecto de “*proyectos de ley (o de reforma constitucional)*” cuanto de “*tratados sometidos a la aprobación del Congreso.*” Si ambos tipos de normas –ley y tratado- hubieren sido de la misma naturaleza, habría bastado utilizar la expresión genérica de “ley”;

l) Que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 2005 -mediante la Ley N° 20.050- a las competencias del Tribunal Constitucional reafirman la tendencia anotada.

Es así como, recogiendo jurisprudencia emanada de esta propia Magistratura (voto disidente en rol N° 282 y sentencia rol N° 312), el Constituyente de ese momento decidió modificar el numeral 1º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental para incorporar, entre las normas que deben ser sometidas a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, a aquéllas contenidas en “*un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas*” (de las leyes orgánicas constitucionales). Si ley y tratado fuesen lo mismo desde el punto de vista jurídico, habría bastado la mención ya contenida originalmente en la disposición constitucional aludida y que se refiere a “las leyes orgánicas constitucionales”;

m) Que, así, las expresiones “precepto legal”, empleadas en el artículo 93, incisos primero, N° 6, y undécimo, de la Carta Fundamental no pueden hacerse extensivas a los tratados internacionales, concluyéndose, entonces, que no procede deducir una acción de inaplicabilidad respecto de normas contenidas en un tratado, por no haberlo autorizado expresamente el Constituyente;

n) Que, teniendo presentes las diferencias entre “ley” y “tratado”, emanadas del propio texto de la Constitución, así como de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, corresponde examinar, en punto a esta disidencia y a mayor abundamiento, el artículo 54 N° 1) de la Ley Suprema, sobre todo en relación con las modificaciones introducidas después de la reforma de 2005;

ñ) Que, como se ha recordado, el argumento central de quienes asimilaron, en el pasado, el tratado a la ley, en cuanto fuentes idénticas del derecho, se basaba en que el antiguo artículo 50 N° 1) de la Constitución señalaba que la aprobación de los tratados debía someterse a los “trámites de una ley”.

Comentando esa misma disposición, durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, el senador Andrés Chadwick precisaba que: “(...) *no es cierto que los tratados internacionales se tramiten igual que una ley porque tienen dos*

elementos que los hacen distintos; el primero, que se presentan a conocimiento del Congreso luego de un compromiso que ha contraído el Presidente de la República con Estados extranjeros y, en segundo lugar, que sólo se pueden aprobar o rechazar, lo que constituye una diferencia sustancial con el trámite propio de un proyecto de ley.” (Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, p. 344);

o) Que, sin duda, conscientes los parlamentarios de que “ley” y “tratado” son diferentes, aprobaron una primera modificación importante al artículo 50 (hoy 54), N° 1), del Código Político, en el sentido de que los tratados se someterán, “*en lo pertinente*”, a los trámites de una ley, lo cual ha venido, sin duda, a reforzar las singularidades propias de una y otra fuente del derecho;

p) Que una segunda modificación introducida a la norma constitucional mencionada consiste en haber agregado un inciso (el quinto actual), según el cual “*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.*”

Que, explicando el sentido de esta modificación, la señora Ministra de Relaciones Exteriores, doña María Soledad Alvear Valenzuela, expresó, en el primer trámite constitucional de la reforma de 2005, lo siguiente:

“El texto de la Constitución regula el proceso de celebración de un tratado internacional, estableciendo las competencias de los distintos órganos del Estado en esta materia (fundamentalmente, del Presidente de la República y el Congreso Nacional), pero nada dice respecto de la derogación o modificación de un tratado, lo que ha suscitado algunos problemas de interpretación, especialmente respecto a la relación entre éstos y las leyes posteriores que se pudieren promulgar y que fueren incompatibles con dichos tratados.

Parece necesario, dijo, regular estos aspectos puesto que se requiere resolver claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente.

Señaló que este tema debería resolverse haciendo consistente la solución de un conflicto entre normas internacionales e internas, dando primacía a las primeras, como lo establece el Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), evitando, además, que el Estado incurra en permanentes e, incluso, a veces involuntarias situaciones generadoras de responsabilidad internacional.” (Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, p. 332-333);

q) Que, como puede apreciarse, el sentido final de la disposición que hoy se contiene en el inciso quinto del artículo 54, N° 1), de la Constitución apuntaba a evitar que Chile incurriera en responsabilidad internacional si hacía primar su normativa interna por sobre un tratado vigente vulnerando las obligaciones derivadas de éste. Ello se concilia perfectamente con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que preceptúa que: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)*”, lo que, junto al principio de buena fe o “*pacta sunt servanda*” en el cumplimiento de tales normas –consagrado en el artículo 26 de la misma Convención–, constituyen la médula de las obligaciones que un Estado contrae al obligarse por un tratado internacional;

r) Que podría sostenerse que la obligación de cumplir los tratados internacionales, que se traduce en que sus disposiciones pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, sólo resulta aplicable a los órganos que intervienen en la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

Tal argumento, propio exclusivamente de un análisis de derecho interno, resulta desvirtuado si se tiene presente que la responsabilidad internacional por la comisión de un ilícito internacional es atribuible al Estado como sujeto de derecho internacional y no a órganos determinados de éste, como podría ser el caso del Congreso Nacional o de los tribunales de justicia considerados independientemente. Así se expresó en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al caso de la película “La Última Tentación de Cristo” (considerando 81 de la sentencia de 5 de febrero de 2001).

Luego, por mucho que no sea el Presidente ni el Congreso, sino que el propio Tribunal Constitucional quien, con su actuación, produzca la derogación, modificación o suspensión de un tratado, igualmente se generará responsabilidad internacional para el Estado como un todo.

Así, la ubicación de la norma contenida en el inciso quinto del artículo 54, N° 1), de la Constitución no debe inducir a confusiones en el sentido anotado;

s) Que, en efecto, la responsabilidad internacional se genera por la ilicitud de un comportamiento a que estaba obligado un sujeto desde la perspectiva del Derecho Internacional. “*Bastarán, entonces, como lo sostiene la jurisprudencia –y ha recogido la CDI (Comisión de Derecho Internacional) en su proyecto de artículos–, dos elementos para que una determinada conducta pueda ser calificada de hecho internacionalmente ilícito: que consista en la infracción de una obligación internacional que un sujeto tiene para con otro –elemento objetivo del ilícito–, y que tal conducta ilícita sea atribuible a un sujeto de DI (Derecho Internacional) –elemento subjetivo del ilícito–.*” (Remiro Brotons y otros. “Derecho Internacional”. Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 414);

t) Que, así las cosas, resulta necesario preguntarse si la declaración de inaplicabilidad de la norma contenida en un tratado –que el proyecto de ley en examen prohíbe– podría producir alguno de los efectos considerados en el inciso quinto del

artículo 54, N° 1), de la Constitución, generando, además, la consiguiente responsabilidad internacional de nuestro Estado;

u) Que este Tribunal se ha encargado de precisar los efectos de la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal pronunciada en virtud de lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental.

En este sentido, ha sostenido que la acción de inaplicabilidad produce un efecto negativo y otro positivo. El primero se configura al acogerse la declaración de inaplicabilidad solicitada en la gestión respectiva. En este caso, queda prohibido al tribunal que conoce de ella aplicar el precepto cuestionado. El efecto positivo se manifiesta cuando se desecha por el Tribunal Constitucional la acción intentada. En este evento el juez de la causa recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto de que conoce, sin que necesariamente deba ella ser la misma cuya constitucionalidad fue cuestionada sin éxito. (Sentencias Roles N°s. 588, de 26 de julio de 2007, y 596, de 12 de julio de 2007).

Así, y tratándose del primer efecto –negativo–, si se declara la inaplicabilidad de un precepto legal –y, de acuerdo al fallo de autos, de una norma de un tratado– el juez que conoce de la gestión pendiente no puede aplicar el precepto para fallar el asunto, es decir, tal precepto queda verdaderamente “suspendido” en su aplicación en la causa de que se trata;

v) Que esta misma Magistratura ha recordado que: *“Al disponer que debe entenderse que se suspende una garantía cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia del estado de excepción, está señalando, desde luego, y con palabras propias, el concepto que del vocablo "suspender" precisa el Diccionario de la Real Academia, esto es, "detener o diferir temporalmente una acción u obra", así como éste expresa que "suspensión" es "cesación temporal de garantías", o bien, "situación anormal en que por motivos de orden público quedan temporalmente sin vigencia algunas garantías constitucionales (...)"*. (Sentencia Rol N° 29, de 7 de junio de 1985, considerando 3°). Luego, acorde a esta jurisprudencia, si se “detiene o paraliza temporalmente” (aunque sea para un caso concreto) la aplicación de una norma de un tratado internacional, ello importa una suspensión del mismo con clara transgresión del artículo 54, N° 1), inciso quinto, de la Carta Fundamental. Ello, debido a que la referida suspensión opera en forma diferente a lo previsto en el tratado o a las normas generales de derecho internacional;

w) Que, sobre la base de lo afirmado, no puede declararse la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional vigente, pues ello importaría una suspensión de la misma y una vulneración del artículo 54, N° 1), inciso quinto, de la Constitución, con clara responsabilidad internacional para el Estado chileno, al que se imputaría una violación de las obligaciones que le impone ese tratado y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y, por ende, la comisión de un ilícito internacional.

Luego, no resultaría lógico impedir la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, con efectos erga omnes, por importar una derogación de las mismas-como lo hace el inciso final del artículo 47 O del proyecto de ley examinado-y autorizar, en cambio, la declaración de inaplicabilidad de dichas disposiciones, por

acarrear una mera suspensión para la gestión concreta de que se trata, si, en uno y otro caso, se vulnera igualmente la Constitución y se genera, en idénticos términos, responsabilidad internacional para el Estado.

x) Que, en este sentido, el profesor argentino Víctor Bazán, en su análisis comparado de la situación constitucional de varios países de América Latina, se ha preguntado:

“¿Qué sucedería si el órgano de justicia constitucional involucrado concluyera que el mismo (el tratado) es total o parcialmente inconstitucional? Percibimos que tal alternativa podrá coadyuvar al vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado en punto a honrar sus compromisos internacionales, no supondría – precisamente- respetar los principios generales del derecho de las naciones civilizadas y ya, en particular, las pautas pacta sunt servanda (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales, y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional del país en cuestión.” (“Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales”. Editorial Porrúa, México, 2003, p. 14);

y) Que la conclusión consignada en la letra w) precedente, que lleva a estos Ministros a disentir de la sentencia de autos, afirmando la constitucionalidad de las normas contenidas en los artículos 47 B y 47 G, inciso primero, N° 4º, del proyecto de ley examinado –particularmente, en lo referido a las expresiones “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”- no obsta a reafirmar la importancia del pleno respeto al principio de supremacía constitucional, el que se resguarda debidamente, en este caso, a través del control preventivo obligatorio o facultativo de las normas de un tratado (artículo 93, inciso primero, numerales 1º y 3º de la Constitución). En cambio, si el Estado ya se ha obligado en virtud de un tratado debidamente ratificado ante los órganos pertinentes, sólo cabe la denuncia o retiro del mismo en conformidad a las normas contenidas en los restantes incisos del artículo 54 N° 1) de la Carta Fundamental.

Prevención del Ministro Mario Fernández en esta materia

VI. Los preceptos de los tratados internacionales pueden ser objeto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

33. La institución de la inaplicabilidad establecida entre las atribuciones del Tribunal Constitucional por la reforma de 2005, difiere de aquella confiada a la Corte Suprema en el artículo 80 de la Constitución de 1980 y antecedida con ligeras variaciones por el inciso segundo del artículo 86 de la Constitución de 1925, en tres puntos fundamentales. En primer lugar, en la competencia del tribunal que conoce de la acción o recurso, ya anotada; en segundo término, sobre el carácter de la confrontación de normas que a causa de su interposición debe examinarse jurisdiccionalmente; y en tercer lugar, sobre que tipo de actividad judicial tal inaplicabilidad puede recaer. En efecto, la actual formulación de la institución bajo referencia, establecida en el número 6° del artículo 93 de la Carta, consiste en un examen de constitucionalidad de los efectos que la aplicación de un precepto legal pueda tener en cualquiera gestión pendiente que se siga en un tribunal ordinario o especial.

Por lo tanto, la inaplicabilidad **no afecta a la norma**, sino a los efectos de su aplicación en un caso concreto.

34. Consecuentemente, no es posible estimar que una declaración de inaplicabilidad de una norma de un tratado afecte o vulnere lo dispuesto en el artículo 54, número 1), inciso quinto, en cuanto a que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.” Esa norma no sería afectada en ninguna forma, sino en cuanto a que la norma no se aplique por el tribunal en un caso concreto, aunque siga totalmente vigente para todos sus efectos jurídicos. Distinto es el caso de la inconstitucionalidad, cuya imposibilidad de ser declarada respecto de un tratado se ajusta a la Constitución según se resuelve por esta Magistratura en esta sentencia.

35. Así, tampoco se encontraría afectada la buena fe del Estado de Chile ante sus contrapartes internacionales al firmar y ratificar tratados. La inaplicabilidad de una de sus normas en un caso concreto, sin afectar su existencia y su vigencia, no altera la plena validez de un tratado entre sus partes. Tanto es así que el derecho comparado presenta la existencia de instituciones semejantes, aun en países como los europeos, en los cuales es obligatorio el control previo de constitucionalidad de los tratados que el Estado suscribe y ratifica, y prevalecen los tratados sobre las leyes internas. En el artículo 100 de la Ley Fundamental de Alemania, destinado al “control concreto de normas”, se lee en su número (2): “Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”. Respecto al caso de España, se lee en la doctrina, como ya se ha consignado en la sentencia: “ya sea mediante el control previo (art.95), ya sea mediante el control a posteriori (art. 161), de la constitucionalidad de los tratados, éstos tienen una posición infraconstitucional: los tratados deben respetar y conformarse a la Constitución. En efecto, un tratado que ya formase parte de nuestro ordenamiento interno podría ser objeto de un control de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161.a) de la Constitución y art.27.2.c) de la L.O.T.C.) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y arts. 35 y ss. de la L.O.T.C.).” Agregándose en la misma fuente:” El Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado unilateralmente por una de las Partes” (Manuel Díez de Velasco Vallejo: Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, 11ª edición, Madrid, 1997, 198).

36. Es útil señalar que las citas a la Constitución española consignadas en la referencia del considerando anterior, se refieren a normas “*con rango de ley*”, con lo que queda de manifiesto que así son consideradas las normas de un tratado. Asimismo es pertinente señalar que el artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

de España señala: “Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados.”...“Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: c) Los tratados internacionales”.

37. La inaplicabilidad definida en el número 6° del artículo 93 de la Constitución, constituye también un componente de la supremacía constitucional. El texto inicial del artículo 6° de la Carta: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución” respalda el imperio que ostenta la declaración de inaplicabilidad por parte de esta Magistratura, pues así se obtiene la imposibilidad de que un tribunal perjudique a una persona aplicándole un precepto legal con efectos contrarios a la Constitución. No podría entenderse, en consecuencia, que tal situación no pudiese tutelarse tratándose de una norma de un tratado internacional, y sólo a causa de una distinción doctrinaria entre la expresión precepto legal y norma de un tratado, en circunstancias de que ambas tienen un rango y calidad semejantes en la tradición jurídica chilena y en el derecho comparado.

Voto disidente Ministro Francisco Fernández

- e) Con todo, el mayor motivo de discrepancia de este disidente radica en el punto resolutivo número 3 del presente fallo, en cuanto declara inconstitucionales el artículo 47 B y la frase “o respecto de las disposiciones de un tratado internacional vigente”, contenida en el inciso primero del artículo 47 G. Ello por cuanto resulta meridianamente claro que el artículo 54 N° 1 de nuestra Carta Fundamental, reformado en el año 2005, impide absolutamente, en su inciso quinto, “suspender” las disposiciones de un tratado vigente si no es en la forma prevista por el propio tratado o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional. Y sería precisamente ello lo que ocurriría si un precepto de un tratado pudiera dejar de aplicarse a un caso concreto sub lite por medio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En consecuencia, según la clara voluntad del constituyente, desde la reforma de 2005, las normas de un tratado internacional no son susceptibles de control represivo de constitucionalidad, sino sólo de control preventivo, tanto facultativo (artículo 93 N° 3° de la Ley Suprema) como en sede de control obligatorio (artículo 93 N° 1°) si el tratado incluye normas propias de una ley orgánica constitucional.

- f) A juicio de este disidente, ésa es la única interpretación que se compadece con la letra y el espíritu de nuestra Constitución y que mantiene coherencia con el ordenamiento jurídico en su conjunto, toda vez que lo resuelto en este aspecto por el voto de mayoría vulnera frontalmente el compromiso internacional suscrito por el Estado de Chile al suscribir y ratificar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, cuyo artículo 27 impide a los Estados Partes invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.
- g) Es más, en opinión de este discrepante lo resuelto en este aspecto por el voto de mayoría ignora que a este Tribunal Constitucional, como órgano del Estado que es, le empecen por completo los enfáticos mandamientos de los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, en el sentido de sujetarse estrictamente a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (lo que incluye, por cierto, a los tratados vigentes) y de no arrogarse atribuciones que no le hayan sido expresamente conferidas, por todo lo cual se considera que un eventual fallo de esta Magistratura que acoja un requerimiento de inaplicabilidad contra una norma de un tratado vigente sería susceptible de impugnarse por una acción de nulidad de derecho público.

**CORTE SUPREMA. APELACIÓN RECURSO DE PROTECCIÓN. DITEC
LIMITADA CONTRA ADMINISTRACIÓN ADUANA OSORNO. ROL 375-2003.**

Resumen.-

En este caso la Corte Suprema conoció de la apelación de un recurso de protección fallado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el que se alegaba la vulneración del derecho de propiedad por un acto ilegal o arbitrario de la administración de aduanas de Osorno, al negarse ésta a autorizar la internación de un vehículo mientras no se pagara el llamado “impuesto al lujo” establecido en el artículo 46 del DL 825.

En primera instancia el recurso de protección fue rechazado. La discusión ante la Corte de Apelaciones de Valdivia giró en torno al carácter de arancel del llamado impuesto al lujo y a la calidad de indubitado del derecho de propiedad supuestamente conculcado. En relación con este último punto, la Corte de Apelaciones de Valdivia estimó que no se cumplía con uno de los requisitos del artículo 20 de la Constitución por cuanto el legítimo ejercicio del derecho de propiedad esta en cuestión, formando la materia misma de la reclamación. La recurrente de protección alegaba también que el impuesto al lujo debía entenderse tácitamente derogado por aplicación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, que eliminó las barreras arancelarias que existían entre ambos países respecto de determinados productos. La Corte de Apelaciones sostuvo que el impuesto al lujo no era arancel para los efectos del tratado de libre comercio con Canadá, sino un impuesto interno. Esta calidad de impuesto interno derivaría del hecho de ser un impuesto establecido en el DL 825 sobre IVA. Conociendo de la apelación presentada en contra del fallo de primera instancia, la Corte Suprema lo revocó, dando lugar al recurso. La Corte concluyó que en el caso del impuesto al lujo se estaba frente a un arancel aduanero por cuando el hecho gravado era la importación.

3º) Que el reproche que el recurso formula consiste esencialmente en atribuir a la recurrida una conducta ilegal o arbitraria, al no respetar el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Canadá, ratificado, promulgado y publicado como ley de la República, según el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, N° 1.020, del año 1997, al no cumplir la norma de éste, en cuya virtud no procede aplicar arancel aduanero a los automóviles originales de Canadá que se importen a Chile, y que, en consecuencia, no corresponde en este caso imponerles el impuesto a la importación establecido en el artículo 46 del decreto ley N° 825, de 1974, como quiera que, conforme con la definición aceptada por las Partes Contratantes en el artículo C-18 del Tratado, este impuesto a la importación de automóviles constituye arancel aduanero.

4º) Que, por consiguiente, corresponde resolver si, en conformidad con el Tratado de Libre Comercio celebrado por Canadá y Chile es o no procedente aplicar a la referida

importación de un vehículo fabricado en aquél país el impuesto específico que establece el artículo 46 del DL N° 825, de 1974; y, en caso negativo, si por este motivo la entidad recurrida al imponerlo cometió un acto ilegal o arbitrario que haya vulnerado la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

5°) Que en lo que concierne a las normas esenciales que gobiernan el mencionado Tratado de Libre Comercio y que dicen relación con las materias en análisis, se deben tener presente las siguientes consideraciones:

- a) que en su artículo A-01 se establece entre Chile y Canadá “una zona de libre comercio”, cuyos objetivos se definen en el artículo A-02;
- b) que en su Capítulo C, sobre “Trato Nacional y acceso de bienes al mercado”, el artículo C-00 dispone que este capítulo se aplica al comercio de bienes de una Parte, incluyendo (a) los bienes comprendidos en el Anexo C-00-A (Comercio e inversión en el sector automotriz) y (b) los bienes comprendidos en el Anexo C-00-B (Bienes textiles y del vestido); salvo lo previsto en tales anexos;
- c) que en la Sección I del mismo Capítulo, sobre “Trato Nacional”, el artículo C-01 dispone que Cada Parte otorgará trato nacional a los bienes de la otra Parte, de conformidad con el artículo III del GATT 1994, incluidas sus notas interpretativas, las que, de acuerdo con el Tratado de Libre Comercio son también antecedentes integrantes suyos; que esta situación significa que cada Parte tratará los bienes de la otra Parte como si fueran nacionales, esto es sin hacer diferencias entre unos y otros, lo que en materia de libertad de comercio lleva consigo que no habrá aranceles aduaneros que permitan discriminar los bienes de la otra Parte; y que, en general tampoco estarán sujetos a impuestos internos que de alguna manera impliquen discriminación respecto de los bienes de la otra Parte; que esto último es lo que precisa el artículo III del GATT 1994, sobre “Trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores”, cuando en sus numerales 1 y 2, dispone que, “Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de los productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en

proporciones determinados, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional”, y que “Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1”.

6º) Que, como consecuencia de lo expresado en el motivo que antecede, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá impide aplicar a los bienes de una Parte aranceles aduaneros establecidos por la otra; y, de mismo modo, no permite aplicar a esos bienes cualquier otro tributo interior, sea directa o indirectamente, que sean superiores a los que se apliquen a los bienes o productos nacionales similares.

7º) Que el artículo 46, del Párrafo 4º del Título III del decreto ley N° 825 de 1974 sobre “Otros impuestos específicos”, dispone en su inciso 1º, que “Sin perjuicio de los impuestos establecidos en el Título II y en el artículo 43 bis, la importación de vehículos automóviles, del conjunto de partes o piezas para su armadura o ensamblaje en el país de automóviles semiterminados, cuyo destino normal sea el transporte de pasajeros o de carga, con una capacidad de carga útil de hasta 2000 kilos, estará afectada a un impuesto del 85% que se aplicará sobre el valor aduanero que exceda de US\$16.361, 97 dólares de los Estados Unidos de América”.

8º) Que, conforme con dicha norma, el hecho gravado por ella es “la importación”, sea de “vehículos automóviles”, sea del “conjunto de partes o piezas para su armadura o ensamblaje en el país”, sea de “automóviles semiterminados”; de tal manera que la referida carga no es aplicable a los automóviles originales de Chile, ni a las partes o piezas para su armadura o ensamblaje originales del país, ni a los automóviles semiterminados en él; dicho de otra manera, esta norma otorga incuestionablemente un tratado diferente a los referidos bienes según si son o no originarios de la otra parte.

9º) Que en el artículo C-18 , de la Sección V del Tratado de Libre Comercio, sobre “Definiciones”, se prescribe que “arancel aduanero incluye cualquier impuesto o arancel

a la importación y cualquier cargo de cualquier tipo aplicado en relación a la importación de bienes, incluida cualquier forma de sobretasa adicional a las importaciones”.

10º) Que de las disposiciones analizadas en los considerandos precedentes, fuerza es concluir que el impuesto que grava la importación de los bienes a que se refiere el artículo 46 del decreto ley N° 825, de 1974, tiene el carácter de arancel aduanero para los efectos del Tratado de Libre Comercio convenido por Chile y Canadá y, en consecuencia, no puede ser aplicado a la importación de esos bienes si son originarios de Canadá.

11º) Que la disposición excepcional del numeral (a) que sigue a la definición de arancel aduanero en el Artículo C-18 del Tratado, no altera la conclusión precedente, toda vez que la excepción –como bien dice la norma- se refiere a “cualquier cargo equivalente a un impuesto interno establecido en conformidad con el Artículo III:2 del GATT 1994”, y, como se ha visto, el impuesto de que trata el artículo 46 de decreto ley 825, de 1974, grava el hecho de la importación de los bienes a que se refiere, y por tanto no es jurídicamente posible calificarlo como un “cargo equivalente a un impuesto interno”.

12º) Que, sin perjuicio de los anterior, cabe aún tener presente que la composición lógica que conduce a las conclusiones anotadas armoniza en plenitud con la norma fundamental del Tratado de Libre Comercio con Canadá que es la que establece la zona de libre comercio entre las Altas Partes Contratantes, con sus objetivos expresamente definidos en el Tratado, y con la propia norma de excepción contenida en el antes citado numeral (a), en cuanto terminan todos ellos disponiendo clara y expresamente que, sea que se trate de arancel aduanero –tal como lo define el Art. C-18 del Tratado- o que se trate de “cualquier cargo equivalente a un impuesto interno”, en ambas situaciones, la Parte que haya establecido la carga no podrá aplicarla en términos que resulte vulnerando la zona de libre comercio establecida o, como lo dispone el Artículo III:2 del GATT 1994, no podrá aplicarla de manera que resulte ser superior a la aplicada directa o indirectamente a los productos nacionales similares; de modo que, aún cuando se tratase de un cargo equivalente a un impuesto interno, éste tendría que aplicarse por igual a los bienes originales de cada una de las Partes Contratantes; y esto último no es posible ni compatible con el Tratado en el caso del impuesto a la importación de los bienes a que se refiere el Art.46 del D.L. 825, de 1974, ya que, por su esencia, ese impuesto grava solamente a los bienes originarios de la otra Parte, que son los que de ella se importan.

.....

se revoca la sentencia apelada de veinte de enero del año en curso, escrita a fs. 287, que rechaza el recurso de protección deducido a fs. 90 por Ditec Limitada, y en su lugar se declara que se lo acoge en todas sus partes, debiendo la Administración de Aduana de Osorno cursar las declaraciones de importación del vehículo antes individualizado, autorizando su internación sin exigir el pago del impuesto del artículo 46 del D.L. 825.

CASO CHENA. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Santiago, a trece de marzo de dos mil siete.

VISTOS :

En estos autos N° 03 – 02 - F, rol de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por sentencia dictada por la Ministro de Fuero doña María Stella Elgarrista Álvarez el tres de marzo de dos mil cuatro, escrita de fojas 2.468 vuelta a 2.470 vuelta, se sobreseyó total y definitivamente, de acuerdo con lo estatuido en el numeral quinto del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, el conocimiento de este litigio en virtud de encontrarse extinguida por amnistía la responsabilidad penal de Víctor Raúl Pinto Pérez en el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, acaecido en la Guarnición Chena, comuna de San Bernardo, dentro de los diez primeros días de diciembre de mil novecientos setenta y tres, injusto por el cual fue procesado de fojas 2.337 a 2.340 .

Apelado dicho veredicto, una de las salas de la referida Corte, mediante dictamen de once de junio de dos mil cuatro, que corre de fojas 2.507 a 2.511, luego de eliminar sus motivos octavo y noveno y con mayores consideraciones lo confirmó.

En contra de esta última decisión, la asistencia jurídica de la querellante particular, representada por Nelson Caucoto Pereira, entabló recurso de casación en el fondo, sustentado en el ordinal sexto del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, como se desprende de fojas 2.512 a 2.527.

Elevado dicho arbitrio para el conocimiento de este tribunal, se le declaró admisible y se ordenó traer los autos en relación, por resolución de fojas 2.533.

C O N S I D E R A N D O :

PRIMERO: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la querellante particular descansa exclusivamente en el artículo 546, N° 6°, del Código de Instrucción Penal, esto es, en haberse decretado el sobreseimiento definitivo incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias previstas en el artículo 408, N° 5°, del mismo ordenamiento. Reclama transgredidos los artículos 5°, inciso segundo, y 73 de la Constitución Política de la República; 19, 20 y 22 del Código Civil; 93, N° 3°, 141, inciso primero, y 391 del Código Penal; 279 bis, 413 y 418 de su homónimo de Procedimiento del ramo; 10 del Código Orgánico de Tribunales; 1° y 3° del Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho; 1.1, 2°, 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos

Humanos; 2°, 14, N° 1°, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 3° común; 49, 50 y 51; 50, 51 y 52; 129, 131 y 150; 146, 147 y 148, respectivamente de los cuatro Convenios de Ginebra, para terminar solicitando la invalidación del fallo impugnado y se emita el de reemplazo que disponga seguir adelante con la investigación hasta su agotamiento.

SEGUNDO: Que en un capítulo inicial el compareciente representa la vulneración de las normas procesales que regulan la institución del sobreseimiento definitivo, aduciendo conculcados los artículos 73 de la Carta Fundamental y 10° del Código Orgánico de Tribunales, los que fijan el marco de la función jurisdiccional, la que no puede ser escindida, como lo ha hecho el pronunciamiento dubitado, al suprimir abruptamente los estados de juzgamiento y ejecución, sobreseyendo antes de estar completamente afinada la investigación. Sostiene que dicha actividad sólo se ha realizado parcialmente, toda vez que se entendió agotada la tarea de identificar a los partícipes del hecho criminoso de marras, determinando sólo uno de ellos, el imputado Pinto Pérez, en circunstancias que este sólo formó parte de una sección militar que respondía a un mando jerárquico y que ejecutó el ilícito pesquisado al interior de un campo militar, interviniendo una diversidad de sujetos activos.

De igual manera y, en lo que dice relación con el cuerpo del delito, manifiesta que el mandato del artículo 413 del Estatuto Procesal Penal se acometió insuficientemente, por cuanto sólo se estableció el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, en circunstancias que dicho injusto fue antecedido por la privación ilegítima de su libertad, manteniéndosele incomunicado y torturándosele en el regimiento de Cerro Chena, lo que fue ignorado por el edicto de alzada. Refiere que los artículos 279 bis y 413 del citado ordenamiento procedimental colocan a los juzgadores en la necesidad de culminar la averiguación judicial, a pesar que en su desarrollo se manifieste una causal de extinción de responsabilidad penal, más aún cuando el artículo 93, N° 3°, del Estatuto Criminal indica la oportunidad procesal en que debe aplicarse la amnistía, a saber, sólo una vez pronunciada la resolución que determina la sanción. Por lo que no habiéndose concluido las indagatorias ni emitido decisión condenatoria, mal podría decretarse el sobreseimiento definitivo por la amnistía que se reclama, citando diversa jurisprudencia de esta Corte en sustento de su posición.

TERCERO: Que enseguida alega transgresión a los artículos 93, N° 3°, y 141 del Código Penal; 1° y 3° del Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos

setenta y ocho; 19, 20 y 22 del Código Civil, y 408, N° 5°, 413 y 279 bis del Código Adjetivo Criminal, toda vez que los sentenciadores, prescindiendo del particular marco espacial y temporal en que sucedieron los hechos, han reducido la actividad criminal desplegada contra Manuel Rojas Fuentes a un simple delito común, privándole de su especial calidad como crímenes internacionales, a los que le son inoponibles amnistías y prescripciones.

Advierte que el occiso fue ultimado por sus camaradas de armas dentro de un recinto militar denominado Campo de Prisioneros de Chena, al interior de la Escuela de Infantería de San Bernardo. Injustos que Pinto Pérez cometió conjuntamente con otros que aún no han sido reprochados procesalmente, lo que devela que las pesquisas no se encuentran consumidas.

Expone que la resolución recurrida en ninguna parte establece que la víctima lo fue en cuanto los militares lo estimaron “antipatriota”, “subversivo”, “un peligro para la sociedad” o simplemente “adversario de la dictadura”, lo que hace caracterizar los sucesos como de naturaleza genocida, pues se aniquiló a un sector de la población chilena por su ideología, postura política o militancia social, bajo el amparo del Estado que dotó de recursos materiales, humanos e ideológicos a sus agentes, cometiéndose los ilícitos bajo la égida y en nombre de aquél.

Por otra parte, los juzgadores de la instancia han aplicado la amnistía a situaciones en que es improcedente, ya que sin antecedente alguno desconocen los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil, al colegir que las conductas indagadas ocurrieron en el período amparado por ella, e incluso sin salvar los errores procedimentales anteladamente recriminados, señalan en forma arbitraria e infundada que sólo existió un homicidio calificado perpetrado en una data comprendida dentro del Decreto Ley N° 2.191, y de manera automática, hacen primar los efectos de ésta por sobre los acontecimientos.

Argumenta que la amnistía según lo señalan los tratadistas y resuelto los tribunales, no se refiere a la descripción típica de la conducta sancionada, sino a la persona responsable del injusto, o sea, se trata de una causal subjetiva y no objetiva de exculpación. No puede entenderse de otro modo pues, el texto legal que la consagra señala que esta “extingue por completo la pena y todos sus efectos” y sólo existirá legalmente castigo si ha mediado sentencia de término condenatoria en un proceso penal válido, nunca antes. Asimismo y en lo atingente al alcance del mentado texto legal, asegura que no puede comprender aquellos delitos considerados crímenes de guerra o de lesa humanidad por la

comunidad internacional.

De todo lo anterior el impugnante infiere que al no haber calificado correctamente el delito cometido en contra de la víctima y no establecer concretamente la identidad de todos los responsables, los juzgadores del fondo jamás debieron emplear el Decreto Ley de Amnistía.

CUARTO Que, del mismo modo, el requirente arguye que se ha decidido el sobreseimiento definitivo en contraposición al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en armonía con los artículos 1.1, 2°, 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2°, 14, N° 1°, y 15, N° 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que se encontraban incorporados al orden interno al momento de pronunciarse el dictamen objetado y que estatuyen la potestad de interponer recursos efectivos en contra de las violaciones señaladas en los aludidos instrumentos, la obligación de los Estados a readecuar sus normas a las disposiciones de aquellos, el derecho a la justicia y a la verdad, así como la prohibición de aplicación de la amnistía a los casos como el de marras.

Refiere que el artículo 6° del Estatuto Político consagra el principio de la supremacía constitucional y de vinculación directa de la Carta, constituyendo pilar esencial del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona humana y los derechos que emanan de ella. Indica que el artículo 15, N° 2°, del reseñado Pacto prohíbe la aplicación de la amnistía en casos en que la acción típica auscultada es de carácter internacional, los que dan siempre derecho a la acción procesal para su persecución por encima de toda amnistía, prescripción u otra institución extintiva de responsabilidad criminal.

Explica que los sentenciadores de la instancia, al valorar y aplicar la mencionada normativa internacional, yerran al reflexionar que esos instrumentos no han podido restar eficacia al Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, prescindiendo de una interpretación coherente por la cual se concluya que este tiene validez en todo aquello que no haya sido regulado o prohibido por los referidos acuerdos, textos que tienen primacía constitucional conforme al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Magna y que se imponen por sobre la legislación nacional, por lo que necesariamente el Estado chileno queda restringido para conceder un perdón indiscriminado respecto de ilícitos internacionales realizados por agentes estatales.

Afirma que cuando existe una colisión de derechos de rango constitucional, los jurisdicentes olvidan que ante tal antinomia, debe primar la

norma que mejor proteja los derechos humanos, en concordancia con el espíritu que emana de el Estatuto Fundamental, prevaleciendo, por tanto, aquellos originarios provenientes de la violación de derechos esenciales por sobre los derivados y procedentes del acto de juzgamiento de la conducta violatoria en que se persigue la responsabilidad penal del hechor. Al no hacerlo así, se han desconocido los convenios multilaterales citados que rigen plenamente en nuestro país.

QUINTO: Que, por último, el requirente considera que se ha incurrido en desacierto de derecho en lo atinente a los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil; 93, N° 3°, 141 y 391 del Código Penal; 408, N° 5°, del Código de Enjuiciamiento del ramo; 1° y 3° del Decreto Ley N° 2.191; 1° del Decreto ley N° 5; y 3° común, 50, 51, 150, 147; 49, 50, 129, 146; y 51, 52, 131 y 146 respectivamente de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

Asegura que a la época de los atentados que comprende esta causa, regía -en virtud del Decreto Ley N° 5, de septiembre de mil novecientos setenta y tres- el estado de guerra interna fundamentado en la “existencia de una acción subversiva de grupos organizados que persiguen el control político del país”, lo que se manifestó concretamente en la utilización de armas de guerra, la creación de campos de prisioneros, la aplicación de la denominada Ley de Fuga, la instauración y funcionamiento de Consejos de Guerra, así como lo manifestado por diversas autoridades de la época e instituciones armadas en ese sentido. En este marco, se vivió en Chile, un conflicto armado sin carácter internacional, situación regulada por los Convenios de Ginebra, que con el objeto de proteger a los contendientes y a los civiles que no lo fueren, consagra normas que tipifican “infracciones graves”, como los tratos degradantes, las lesiones, torturas, mutilaciones, homicidios y desapariciones forzadas.

Dichos acuerdos imponen a los Estados el deber ineludible de castigar tales agresiones proscribiendo exonerarse a sí mismo o a otros, de las responsabilidades en que haya “incurrido ella misma, u otra parte contratante, respecto de las infracciones previstas en los artículos 50, 51, 130, 147, respectivamente, de los cuatro Convenios”.

Califica como “profundamente equivocado” el sentido y alcance del artículo 6°, N° 5°, del Protocolo II de los Convenios, que se determina en el fundamento sexto de la resolución objetada, pues para arribar a una correcta interpretación de dicho precepto necesariamente deben consultarse todas las normas relacionadas con ella. Realizado aquel análisis, es irredargüible concluir

que respecto de los graves crímenes de guerra previstos en los artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente de los cuatro Convenios, existe prohibición expresa de que los Estados contratantes se exoneren a sí mismo o a terceros de las responsabilidades por ese tipo de graves transgresiones. Puntualiza que el Protocolo II contempla que –al margen de los crímenes de guerra- los Estados podrán dictar las amnistías más amplias a personas privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado, reflejando de esa manera el espíritu generoso de aquella institución, en que los vencedores perdonan a aquellos que se alzaron en su contra, siempre y cuando no hayan cometido ilícitos de lesa humanidad.

Todo lo anterior deviene en que la amnistía dictada por el régimen militar chileno no puede entenderse aplicable a circunstancias que constituyen contravenciones serias a los Convenios de Ginebra, por lo que resulta jurídicamente ineficaz ante situaciones calificadas como delitos por la ley internacional. Ello en atención a que el orden interno debe ser interpretada en concordancia con el derecho multinacional y porque su sentido y alcance debe determinarse de modo que no pugne con los compromisos exteriores del Estado, por lo que el perdón concedido en Chile no puede entenderse referido a los ilícitos sancionados por la legislación mundial, los que deben ser siempre castigados, acatándose con ello el compromiso que la República ha contraído ante la comunidad mundial al ratificar los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

Planteadas así las cosas no puede pretenderse que nos encontramos frente a un conflicto entre dos reglas jurídicas sino que simplemente se trata de armonizar ambos preceptos. De lo que se infiere que la amnistía tiene eficacia sobre todas aquellas materias que no constituyan las serias vulneraciones señaladas en los tantas veces aludidos Convenios. Más si el orden público internacional no está a disposición de los Estados, pues no tienen competencia para modificar unilateralmente por medio de una regla interna, las situaciones cuya calificación jurídica viene dada por el derecho internacional al que se está expresamente vinculado, mientras no se hayan denunciado tales acuerdos. Por lo demás, esgrime, esta Corte ya ha señalado su preeminencia en el régimen jurídico interior.

Así, en la especie, en ningún caso pudo aplicarse el Decreto Ley N° 2.191 de Amnistía a sucesos reglamentados en los Convenios de Ginebra, y al hacerlo, se ha cometido un grave error de derecho al aplicar el artículo 408, N°

5°, del Código de Procedimiento Penal, en conexión con el ordinal tercero del artículo 93 del Código Penal, cuando ello es absolutamente improcedente.

Termina por aseverar que el vicio denunciado ha influido sustancialmente en lo decisivo del fallo, en atención a que el incumplimiento de la normativa aludida ha traído como corolario el sobreseimiento definitivo dictado, por lo que insta, en definitiva, que este tribunal deje sin efecto la decisión impugnada y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo donde se de correcta aplicación al derecho.

SEXTO: Que como tema preliminar parece imprescindible dejar en claro que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente constituido hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que se

mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

SÉPTIMO: Que más allá de la forma y nombre que se de a las acciones militares desarrolladas en la referida data, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con “bandos” los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos, que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, vale decir, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (René Astrosa Herrera: “Derecho Penal Militar”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los señalados textos, se agravó con el imperio de la legislación marcial, la que conceptualmente sólo se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

OCTAVO: Que, asimismo, desde que se nombró General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados fueron convocados los Consejos de Guerra, de conformidad con los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar, situación expresamente prevista en los Decretos Leyes N°s. 3 y 13. El primero de ellos, de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, invocando el Libro I, Título III del señalado cuerpo de leyes, decretó que “la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia” (artículo único).

A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido “las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, “con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra” (fundamento 2°). Manifestando su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “ en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe”.

La peculiaridad de la situación descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos judiciales especialísimos que en tales circunstancias surgen y a mantener la plena autonomía de la jurisdicción militar

en tiempo de guerra, radicando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia. Confirmando la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentre incluida en la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo. Así, entre otras las pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633 – 74, de veintiuno de agosto; amparo N° 170 – 74, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema de mil novecientos setenta y cuatro.

NOVENO: Que, en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objeto únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la situación de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscal'eda de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: "... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando 'de hecho ella existiere'. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho". Luego continúa que: "el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está 'frente al enemigo', debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan 'emprendido los servicios de seguridad' en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho 'enemigo', a estar al 'frente del enemigo' implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...".

"Por lo tanto, la existencia de un 'enemigo interno' es reconocida por el legislador cuando concurren dos condiciones: a) que existan grupos sediciosos

organizados militarmente; y b) que se haya iniciado la acción de los servicios de seguridad de las Fuerzas Armadas en contra de aquellos.

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido (“Plan Lanceta”, “Plan Ariete”, “Plan Cobra”, aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo “Lautaro”, “Plan Trueno”, etcétera). Y es más, el mismo ‘enemigo’ habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), ‘Vanguardia Organizada del Pueblo’ (VOP), ‘Brigada Ramona Parra’, ‘Brigada Elmo Catalán’, ‘Frente de Trabajadores Revolucionarios’ (FTR) y ‘Movimiento Obrero Campesino’ (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del ‘enemigo interno’ señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...”.

“Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual esta guerra sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar en qué momento exacto se inició la guerra en Chile” (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: “Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra”, tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 – 73) concluyó que “... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos –para tal calificación– por el artículo 418 del Código de Justicia Militar”. (Colegio de Abogados de Chile: “La Justicia Militar en Chile”. Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

DÉCIMO: Que, por lo demás, las autoridades de la época reafirmaron tal

concepción, cuando una y otra vez denunciaron la existencia de una guerra Interna, así por ejemplo, en discurso pronunciado por el Presidente de la Junta de Gobierno General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte, al cumplirse un mes de la constitución de esta (“Antecedentes Históricos – Jurídicos: años 1972 – 1973”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año mil novecientos ochenta, página 194). Lo que es refrendado en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: “sólo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso”. “Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados”. “Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos”.

En definitiva, concluye que en cuanto a la “Legalidad el estado de guerra”, “la Institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del estado de guerra, declarado según el decreto ley N° 5, no sólo por haber definido profesional y competentemente su presencia a partir del 11 de septiembre de 1973, sino que amparado en que los tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio Informe”.

UNDÉCIMO: Que estos conceptos no hacen más que trasuntar la legislación de su época, toda vez que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial” y así los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación

oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640.

Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

Por lo demás, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

DUODÉCIMO: Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3° común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3° de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el

conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones –sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo-, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Para luego puntualizar con la mayor claridad que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”.

Corroborar lo anterior que el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no esta subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3° en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a inflingir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

DÉCIMO TERCERO: Que, por otra parte, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regulan los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

DÉCIMO CUARTO: Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, siendo competentes los tribunales militares en tiempos de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una situación de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son “tales que en tiempo de paz no tienen ni los más altas autoridades políticas o administrativas” (Renato Astrosa Herrera: “Código de Justicia Militar Comentado”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

La señalada situación de desprotección a las seguridades mínimas

procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.

DÉCIMO QUINTO: Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

DÉCIMO SEXTO: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al homicidio cometido en la persona de Manuel Tomás Rojas Fuentes, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: "a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas

necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculcados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

DÉCIMO OCTAVO: Que la mentada prohibición de autoexoneración no dice relación sólo con las consecuencias civiles de las transgresiones verificadas, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellos, pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que violaciones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los

ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Más aún cuando, “frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho Penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida” (Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “La Retribución Penal”, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 63).

Seguramente los Convenios de Ginebra así lo tenían presente cuando establecieron la prohibición examinada.

DÉCIMO NONO: Que, en este mismo orden de ideas y en lo atinente a lo argumentado en la reflexión sexta de la decisión recurrida en cuanto a que los Convenios de Ginebra posibilitan la dictación de amnistías al establecer en el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 6°, N° 5°, que una vez terminadas las hostilidades “las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”; cabe indicar lo errado de tal conclusión, por cuanto para comprender el sentido de esta disposición es necesario tener en cuenta cuál es su finalidad en un convenio de derecho humanitario destinado a ser aplicado en los conflictos internos, dado que ese tipo de normas no se encuentra en los tratados humanitarios relacionados con conflictos internacionales.

En tal sentido, si se estudia atentamente el Protocolo I, sobre guerras internacionales, no se encuentra una disposición relativa a la concesión de amnistías e indultos, entre las partes enfrentadas una vez concluidas las hostilidades. Además, el precepto del Protocolo I que consagra las garantías procesales, a saber, el artículo 75, tiene una redacción casi idéntica al artículo 6° del Protocolo II, pero excluye cualquier referencia a amnistías.

VIGÉSIMO: Que la señalada omisión tiene una clara justificación, puesto que en el caso de confrontaciones internacionales, los combatientes capturados

por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y 4° del Convenio de Ginebra III, relativo al trato debido a éstos.

De suerte que si el prisionero de guerra no ha violentado el derecho humanitario, una vez finalizadas las hostilidades, deberá ser liberado y repatriado sin demora (artículo 118, Convención de Ginebra III). Y, si por el contrario lo ha conculcado, debe ser sancionado como criminal de guerra, si se trata de inobservancias graves u otras sanciones por los demás incumplimientos que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente. Por lo que no es necesario que los Estados, una vez concluida una confrontación internacional, se concedan amnistías recíprocas, pues los prisioneros de guerra deben ser automáticamente liberados.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en cambio, en los conflictos internos los alzados en armas contra del gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, dado que jurídicamente no tienen derecho a combatir, ni a empuñar las armas. Si lo hacen, entonces están perpetrando, por ese solo hecho, delitos como la rebelión o la sedición. Los cuales son castigados por el orden jurídico estatal ya que la aplicación del derecho internacional humanitario en un conflicto interno no implica reconocimiento de beligerancia, ni modifica el estatuto jurídico de las partes en conflicto –desde que el gobierno respectivo no está compelido a reconocer a sus oponentes el carácter de prisionero de guerra-, ni suspende la vigencia del derecho penal estatal. No existe, en ese aspecto, el “privilegio del combatiente”, característico de los conflictos armados de carácter internacional y es, precisamente por esto que el Protocolo II extiende, en el inciso segundo del artículo 2°, la protección humanitaria a aquellas personas que sigan privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto interior.

En tales circunstancias, se entiende el sentido de una regla encaminada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por motivos relacionados con el conflicto, una vez concluido el mismo, ya que de esa manera se desprende claramente del texto y contexto de la disposición, esto es, que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en el conflicto y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el reestablecimiento de la paz social.

Entonces se colige que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por

agentes oficiales u oficiosos del Estado, los que se encuentran severamente reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional al momento de cometerse, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas, lo que impide usarla a la luz de la obligación de aplicar preferentemente los acuerdos y los cánones constitucionales de derechos humanos sobre las normas de jerarquía legal en el ejercicio del poder que contradicen la obligación de respeto y promoción de los atributos esenciales, ya incorporados al ordenamiento jurídico nacional al momento de conocer y juzgar los hechos por sus órganos jurisdiccionales. Ello debido que, al primar los derechos contenidos en los tratados respecto de la ley de amnistía, esta última pierde aplicabilidad, por la mayor fuerza y resistencia de los Convenios de Ginebra que son de preferente de aplicación. De igual forma el Comité Internacional de la Cruz Roja ha expresado que no puede interpretarse en el sentido de apoyar amnistías “que vulneran el derecho humanitario, sino que ellas deben posibilitar al término del conflicto la liberación de quienes fueron detenidos o sancionados por el simple hecho de haber participado en ellas, no para aquéllos que han vulnerado el derecho internacional humanitario” (Informe N° 1/99, Lucio Parada Cea y otros, El Salvador, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve, párrafos 114 y 115).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas se encuentran relacionadas, formando un cuerpo orgánico integrado, que se rige por principios y directrices entrelazadas unas con otras, pero que no obstante su complejidad sólo entregan los aspectos fundamentales o básicos de la protección humanitaria, circunstancia que impone el deber de ampliar el círculo hermenéutico con un prisma sistemático y armónico, de suerte que las obligaciones cuya realización y cumplimiento precisan no resulten ilusorias. Valiéndose, por lo pronto, del denominado principio pro homine, según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensa, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más acotada cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos” (Mónica Pinto: “El principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, página 163, en Martín Abregú: “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales”, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año mil

novecientos noventa y siete). Lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones.

Pues bien, siguiendo el raciocinio objetado, las normas de derecho internacional humanitario no podrían aplicarse nunca, si se reconociere la atribución del Estado Parte de borrar, a través de la amnistía y utilizando el derecho humanitario internacional, los crímenes de guerra sistemáticamente concretados por agentes del mismo Estado Parte.

A su turno, el preámbulo del Protocolo bajo revisión, incluye lo que la doctrina internacional ha conocido como la “cláusula Martens”, o sea, el axioma según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Este apotegma indica que el Protocolo II no debe ser interpretado de manera aislada sino que debe ser constantemente relacionado con el conjunto de dogmas humanitarios, dado que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las infracciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, por ende, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y

cometidos en nuestro país durante su vigencia.

VIGÉSIMO SEXTO: Que desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los hechos pesquisados, con arreglo a los antecedentes reunidos hasta estas alturas de la indagación, hacen procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

En efecto, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los golpistas. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad: destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que el desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad comienza en el preámbulo de la Convención de La Haya, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de mil novecientos siete, donde las potencias contratantes manifestaron que hasta la creación de un completo código de leyes de la guerra, las altas partes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas en ella, “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. El mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima y por el protocolo de Ginebra de mil novecientos veinticinco se prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos. Todas reglamentaciones que derivan de “la necesidad de establecer nuevos principios que deberían regir a la comunidad internacional para evitar las guerras, defender a personas inocentes de las actuaciones criminales, que amparados en legislaciones nacionales cometieran estos crímenes contra la humanidad” (Fernando Gamboa Serazzi: “Tratado de Derecho Internacional Público”, Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago, Chile, año dos mil dos, página 361).

Por lo demás, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo según la Carta de Londres de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, denominado “Acuerdo de Londres”, definía en su artículo 6 c) como crímenes de lesa humanidad “los asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”. Declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas de

trece de febrero y once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis. Iniciándose la aceptación progresiva y constante por parte del conjunto de las naciones que integran la comunidad internacional de la existencia de los referidos hechos punibles y de la responsabilidad que les cabe a los sujetos por su comisión.

Poco después, el veinte de diciembre del mismo año, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II, letra c), y de forma similar, fue codificado en el artículo 5, letra c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokio), adoptado el diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

VIGÉSIMONONO: Que, además, bajo el amparo de la Carta de las Naciones Unidas, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones todos los que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco; tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve para la protección de los crímenes de guerra, confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y de las sentencias de dicho Tribunal” (Resolución 95 (I), Quincuagésima Quinta reunión plenaria).

Igualmente, la Asamblea General a través de su órgano subsidiario denominado Comisión de Derecho Internacional, conformado con la concurrencia de nuestro país, el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, y a la que le correspondería la enunciación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, formuló los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, dogmas que fueron adoptados en mil novecientos cincuenta (A/CN. 4/34), y entre los cuales se encuentra la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de aquellos axiomas, que son punibles como crímenes ante el derecho internacional: “a) Crímenes contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados,

acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”.

Pasando a ser el mencionado documento la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al aludido ordenamiento. Con ello se reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión de dicho ordenamiento, que proscibía tales crímenes (Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, mil novecientos setenta y siete, página 35).

TRIGÉSIMO: Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “ius cogens”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de

conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

El referido carácter obligatorio de los cánones de ius cogens concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos

noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado “núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos”, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes* (Carlos Villán Durán: “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie –incluso sin ser letrado- podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían “las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra” (citado por Vicente Chetail: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el auto de procesamiento que corre de fojas 2.337 a 2.240; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que también los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón –de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página

478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).

Del mismo modo, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, toda vez que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional. (Adolfo Veloso: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165, enero – diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272 y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13). También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Lei de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios jenerales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: “Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado”, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene “y con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él” (Manuel Egidio Ballesteros: “La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, tomo I, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa, página 571).

El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con

posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y tres, al considerar que: “por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo”. (Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410).

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno. Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, coincidiendo con los tópicos recién expuestos, expresan dos de los representantes de la mejor doctrina contemporánea que "la contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone su ley positiva a la idea del derecho y a la conciencia cultural supranacional, insistiendo, por una parte, en la obediencia a sus mandatos contrarios a la moral y pretendiendo, por la otra, certificar la juridicidad de la actuación del ejecutor de sus mandatos atentatorios contra la moral. Desde un punto de vista histórico, el Estado totalitario del nacionalsocialismo constituyó un ejemplo de este conflicto; aun en la actualidad somos testigos de procedimientos similares, en los cuales los mandatos estatales están en abierta contradicción con elementales derechos del hombre y principios procesales del Estado de derecho". "La libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio, puede ser muy amplia, mas no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe un cierto núcleo del derecho, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias. Este núcleo abarca determinados principios

básicos de la conducta humana que son considerados inviolables, que a partir de ideas morales básicas coincidentes se han desarrollado en el tiempo, con validez para todos los pueblos y culturas, principios a los cuales cabe reconocer vinculatoriedad jurídica, aun cuando disposiciones particulares de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos" (Reinhart Maurach y Heinz Zipf: "Derecho Penal. Parte General", traducido de la séptima edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires, mil novecientos noventa y cuatro, tomo I, 25, IV, números marginales 16 y 17, página 430).

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a este o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que "éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía, No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos" (Humberto Nogueira Alcalá: "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887). Un acuerdo internacional, por ende, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s 177 y 185, páginas 165 y 120, respectivamente).

Este corolario, es el único posible aún ante la inexistencia de derecho convencional en la materia, pues la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad genera en cada Estado miembro de la comunidad internacional la obligación de juzgar y castigar a sus autores, en tanto delitos lesionadores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley N° 2.191, sobre amnistía de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

TRIGÉSIMONONO: Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados

internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, puesto que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional “no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima” (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

CUADRAGÉSIMO: Que lo que hasta ahora se ha venido exponiendo es el resultado obligado de la interpretación de la ley y de los dictados de la razón que ha debido ser adoptada conforme a una valoración axiológica de la justicia que impone el deber de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia. Con mayor fuerza se alza este colofón si se tiene en consideración que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y los valores prevalentes en la colectividad histórica. De esta forma se ha señalado que “... siendo los derechos del hombre anteriores del Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal” (Acta Constitucional N° 3, considerando 1°, Decreto Ley N° 1.552, de trece de septiembre de mil novecientos setenta y seis).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, por último, el fallo recurrido se basó en apreciar extinguida la responsabilidad criminal del imputado por la amnistía, y así ha decidido el sobreseimiento definitivo a que se refiere el numeral quinto del artículo 408 del Estatuto Procedimental Penal que permite hacerlo, cuando se ha terminado la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos contemplados, entre otros, en el artículo 93, N° 3°, del Estatuto Criminal y, en este entendido, aparece evidente que en el presente caso, la aplicación equivocada de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo ha consistido precisamente, en haberse cometido error de derecho al calificar las

circunstancias previstas en el N° 5° del artículo 408 del ordenamiento procesal criminal, quedando incurso el dictamen dubitado en el literal sexto del artículo 546 del mencionado cuerpo legal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, incisos primero y cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 764, 765, 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546, N° 6°, y 547 de su homónimo de Instrucción Criminal y 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, **SE ACOGE** el recurso de casación en el fondo instaurado por el abogado Nelson Caucoto Pereira, en representación de la querellante particular, en lo principal de su libelo de fojas 2512 a 2527, en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de once de junio de dos mil cuatro, que rola de fojas 2507 a 2511, la que, en conclusión, es nula y se la reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que los Ministros señores Segura y Ballesteros concurren al acogimiento del recurso de casación en el fondo promovido, teniendo únicamente en consideración el quebrantamiento del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la investigación aparece, manifiestamente incompleta pues se han dejado sin efecto diligencias esenciales para el agotamiento de las indagaciones y también se omitieron otros trámites, a saber:

1.- Careo de Herman Brady Roche con César Benavides Escobar y Sergio Arellano Stark.

2.- Atendida la imputación que efectúan los reservistas Patricio Guzmán, a fojas 1.966 y Héctor Salinas, a fojas 2.159 y las contradicciones que se advierten en las diligencias de fojas 1.967 y 2.184, procede, a los fines de la investigación, indagar las actividades que Walter Kyiling Schmidt desarrollaba en la Escuela de Infantería de San Bernardo en diciembre de mil novecientos setenta y tres.

3.- Averiguar acerca de la efectividad del traslado de los restos de Manuel Tomás Rojas Fuentes por el mencionado Carlos Kyiling Schmidt, como consta en el acta de recepción de cadáveres de fojas 19.

4.- A fin de determinar con exactitud la actividad o labor específica que le correspondía a Alfonso Faúndez Norambuena en el centro de detención existente en el Cerro Chena y que se identifica por los testimonios de los reservistas en el proceso como “casa de techo rojo”. Especialmente en atención a la labor que según los dichos de Tarcisio Rojas, de fojas 2.038, le cupo junto al

capitán Pinto en el Departamento II de Inteligencia o Seguridad.

5.- Atendido a que reiteradamente se remitió al tribunal por parte del Ejército información acerca de la destrucción de los expedientes y documentos de los consejos de guerra de la época, como se lee por ejemplo a fojas 806, insistir en la solicitud de remisión de tales antecedentes, atendido a que no se informó que se hubiese afectado por el siniestro aquel que concluyó con la condena a muerte de Juan Martínez Aldana, Manuel Rojas Fuentes y otros.

6.- Indagar la responsabilidad de Juan Carlos Nielsen Stambuk, bajo cuyo mando se encontraba la compañía que integraba la víctima a la época de los hechos.

7.- Las demás que el nuevo curso de la investigación haga necesarias.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz.

Rol N° 3125 - 04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Carlos Künsemüller L. y Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.