



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 8872-2020

[4 de marzo de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 485,
486 Y 488 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL; Y
ARTÍCULOS 7°, N° 1 Y N° 2, Y 29, DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL

JAIME LEPE ORELLANA

EN PROCESO PENAL, ROL N° 38.483, INSTRUIDO POR EL MINISTRO EN VISITA
EXTRAORDINARIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, MARIO
CARROZA ESPINOZA

VISTOS:

Con fecha 26 de junio de 2020, Jaime Lepe Orellana ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal; y artículos 7°, N° 1 y N° 2, y 29, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en proceso penal, Rol N° 38.483, instruido por el Ministro en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mario Carroza Espinoza.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:



“Código de Procedimiento Penal

(...)

Artículo 485. *Presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona.*

Artículo 486. *Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras son las establecidas por la ley, y constituyen por sí mismas una prueba completa, pero susceptible de ser desvanecida mediante la comprobación de ciertos hechos determinados por la misma ley.*

(...)

Artículo 488. *Para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere:*

1° *Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;*

2° *Que sean múltiples y graves;*

3° *Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas;*

4° *Que sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y*

5° *Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata.”*

(...)

“Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

(...)

Artículo 7.

Crímenes de lesa humanidad

1. *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:*

a) *Asesinato;*

b) *Exterminio;*

c) *Esclavitud;*



- d) *Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*
- h) *Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;*
- i) *Desaparición forzada de personas;*
- j) *El crimen de apartheid;*
- k) *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.*

2. *A los efectos del párrafo 1:*

- a) *Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;*
- b) *El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;*
- c) *Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;*
- d) *Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;*
- e) *Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;*
- f) *Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;*



g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Artículo 29.

Imprescriptibilidad

Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

(...)

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

La requirente afirma que en su contra se sigue un proceso penal regido por la normativa del Código de Procedimiento Penal, instruido por el Ministro en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mario Carroza Espinoza, en base a una investigación sobre delitos cometidos en contra de un grupo de 11 personas que -formados en la Escuela de Paracaidistas y FF.EE.- fueron dados de baja institucional en 1970, por su pertenencia al Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR).

Específicamente se investigan las desapariciones de Mario Melo Pradenas, Jorge Vicente Piérola Piérola, Luis Alberto Barraza Ruhl y Javier Enrique Sobarzo Sepúlveda, más los homicidios calificados de Alberto Ampuero Ángel, David Héctor González Venegas, Julio Antonio Martínez Lara, Enrique Alfonso Toledo Garay, Daniel Estrada Bustos, Ricardo Pardo Tobar, y Moisés Cossio Pérez, hechos que habrían ocurrido entre el 11 de septiembre de 1973 y el mes de octubre del mismo año, en diferentes lugares de la Región Metropolitana.

La investigación, agrega el requirente, comenzó el 16 de abril de 1991, en el 19º Juzgado del Crimen de Santiago, a través de un proceso instruido por la jueza doña Carmen Garay Ruiz, siendo posteriormente investigada por diversos jueces y ministros en visita extraordinaria y, finalmente, por don Mario Carroza Espinoza. En



tal proceso se encuentra acusado por decisión pronunciada por el Ministro instructor con fecha 30 de noviembre de 2018, encontrándose la causa en estado de plenario.

El requirente indica que integró, junto a otros 13 funcionarios del Ejército, la Unidad Especial Divisionaria (U.E.D.), que dependía de la V División de Ejército, de Punta Arenas, la cual viajó a Santiago en junio de 1973, para un reentrenamiento de 4 períodos, todos realizados fuera de la Escuela de Paracaidistas y FF.EE., unidad a la que no pertenecían y a la que concurrieron sólo para la devolución y cambios de equipos.

Refiere que los miembros de dicha unidad debían regresar a fines de septiembre de 1973 al Regimiento “Pudeto”, de Punta Arenas, cuestión que no se logró por los hechos del 11 de septiembre de dicho año, que suspendió los vuelos nacionales. Así, se les ordenó, conforme a un “Plan de enlace” que sus miembros quedarían acuartelados en “Grado 1” en la Escuela de Paracaidistas y FF.EE., cuestión que, afirma, en ningún caso significó la incorporación a la línea de mando ni a la dotación propia o que integraran su estructura orgánica, toda vez que la Unidad Especial Divisionaria durante todo ese período siguió dependiendo administrativa y jerárquicamente de la V División de Ejército.

Por ello, explica el requirente, la Escuela de Paracaidistas y su dotación, en cambio, pertenecían orgánicamente al Comando de Institutos Militares, funcional y ajeno a la V División, lo que explica que nunca fueron, ni podían ser, una unidad de maniobra de la Escuela, ni el señor Lepe Orellana en este caso haber sido un oficial de planta de ese instituto, como supone la acusación. Por tal motivo, explica, es que a la U.E.D. se le ordenó como misión sólo la función de refuerzo de guardias y de la Unidad de Emergencia (reserva) dentro del cuartel.

Así, ni la U.E.D., ni el requirente, indica, tuvieron mando de conscriptos, ni de personal dependiente de la Escuela de Paracaidistas. Tampoco estuvo subordinado al mando de ese cuartel, salvo en lo que respecta al cumplimiento de la misión conferida de reforzamiento de guardias y/o de emergencia, a partir del día 11 de septiembre, de la que estima, no se puede inferir propósito o finalidad criminal alguna, ni tampoco participación en los hechos investigados.

Afirma, en consecuencia, que de las pruebas directas queda acreditado que la U.E.D., no fue la encargada, ni tampoco colaboró o fue involucrada en allanamientos, ni en las detenciones, ni mucho menos en la custodia y maltrato de las víctimas de la gestión judicial pendiente invocada. La única intervención del requirente, expone en su libelo, está referida a cumplir una orden dada a la guardia para traer al cuartel a Javier Sobarzo Sepúlveda, diligencia que -en el marco legal de Bandos Militares y Decretos Leyes- se cumplió sin violencia, ni malos tratos, procediendo a entregarlo, sin más, en la guardia de la Escuela de Paracaidismo.



Afirma que los preceptos cuestionados resultan contrarios a la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de igual protección ante la ley al infringir el debido proceso legal que contempla el artículo 19 N° 3 inciso sexto, y a los principios de irretroactividad de la ley penal desfavorable que establece el inciso octavo, y el de legalidad del inciso noveno del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, al igual que al cumplimiento de los artículos 1°, 8° N° 1 y N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En relación a las normas del Código de Procedimiento Penal impugnadas

1) Debido Proceso (19 N° 3, inciso sexto, de la Constitución).

La presunción judicial, en su concepción, contenido y alcance, no infringe la Constitución porque es un medio de prueba establecido en el procedimiento inquisitivo y es, también, utilizado en el modelo acusatorio, de manera innominada como un proceso intelectual a partir de hechos establecidos -valorados libremente- sujeto a los límites de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados.

Como la presunción judicial es un medio indirecto y esencialmente intelectual para probar un hecho, exige la previa valoración de la prueba directa reunida dentro del procedimiento inquisitivo y de un raciocinio lógico. Indica el requirente que el mero acto de citar el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, -para concluir y afirmar la existencia de hechos probados- con una mera y simple enunciación de la prueba obtenida para fundar las resoluciones de mérito de cada etapa, es un grave ataque a diferentes normas constitucionales.

Sostiene que el ministro señor Carroza, sustanciador de autos, en el momento de dictar sentencia, suele citar o enumerar pruebas, pero no realiza consideraciones reflexivas lógicas de su convencimiento que permitan su seguir su razonamiento y sólo enunciando nominalmente la prueba material, hace un relato de su personal convicción, generalmente condenatoria. Tal mecanismo no es racional, ni justo en los términos que este Tribunal ha declarado y por ello infringe el debido proceso.

En la especie, los autos de procesamiento y acusatorio no contienen razonamiento, ni señalamiento de los hechos bases probados o bases que permitirían deducir la participación criminal del requirente en cada uno de los delitos.

El auto de procesamiento de 12 de octubre del 2016, señala 28 numerales, en el considerando primero, para mencionar la prueba directa agregada al sumario, pero que no han sido explicitados ni razonados acerca de cómo es que acreditan probatoriamente los hechos bases, ni tampoco el raciocinio judicial que lo conducen a tener por acreditados 12 hechos descritos en el considerando segundo los que, en el



considerando tercero califica, como tres secuestros calificados y ocho homicidios calificados. En el cuarto, le atribuye al requirente una participación criminal -sin expresar ni describir conducta alguna que lo vincule a los hechos e implique imputabilidad como autor conforme al artículo 15 del Código Penal, dificultando el derecho a la defensa y a contradecir los hechos y su establecimiento.

La acusación judicial de 30 de noviembre del 2018, en el considerando primero, enumera 33 conjuntos de pruebas sumariales que acreditarían 13 hechos que, sucintamente, señala en el considerando segundo, a su vez constituyen 4 secuestros calificados y 7 homicidios calificados, afirmando con base en las declaraciones del actor la acreditación de su participación como autor, en todos los delitos, quien nunca confesó cometer algún delito. El juez, hace una mención de los hechos que presume, sin mediar una fundamentación del raciocinio lógico-jurídico respecto de los hechos bases que permitirían derivar los hechos presumidos, salvo por una enumeración irracional y repetitiva de prueba individual y de procesos agregados al expediente que hacen ininteligible los fundamentos de la acusación.

En consecuencia, la forma en que han adoptado estas dos resoluciones judiciales esenciales del proceso permite anticipar la infracción constitucional al principio de inocencia, al principio de culpabilidad y a la garantía constitucional de un procedimiento e investigación racionales y justos, y dar una aplicación inconstitucional a los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal en la sentencia definitiva.

- 2) La no afectación de los derechos en la esencia (art. 19 N° 26 de la Constitución).

Asimismo, señala la requirente, que las disposiciones que el legislador ha creado para asegurar el procedimiento e investigación racionales y justos, sean aplicadas conforme a su sentido constitucional, que no es otro que revertir -ilícitamente- el estado de inocencia de toda persona. Se condena mediante el uso inconstitucional de leyes de procedimiento que fueron concebidas como una garantía procesal y que son usadas para una "*confirmatio bias*" de un juez que investiga, juzga y sentencia, sin respetar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución acerca de la dignidad de la persona humana.

En relación a la normativa impugnada del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

- 1) Principio de Supremacía Constitucional (Artículos 6, inciso primero, y 7° de la Constitución).

La Corte Suprema ha dicho explícitamente que tiene un interés institucional que la insta a investigar y castigar los hechos ocurridos entre 1973 y 1990, reconociendo que ha debido hacer interpretaciones que hagan posible ese propósito



institucional. Acorde con principios esenciales de justicia es manifiesto que la aproximación de ese tribunal al caso que juzga, no podría ser nunca la de un tribunal imparcial -que dé garantías al procesado- puesto que confiesa su interés propio y preferente de lavar una imagen y la voluntad de rescatar su responsabilidad histórica como institución.

El requirente argumenta que las sentencias dictadas en el marco de lo que denomina "*persecución política de ex militares por el Poder Judicial*", desde hace unos años, han mutado sus fundamentos para aplicar la prevalencia del derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, por sobre la ley chilena, contraviniendo el principio de supremacía constitucional (fs. 28). En nuestra Constitución Política, la única fuente del derecho penal es la ley y nunca han sido, ni los tratados ni la costumbre, sea nacional o internacional.

Sostiene que, en la especie, parece innegable un sentido ideológico-político que mueve los actos de los nuevos jueces que han accedido a la Corte Suprema y que demuestran el afán de perseguir y castigar, ignorando el texto del artículo 6º e infringiéndolo junto al art. 19 Nº 3 incisos octavo y noveno de la Constitución Política a través de: a) Aplicar Tratados internacionales que no regían a la época de los hechos; y b) Aplicar la costumbre como fuente directa del derecho penal, sin respetar la ley vigente (tipo penal y prescripción).

2) Igualdad ante la Ley (artículo 19 Nº 2 de la Constitución).

El requirente sostiene que se le persigue por delitos comunes y que por tanto prescriben de conformidad al Código Penal y, que la aplicación de la imprescriptibilidad contenida en el Tratado internacional, iría en contra de la igualdad ante la Ley (fs. 30), porque la prescripción de los delitos es la norma general y la imprescriptibilidad es la excepción.

Con lo anterior, unas mismas conductas penales, ocurridas en la misma época, que vulneran los bienes jurídicos protegidos de la vida humana (homicidio) y la libertad personal (secuestros), son resueltas por el juez, arbitrariamente, de manera desigual, en perjuicio del imputado. Así, ocurre que los jueces, en tanto aplicadores de la ley, en los casos que juzgaron después desde 1973 hasta el año 2010, a los hechos que atentaron contra la vida y la libertad de movimiento de personas (que son substancialmente iguales a los de esta investigación) fueron calificados única y uniformemente como homicidios calificados del artículo 391 Nº 1 y de secuestros calificados del artículo 141, ambos del Código Penal. No se calificaron como delitos de lesa humanidad, como se hace en autos.

3) Principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y Principio de legalidad (artículo 19 Nº 3 inciso octavo y noveno de la Constitución).



Sostiene que, en este tipo de juicios, en aras de una pretendida justicia material se ha instituido un ilícito reconocimiento jurisprudencial del tipo penal del delito de lesa humanidad que se contempló típicamente -por vez primera- en el Estatuto de Roma, retro trayendo su aplicación a hechos ocurridos entre 1973 y 1990.

La infracción constitucional es causada por la aplicación del tipo penal del artículo 7° N° 1 y 2° del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, promulgado el 6 de julio del 2009, y publicado en el D.O. del 1° de agosto de 2009, que tipifica el delito de lesa humanidad.

En ese marco se inscribe el arbitrio creado en orden a aplicar ex post la norma del artículo 7° del Estatuto de Roma y el efecto de su tipificación internacional que es la norma de "*ius cogens*" relativa a la imprescriptibilidad del delito como un principio de derecho internacional consuetudinario, en circunstancias que ninguno de tales preceptos constituye una ley, ni regía al tiempo de los hechos. En efecto, el delito de lesa humanidad no fue establecido en una ley formal y material dictada por los poderes políticos y soberanos de Chile, hasta el año 2009, en que se dicta la Ley N° 20.357.

- 4) La no afectación de los derechos en la esencia (artículo 19 N° 26 de la Constitución).

Finalmente, el requirente señala que los artículos 7° y 29 del Estatuto de Roma en cuanto conforman preceptos legales que infringen las garantías de legalidad e irretroactividad por establecer un ilícito penal y declarar la imprescriptibilidad no pueden afectar el derecho constitucional a la irretroactividad y la legalidad porque los hechos ocurrieron en 1973 época en que no había un tipo penal de lesa humanidad y tampoco un principio internacional determinado en la forma del actual, hecho que sólo ocurre internacionalmente, en 1998 y en Chile, en 2009 (fs. 52).

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 8 de julio de 2020, a fojas 686. Fue declarado admisible por resolución de la misma Sala el día 6 de agosto de 2020, a fojas 808, confiriéndose traslados de estilo.

A fojas 842 evacuó traslado la **Unidad programa DDHH de la subsecretaría de DDHH**, abogando por el rechazo.

Destaca que los hechos que motivaron la dictación de procesamiento y posterior acusación en contra de requirente, están vinculados con su participación en hechos que se enmarcan en un patrón de graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, constituyendo a la luz de derecho internacional, crímenes de lesa humanidad. Es ese mismo derecho internacional, el que por medio de múltiples fuentes jurídicas convencionales y consuetudinarias, exige que estos hechos deben ser



investigados, juzgados y sancionados debidamente por el Estado de Chile, a través del Poder Judicial, para evitar la impunidad.

Hace presente que se trata de la tercera vez que Jaime Lepe Orellana requiere de inaplicabilidad en el marco de un proceso judicial. Así ha ocurrido en los Roles N°s 7102 y 7103-19, ambas rechazadas por declaración de inadmisibilidad, por lo que el presente requerimiento pretende obstaculizar la acción de la justicia y dilatar el avance de la gestión sub lite.

Solicita que sean desestimadas todas las alegaciones expuestas por la actora, vinculadas con las circunstancias que constituirían vulneraciones al debido proceso, por cuanto durante la instrucción de la extensa investigación de la causa, la defensa del requirente nunca reclamó o impugnó aquello, ni pidió la nulidad de alguna gestión o diligencia.

Afirma que en la especie el libelo carece de fundamento plausible. Las alegaciones constituyen una mera especulación, por cuanto parten de la base de una sentencia de primera instancia, que a la fecha no ha sido dictada.

Sostiene que los cuestionamientos residen en que la futura sentencia de primera instancia no estará fundada ni valorará la prueba debidamente, atentando contra la Constitución una probable calificación de la imputación como delitos como de lesa humanidad. Todo ello, a pesar de que en la causa no se ha desarrollado el término probatorio. Es precisamente ese estado procesal el pertinente para ofrecer las pruebas pertinentes y solicitar el desarrollo de aquellas diligencias que se estimen adecuadas para desvirtuar las acusaciones.

En relación a los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal, explica que ellas corresponden a reglas que establecen limitaciones respecto de la valoración de la prueba que debe realizar el juez, establecidas en el propio beneficio del acusado. En la especie, su cuestionamiento no ha sido fundado, pues la requirente omite explicar cómo se produce en específico una contravención constitucional.

Lo que, a su juicio, ocurre en autos, es un cuestionamiento al sistema del Código de Procedimiento Penal, resguardado a través de la Disposición Octava Transitoria de la Constitución.

En relación a los artículos impugnados, contemplados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, refiere éstos explicitan el concepto de delitos de lesa humanidad y el carácter imprescriptible de este tipo de crímenes, que constituyen obligaciones internacionales de los Estados ante la comisión de casos graves de violaciones a los DDHH según la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH.

En los hechos, afirma que los ilícitos investigados tienen el carácter de crímenes contra la humanidad por las características con las que fueron llevadas a cabo y por el conjunto de bienes jurídicos que afectaron. Se trata de hechos que formaron parte de



un ataque sistémico y generalizado contra una población civil y sus ejecutores estaban en conocimiento de ello y su imprescriptibilidad constituye una norma imperativa de derecho internacional, recogido en diversas fuentes normativas del derecho internacional de los DDHH vigente para nuestro país.

A fojas 860 evacuó traslado la parte **querellante particular de Mario Melo Acuña y otros**, abogando por el rechazo, señalando lo siguiente:

El requerimiento de inaplicabilidad se dirige contra preceptos que no tienen rango legal, al dirigirse contra disposiciones de tratados internacionales.

De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia constitucional posterior a la reforma constitucional de 2005, es claro que los tratados internacionales no se encuentran comprendidos en la expresión “precepto legal”. Señala que basta simplemente para esto, revisar que cuando la Constitución Política o la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional han querido referir preceptos propios de tratados internacionales, emplean directamente la voz “tratados”.

Por lo demás, el Estatuto de Roma no resulta directamente aplicable. Prueba de ello es la promulgación de la Ley Nº 20.357 que busca adaptar los tipos penales del Estatuto de Roma en el Derecho doméstico. Su relevancia interpretativa viene dada porque el mismo configura una cristalización de la costumbre internacional que mandata la investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

El requerimiento contiene argumentaciones de carácter abstracto, e impugna normas que contienen definiciones. Es extremadamente genérico y no indica contravenciones precisas.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 8 de septiembre de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos, por la requirente, del abogado Jorge Eduardo Montero Mujica; por la querellante, Unidad Programa de Derechos Humanos, de la Subsecretaría de Derechos Humanos, del abogado Ilan Sandberg Wiener; por la parte querellante particular de Mario Melo Acuña y otros, del abogado Francisco Bustos Bustos; y por la parte de Juan del Tránsito Aranda Mendoza, del abogado Maximiliano Murath Mansilla.

Se adoptó acuerdo con fecha 30 de septiembre de 2020, conforme fue certificado por el relator de la causa.



Y CONSIDERANDO:

I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO.

PRIMERO.- El requirente Jaime Lepe Orellana presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad *respecto de los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal; y artículos 7º, N° 1 y N° 2, y 29º, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, a objeto que sean declarados inaplicables en el proceso penal -en el juicio denominado “Caso Ex Boinas Negras”- instruido por el Ministro en Visita Extraordinaria de la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago Sr. Mario Carroza Espinoza. La causa actualmente se encuentra en etapa de plenario.

SEGUNDO.- En relación a la gestión pendiente identificada previamente, en esa causa se investigan los delitos cometidos en contra de un grupo de 11 personas que -formados en la Escuela de Paracaidistas y Fuerzas Especiales del Ejército de Chile- fueron dados de baja institucional en 1970, por su pertenencia al Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR). Se investiga las desapariciones de Mario Melo Pradenas, Jorge Vicente Piérola Piérola, de Luis Alberto Barraza Ruhl y Javier Enrique Sobarzo Sepúlveda y los homicidios calificados de Alberto Ampuero Angel, David Héctor González Venegas, Julio Antonio Martínez Lara, Enrique Alfonso Toledo Garay, Daniel Estrada Bustos, Ricardo Pardo Tobar, y Moisés Cossio Pérez.

Estos hechos habrían ocurrido entre el 11 de septiembre y el mes de octubre de 1973, en diferentes lugares de la Región Metropolitana. La investigación comenzó el 16 de abril de 1991, en el 19º Juzgado del Crimen de Santiago instruido por la jueza doña Carmen Garay Ruiz. Posteriormente, esta causa fue investigada por diversos jueces y ministros en visita extraordinaria y, finalmente, por el Sr. Mario Carroza Espinoza.

El requirente, en ese entonces teniente, como segundo oficial, integraba, junto a otros 13 funcionarios del Ejército, la Unidad Especial Divisionaria. Se encuentra sometido a proceso por 8 homicidios y por 3 secuestros.

TERCERO.- En cuanto al conflicto constitucional, el requirente, a partir de los preceptos legales reprochados, cuestiona dos grandes capítulos de asuntos sin olvidar un conjunto adicional de otros elementos que agrega a modo contextual de vulneraciones constitucionales. Por un lado, se concentra en el juzgamiento por presunciones judiciales, y, por la otra, centra su planteo en el efecto integrador que tendrían en los tipos penales desde las normas *ius cogens* de Derecho Internacional y de los tratados internacionales de derechos humanos, particularmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

CUARTO.- En cuanto al primer problema, alega que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera los artículos 1º, 6º, inciso primero, y 19, numerales 2º, 3º, incisos sexto, octavo y noveno, 7º letra f) y 26º, todos de la Constitución, toda vez



que es el mismo juez quien investiga, acusa y sentencia los hechos, vulnerándose la garantía del juez imparcial, y porque la prueba allegada al proceso es ilegal y fue ilícitamente obtenida en el sumario, ya que no fue rendida ante el juez, sino ante funcionarios delegados y con ausencia de bilateralidad en la producción de esas pruebas.

En tal sentido, el requerimiento reprocha que el Ministro Carroza arribó a ciertas presunciones judiciales, “sin razón y sin que sean hechos consecuentes o presumidos, porque no están precedidos de hechos bases probados, ni evidencia un raciocinio” (subrayado en el original) (fs. 11). Indica también que en las resoluciones judiciales del proceso se advierte “la infracción constitucional al principio de inocencia, al principio de culpabilidad y a la garantía constitucional de un procedimiento e investigación racionales y justos” (fs. 18).

QUINTO.- En cuanto al segundo problema indicado, señala que la aplicación, por parte del Poder Judicial, de los preceptos impugnados del Estatuto de Roma vulnera el principio de supremacía constitucional, por cuanto la aplicación del “derecho internacional y el “ius cogens” para tipificar una conducta o, retrotraer los efectos de leyes penales posteriores a los hechos de la investigación en perjuicio del acusado (...) **incumple el artículo 6º puesto que -en nuestra Constitución Política, la ÚNICA fuente del derecho penal ES LA LEY y nunca han sido, ni los tratados ni la costumbre, sea nacional o internacional**” (énfasis en el original) (fs. 29).

II.- PRECEPTOS RESPECTO DE LOS CUALES SE SOLICITA SU INAPLICABILIDAD.

SEXTO.- A continuación identificaremos los preceptos del Código de Procedimiento Penal, respecto de los cuales el requirente solicita su inaplicabilidad de todos los preceptos en su integralidad.

Las disposiciones impugnadas son:

“Art. 485. (513) Presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona.”

“Art. 486. (514) Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras son las establecidas por la ley, y constituyen por sí mismas una prueba completa, pero susceptible de ser desvanecida mediante la comprobación de ciertos hechos determinados por la misma ley.

Las demás presunciones se denominan “presunciones judiciales” o “indicios”.“

“Art. 488. (516) Para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere:

1º Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;



2° Que sean múltiples y graves;

3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas;

4° Que sean directas, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y

5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata.”

SÉPTIMO.- Corresponde referir las disposiciones que cuestiona el requirente del Estatuto de la Corte Penal Internacional, conocido como Estatuto de Roma, con la particularidad de que esta referencia no puede atribuirse una consideración de un precepto similar, equivalente o idéntico a un “precepto legal”, materia propia de esta sentencia que se examinará más adelante.

Las normas cuestionadas son:

“Artículo 7 N° 1 y N° 2.

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;



k) *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.*

2. *A los efectos del párrafo 1:*

a) *Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;*

b) *El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;*

c) *Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;*

d) *Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;*

e) *Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;*

f) *Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;*

g) *Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;*

h) *Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;*

i) *Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado."*

"Artículo 29. *Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán."*



III.- CUESTIONES QUE NO SON PARTE DE LA LITIS CONSTITUCIONAL.

OCTAVO.- A esta Magistratura no le compete establecer orientaciones de ningún tipo, ni para validarla ni para cuestionar las actuaciones judiciales sobre las cuales reposa la investigación en que se funda la gestión pendiente. Tampoco nos corresponde un juicio de mérito sobre la corrección de sus procedimientos, ni de sustitución o evaluación de las estrategias procesales penales de las partes ni menos sobre la oportunidad de la presentación del requerimiento. Las apreciaciones sobre los hechos también se dan en el marco de la interpretación de la ley penal lo que es un asunto resorte del juez de fondo.

IV.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

NOVENO.- Cabe advertir que esta sentencia se da en el contexto de una jurisprudencia de esta Magistratura que se ha pronunciado sobre buena parte de los dilemas planteados en este requerimiento lo que torna ineludible reflexionar de cara a las sentencias roles 4210/2017; 4627/2018, 4704/2018; 5952/2019 y 8454/2020. A continuación, describiremos el conjunto de elementos interpretativos que guiarán esta sentencia, como un modo de orientar el razonamiento jurisdiccional presente en esta causa. En primer lugar, cabe entender que los elementos contextuales de este requerimiento relativos al procedimiento penal antiguo y a la función del juez en el mismo exigen que deban ser resueltos mediante sus propios procedimientos de nulidad y, en sede constitucional, exigen que se explique pormenorizadamente lo que no se hace en el presente requerimiento. En segundo lugar, hay un conjunto particular de reproches que se realizan al régimen probatorio los que no identifican un parámetro constitucional contra el cual esta Magistratura deba declarar la inconstitucionalidad. Un tercer elemento es que las presunciones judiciales del Código de Procedimiento Penal operan como un completo test de reducción de la arbitrariedad judicial e instrumento de garantía para un procesado bajo esas reglas. En cuarto término, la impugnación de las normas *ius cogens* no es razonable por dos motivos, por una parte, por tratarse de una interpretación jurídica propia del juez de fondo como porque se trata de un mandato de cumplimiento al que está sometido el Estado por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución. Por último, se sostendrá que los tratados internacionales impugnados relativos a reglas, principios, definiciones o normas *ius cogens* no tienen aptitud de ser decisivos respecto del caso concreto.

a. Críticas genéricas no pueden derivar en una inaplicabilidad circunstanciada.

DÉCIMO.- El Código de Procedimiento Penal contempla mecanismos para desvirtuar los vicios procesales. En efecto, dicho procedimiento se divide en etapas de sumario y plenario. La primera etapa se orienta a la investigación de los hechos



constitutivos de delitos, la determinación de los que participaron en él y las circunstancias que puedan influir en su penalidad. Ello ha llevado a la doctrina a calificar al sumario como un procedimiento secreto, que se desarrolla por escrito, sin contradicción o inquisitivo, carente de una tramitación ordenada, sin plazos y como una instancia preparatoria y provisional.¹

Concluidas las diligencias ordenadas por el juez instructor, éste declara cerrado el sumario (artículo 401 del Código de Procedimiento Penal), pudiendo solo reabrirse para la práctica de determinadas actuaciones omitidas, cuestión que debe ser solicitada dentro del plazo de 5 días.

El plenario “es un juicio contradictorio entre el fiscal (o juez) y el querellante particular que acusan y el reo que se defiende, en todo diferente al sumario. Sus principales características son las siguientes aparte de que es contradictorio: 1) Es público; 2) Tiene tramitación ordenada, y 3) Es escrito”.²

DECIMOPRIMERO: A diferencia de los procesos penales regidos por la oralidad, en que las partes y el juez pueden modificar el devenir ordinario del proceso, en un sistema escriturado como el inquisitivo, “el orden consecutivo está con precisión y claridad establecido por la ley en todas sus fases y etapas. Dicho orden consecutivo está caracterizado por la corrección (así Gandulfo, Eduardo, “Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas”, *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 21, pp. 121-185), puesto que los actos de procedimientos deben desarrollar un orden que apunte a la racionalidad de los valores que estructuran el sistema, en armonía con el mandato constitucional del justo y racional procedimiento a que alude el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución Política. Unido a lo anterior, el orden consecutivo legal apunta a la prontitud del juzgamiento, cuestión hermana con la exigencia de la tutela judicial efectiva” (STC 4704/2018, c. 14°).

DECIMOSEGUNDO: La cuestión central para el desarrollo del orden consecutivo legal es la “preclusión de los actos, institución general del proceso. Con éstas se adjudican a las partes las consecuencias negativas que implican la pérdida o extinción de una determinada facultad procesal. Conforme lo expone Chiovenda, con la preclusión la ley entrega mayor precisión y rapidez al desarrollo de los actos del proceso, a través de un cierto orden en el desarrollo del mismo, poniendo límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que, fuera de esos límites, dichas facultades ya no pueden ejercitarse (Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, v.III*, [trad. Gómez Orbaneja], Madrid, 1936, pp. 276-77)” (STC 4704/2018, c.15°).

¹ López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Ediciones Encina, Santiago, pp. 135-142.

² López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Ediciones Encina, Santiago, p. 11.



DECIMOTERCERO: “En los procedimientos escritos lo anterior cobra suma relevancia. En éstos, prima la dispersión de los actos en fases o tiempos. Según ha desarrollado la doctrina procesal, cada acto del proceso viene a constituir una sub-fase del mismo, tomando la ley las riendas del asunto, estableciendo un orden legal máximo sobre su orden, con un mecanismo de articulación de dicha sucesión en que la preclusión entrega unión temporal a la dispersión de fases, haciendo así avanzar el proceso (Gandulfo, Eduardo, op.cit. p. 136), en un orden en que, dada su indisponibilidad, debe ser respetado por las partes y el tribunal adjudicador. Por ello, a vía ejemplar, precluida para las partes la facultad de impugnar de nulidad una resolución, también queda el juez privado de su potestad de corrección (Tavolari, Raúl, “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, N° 1, primera parte, pp. 6-7)” (STC 4704/2018, c. 16°).

DECIMOCUARTO: “Verificada la sistemática del Código de Procedimiento Penal, lo anterior tiene repercusiones concretas. Su régimen de nulidades procesales es manifestación clara de lo razonado, puesto que, de conformidad a lo establecido en el artículo 71 “[l]as partes solo podrán pedir incidentalmente la nulidad de los trámites y los actos procesales en las siguientes oportunidades: 1.- La de aquellos realizados en el sumario, durante él, o en el plazo señalado en el artículo 401 o en los escritos fundamentales del plenario, y 2.- La de los trámites y actos realizados en el plenario dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se tuvo conocimiento del vicio”, agregando el artículo 72 que dichas nulidades quedan subsanadas de no ser alegadas en la oportunidad procesal correspondiente y que no pueden ser solicitados por la parte que sea causante del vicio ni aquella a quién no le afecta (artículo 70)” (STC 4704/2018, c. 17°).

DECIMOQUINTO: En consecuencia, frente a la hipotética existencia de vicios procesales concretos que se produzcan en el marco de la gestión pendiente, la legislación contempla mecanismos oportunos y pertinentes en el Código de Procedimiento Penal para enmendarlos sin necesidad de recurrir al ordenamiento constitucional para proveer fórmulas que envuelven una creación normativa y recursiva incompatible con las atribuciones de esta Magistratura.

DECIMOSEXTO.- Por consiguiente, respecto del conjunto de críticas al procedimiento penal, el estándar exigible nos lleva a sostener que a esta Magistratura le compete enjuiciar el modo en que preceptos determinados producen el efecto inconstitucional que el artículo 93, numeral 6°, de la Constitución, de un modo tal que la inaplicabilidad de los mencionados preceptos sea la solución última e ineludible a adoptar.

b. Las presunciones son parte de un régimen de prueba tasada existiendo libertad probatoria en la Constitución para el legislador.



DECIMOSÉPTIMO.- El requerimiento cuestiona los hipotéticos efectos de las presunciones como un régimen vulnerador del principio de libertad de apreciación de la prueba. Por ende, antes de entrar a examinar el alcance de las presunciones judiciales debemos verificar cuál es el estándar de comparación propuesto por el requirente. En términos estrictos no nos indica qué entiende por principio de libertad de apreciación de la prueba ni la norma constitucional que lo reflejaría.

DECIMOCTAVO.- “La Constitución no dispone de ninguna norma que nos señale el modo en que se deba definir una regla de prueba para algún tipo de procedimiento. Como sabemos, la Constitución remite doblemente estas materias al legislador. Tanto por el artículo 63, numeral 3° al indicar que *“solo son materias de ley (...) N° 3 Las que son objeto de codificación (...) procesal”*. Asimismo, el artículo 19, numeral 3° inciso sexto deriva que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.

En consecuencia, el legislador tiene discrecionalidad sustancial o estructural en materia de régimen de prueba. Esta discrecionalidad implica para el legislador adoptar los medios y fines que estime conveniente siempre que no sea contrario a “todo aquello que las normas constitucionales no ordenan ni prohíben”.¹ Por cierto, que tiene un límite material en orden a que el régimen de prueba que modele deba ser “racional y justo”. Sin embargo, de lo anterior se deducirán los procedimientos específicos acordes a una debida configuración legislativa de los mismos.” (STC 4627/2018, c. 19°)

DECIMONOVENO.- “Sin embargo, la Constitución en esta materia no razona como frente a una hoja en blanco. No parten desde su determinación constituyente un orden jurídico *ex novo*. Todo lo contrario, en lo global la Constitución se impone sobre el orden normativo pero reconociéndole historicidad a todo el ordenamiento jurídico general previo (disposiciones transitorias primera a quinta, especialmente ésta última) en cuanto no reciba “derogación expresa” (quinta transitoria) o en y “en lo que no sea contraria a la Constitución” (cuarta transitoria).

El procedimiento penal cuestionado en autos es previo a la Constitución y bajo su vigencia ha admitido las reglas de ordinaria modificación.

Sin embargo, este ordenamiento procesal no solo se modificó en cuanto legislador, sino que en cuanto constituyente.

El constituyente se confrontó estructuralmente al régimen procesal penal antiguo con la oportunidad de modificarlo en su totalidad hacia el futuro. Por ende, conoce sus alcances y tenía todas las posibilidades de realizar un reproche diverso. Sin embargo, no lo hizo. Más bien todo lo contrario. Lo ratificó reconociendo su vigencia para los casos previos.

En materia de régimen de prueba penal, el constituyente ratifica la vigencia del régimen probatorio previo puesto que el “Capítulo VII “Ministerio Público”, la ley



orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones”. (Disposición octava transitoria).” (STC 4627/2018, c. 20°)

VIGÉSIMO.- “Por ende, el régimen probatorio es una cuestión de legalidad (artículo 19, numeral 3°, inciso sexto y 63, numeral 3° de la Constitución). El modelo de régimen probatorio establecido con el nuevo Código Procesal Penal no está “constitucionalizado” bajo ninguna regla especial de la Constitución. Y los hechos penales acontecidos con anterioridad a la vigencia del nuevo modelo se rigen bajo el régimen probatorio vigente al momento de los hechos. En consecuencia, no hay un modelo constitucional de prueba en el ámbito penal.” (STC 4627/2018, c. 21°).

En consecuencia, no puede estimarse que el Código de Procedimiento Penal, en su régimen de presunciones, vulnere el régimen de libre apreciación de la prueba. No vulnera nada es solo un régimen de prueba diferente y autorizado por la Constitución.

c. Las presunciones configuran una forma de ejercicio racional de ponderación probatoria que impide la arbitrariedad.

VIGESIMOPRIMERO.- Los preceptos impugnados en esta materia son los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal, según ya los identificamos previamente.

“Estos preceptos legales definen lo que son las presunciones, las clasifican, las identifican como franqueables [“susceptible de ser desvanecida (...)”] y formulan un test para su razonamiento judicial a objeto de ser prueba completa:

- a) Deben basarse en hechos reales.
- b) Deben basarse en hechos probados.
- c) Deben ser múltiples.
- d) Deben ser graves.
- e) Deben ser precisas y concluyentes.
- f) Deben ser directas y lógicamente deducidas.
- g) Deben ser concordantes, coherentes y concluyentes.

Por el contrario, no pueden basarse a su vez en otras presunciones.” (STC 5952/2019, c. 39°)

VIGESIMOSEGUNDO.- El legislador y los tratados internacionales recurren a las presunciones en materia penal. Algunas son propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la presunción de inocencia (artículo 11.1 de la



Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Incluso, el propio constituyente de 1818 lo había dispuesto. Algunas son irrefutables como la inimputabilidad penal del menor y otras refutables como la presunción de inocencia de que goza cada imputado. Por ende, no es ajena a la disciplina procesal penal la estructura de las presunciones.

Respecto de ellas, la Constitución le prohíbe al legislador establecer presunciones de derecho en el ámbito penal (artículo 19, numeral 3° inciso séptimo).

Las presunciones pueden ser presunciones *simplemente legales* (artículo 487 del Código de Procedimiento Penal), las que están excluidas del presente proceso constitucional, y las presunciones *judiciales o indicios* (artículo 488 del Código de Procedimiento Penal).

Sin embargo, la dimensión clave es su alcance, su relación como medio de prueba y su vinculación constitucional.

VIGESIMOTERCERO.- “Se admite que las presunciones son “afirmaciones acerca de hechos sobre los cuales no se tiene una total certeza”.³ Se ha de referir a hechos pasados y acontecidos y no pueden tener ningún sentido de pronóstico alguno. Nuestra doctrina indica que se trata del “empleo por la ley o el tribunal de hechos o antecedentes conocidos para deducir o inferir de ellos hechos desconocidos sustanciales, pertinentes y contradictorios del proceso”.⁴ En consecuencia, su cuestión esencial radica en la estructura probatoria de estas inferencias o deducciones.” (STC 5952, c. 41°).

VIGESIMOCUARTO.- “Las presunciones difieren según la naturaleza del procedimiento dentro del cual se inscriben. Siendo parte de un modelo acusatorio se difuminan como prueba específica puesto que rige como regla general el sistema de apreciación general de la prueba, propio del nuevo Código Procesal Penal. Se difumina, no desaparece. En cambio, en el modelo inquisitivo bajo un régimen de prueba tasada le corresponde una forma de apreciación asignándole un valor probatorio.

No siempre se ha visto como sinónimo a presunción judicial el indicio. “El indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquélla. El indicio, de *inde dico*, “de allí digo”, es lo que nosotros llamamos dato inferidor o hecho base. Se

³ Joaquim Vogel (1994), “Los límites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán”, *Estudios de Derecho Penal económico*, Ediciones Universidad Castilla – La Mancha, Cuenca, p. 43.

⁴ Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López (2010), *Derecho procesal penal*, Tomo II, Thomson Reuters, Santiago, p. 1047.



trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es mono básica, se compondrá de un solo indicio; si es polibásica, de varios”.⁵

Las presunciones son un ejercicio de valoración de la concatenación de las demás pruebas configuradas. En tal sentido, detrás de los racionios judiciales bajo los dos sistemas procesales penales vigentes no implican la desaparición de las presunciones sino que una manifestación de formatos diferenciados como régimen de prueba.” (STC 5952, c. 42°).

VIGESIMOQUINTO.- “La pregunta fundamental que cuestiona el requerimiento es responder por qué las presunciones son constitucionales o no. Para ello, las presunciones tienen que satisfacer un conjunto de exigencias materiales desde la Constitución. La primera, según el doble mandato del inciso séptimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, es que las presunciones respeten el principio de reserva legal. Esto implica que si son presunciones de legalidad deben estar revestidas del rigor normativo que las identifique como tales. En segundo lugar, se ha de referir a presunciones simplemente legales de aquellas que admiten ser desestimadas bajo otros medios de prueba. Por ende, están prohibidas las presunciones de derecho.

No obstante, en el caso concreto, no se vincula con ninguna presunción definida por el legislador, sino que se atribuyen al razonamiento judicial. Para ello hay que ir al tercer requisito implícito en la norma anterior, que las presunciones, ahora judiciales, respeten el principio de culpabilidad. Esto es, que la culpabilidad “es condición indispensable previa a la pena y fundamenta en el caso concreto el reproche del injusto. El principio posee además una doble vertiente procesal y material, desde esta última requiere que la punición se derive de ella, ya en su forma dolosa o imprudente, culpabilidad que además requiere ser efectiva en el caso particular, es decir, preciso que se afirme con certeza absoluta. Todas estas características aúnan el principio de culpabilidad con el procesal de búsqueda de la verdad material, formando ésta parte de la garantía constitucional de aquél”.⁶ En consecuencia, las presunciones se han de vincular con el máximo estándar de la culpabilidad a objeto de fortalecerlo y no debilitarlo. Se trata del estándar pleno de convicción moral y jurídica para condenar.” (STC 5952, c. 43°)

VIGESIMOSEXTO.- El requirente impugnó los artículos 485 y 486 del Código de Procedimiento Penal, las que se encargan de precisar definiciones y clasificaciones con la sola salvedad de que admiten ser desestimadas. Respecto de ellas, incluso se refiere que pueden ser desvanecidas mediante otros medios de prueba, lo que reafirma la relatividad de sus contenidos y efectos los que pueden ser franqueados por el propio requirente, en función de las argumentaciones de que disponga.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El centro del cuestionamiento, por ende, sigue residiendo en la impugnación del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

⁵ Maturana y Montero (2010), p. 1048.

⁶ Vogel (1994, pp. 52-3).



Allí está presente un completo test acerca de la validez procesal de las presunciones exigiendo un conjunto amplísimo de conexiones. “Las presunciones no operan solas, se sostienen en hechos que deben ser probados. Las presunciones no son especulativas, deben sostenerse en pruebas reales. Las presunciones no son aisladas ni indiciarias, deben satisfacer un conjunto amplio de datos que se vinculen coherentemente entre sí. Las presunciones no pueden ser anecdóticas, fútiles o de conveniencia. Por el contrario, deben ser graves, directas, concordantes y “sin contraposición alguna”. Cada uno de estos términos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal define un escenario judicial de prueba exigente que puede ser contrastado en sede de apelación.

Estas presunciones respetan el principio de culpabilidad puesto que admiten ser desestimadas. Ellas mismas implican ascender en la escala jurídica del raciocinio para fundar un reproche normativo del injusto aplicado a un caso concreto. No debilitan el estándar de culpabilidad al aparecer como prueba evanescente. Todo lo contrario, la exigencia de cantidad y calidad de las pruebas de base la tornan la más exigente de todas las pruebas y por lo mismo el único modo de contrastarlas es mirarlas al servicio de la fundamentación más exigente con la máxima convicción moral y jurídica para la condena o la absolución. “Las presunciones, consideradas medios de prueba en la antigua legislación no son, en rigor, tales, sino que forman parte del razonamiento del juzgador, en la medida que expresan el modo en que éste adquirió convicción sobre la culpabilidad del acusado o no la adquirió. Constituyen, pues, la parte esencial del razonamiento judicial en la fundamentación de la sentencia”.⁷ Desde este punto de vista normativo, admitimos que son conforme a la Constitución.” (STC 5952, c. 44°).

d. La impugnación de las normas *ius cogens* no es razonable por tratarse de una interpretación jurídica que está sostenida en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

VIGESIMOCTAVO.- El requirente cuestiona en variadas oportunidades la presencia decisiva de “normas *ius cogens*” en la determinación penal en contra de sus representados. Si podemos resumir sus conceptos sostiene que “en la sentencia definitiva se declarará la imprescriptibilidad de los hechos que se subsumirán en el tipo penal de lesa humanidad que tipifica el Estatuto de Roma, como en la norma consuetudinaria de derecho internacional o la norma de “*ius cogens*” que deriva de ella” (fs. 3 del presente expediente constitucional).

Ello no solo lo define como una norma decisiva, sino que vulnera los principios de legalidad penal e irretroactividad, puesto que se pretende que “el delito de lesa humanidad ya habría sido una norma obligatoria internacional en el año 1973”, en

⁷ Horvitz Lennon, María Inés/López Masle, Julián (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 269.



circunstancia que “la norma de “ius cogens” fue reconocida y definida en la Convención de Viena, que Chile aprobó como precepto legal, en 1981” (fs. 29 del expediente constitucional). Dicha interpretación se reafirmaría por el efecto de tipificación internacional del Estatuto de Roma “que es la norma de “ius cogens” relativa a la imprescriptibilidad del delito como un principio de derecho internacional consuetudinario, en circunstancias que ninguno de tales preceptos constituye una ley, ni regía al tiempo de los hechos.” (fs. 36 del expediente constitucional).

Junto con cuestionar decisiones pasadas de esta Magistratura que estimaron que no resultaba inaplicable puesto que la norma *ius cogens* no era un precepto legal (fs. 40 del requerimiento), lo que devendría en una legitimación de la acción del juez penal para aplicar una regla que vulneraría el efecto inconstitucional concreto (fs. 40), el principio de supremacía constitucional (fs. 51) y la irretroactividad de la ley penal así como la legalidad penal (artículo 19, numeral 3°, incisos 8° y 9° de la Constitución, a fs. 52 del expediente constitucional).

La mencionada impugnación de las “normas *ius cogens*” exige previamente identificar de qué tratan, cuál es el ámbito jurídico que integran y cuáles son sus efectos en las decisiones judiciales.

VIGESIMONOVENO.- En cuanto a lo que se entiende por “normas *ius cogens*”, el Derecho Internacional las ha definido expresamente.

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define que “[e]s 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 sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”.

Esta definición es el resultado de casi dos décadas de debate jurídico en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y su resultado, en cuanto artículo 53 de la Convención, sigue siendo objeto de debates actuales. Asimismo, dicha deliberación abarcó el *ius cogens superveniens* o sobreviniente (art. 64 de la Convención de Viena); el cuestionamiento sobre su alcance jurídico (artículo 66 de la Convención de Viena) y las consecuencias de la nulidad de un tratado que se oponga a una norma *ius cogens* (artículo 71 de la Convención).

Para efectos de estas consideraciones ver ROSSEL, Mario (1997), “La Constitución y los tratados de derechos humanos”, *Ius et Praxis*, Volumen 2, N° 2, Universidad de Talca; DÍAZ TOLOSA, Regina (2015), “Aplicación judicial en Chile del *Ius Cogens* como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, NÚÑEZ POBLETE, Manuel (editor), *La Internacionalización del Derecho Público*, Thomson Reuters, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; VALLARTA MARRÓN, José Luis (2010), “La



argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen X; VARÓN MEJÍA, Antonio (2010), “Orden público internacional y normas *ius cogens*: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”, <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/969/ordenpublicoi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; ABELLO-GALVIS, Ricardo (2011), “Introducción al estudio de las normas de *ius cogens* en el seno de la Comisión de la Comisión de Derecho Internacional”, Universitas, N° 123, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp. 75-104; GARIBIAN, Sebane y PUPPO, Alberto (2012), “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, N° 36; CÓRDOVA ARELLANO, José Luis (2007), “La prohibición del genocidio: normas *ius cogens*”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

TRIGÉSIMO.- A partir de esta definición vincularemos esta materia con su justificación, sus características, su alcance y problemas, su argumentación jurídica para sostenerla y su aplicación al caso chileno y a su ordenamiento.

Durante el desarrollo y codificación del Derecho Internacional en la posguerra, se determinó buena parte del sentido y justificación de las normas *ius cogens*.

Se trata de un conjunto de normas internacionales, de carácter general (en esencia de origen consuetudinario y excepcionalmente convencionales), que establecen un mínimo de reglas fundamentales sobre las cuales reposa el orden internacional. En ellas se configura un orden de coordinación de la comunidad internacional basado en los principios de humanidad, “que reflejan valores trascendentes comunes a todos los Estados en un momento histórico y en una circunstancia determinada. Algunos de ellos son inherentes al sistema internacional, pues sin ellos el sistema desaparecería, se desnaturalizaría o se transformaría en otro sistema” (DÍAZ, 2015:101).

Este reflejo de la dimensión formal implica que la norma *ius cogens* debe cumplir con cuatro requisitos: a) estatus de norma de derecho internacional general; b) aceptación por la comunidad internacional; c) inmunidad de derogación, y d) modificable únicamente por una norma del mismo estatus.

“La definición de “*ius cogens*” que surge del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ha sido calificada de circular dado que parece estar definida a través de sus efectos. Eduardo Jiménez de Aréchaga aclara que ‘...No es que ciertas reglas sean de *ius cogens* porque no permiten acuerdo en contrario; más bien, no se permiten acuerdos en contrario a ciertas normas, porque éstas poseen el carácter de *ius cogens*’. Junto con esta aclaración es importante tener en cuenta que el valor de la existencia de un derecho imperativo (*ius cogens*) no se reduce sólo a que constituye un límite a la validez de los tratados que contengan cláusulas contrarias a su contenido. Este es uno de sus efectos, pero no el único. La vigencia de un derecho de



esa naturaleza impone, asimismo, obligaciones a los Estados que integran la comunidad internacional.” (Jiménez de Aréchaga en CORDOVA, 2007: 100).

TRIGESIMOPRIMERO.- En cuanto a las características de las normas *ius cogens*. De su definición del artículo 53 aludido se distinguen tres características primarias: universalidad; inderogabilidad y sustitución excepcional por otra norma *ius cogens*. A partir de ellas, hay otros elementos característicos. El más relevante viene de su conceptualización: su imperatividad.

Frente al cuestionamiento en torno al hecho de que todas las normas tienen un sentido imperativo u obligatorio, cuál sería el carácter específico de dicha imperatividad. “¿Por qué las normas son imperativas? Las normas imperativas son, a menudo, normas que ya existen, es decir, normas válidas (convencionales o consuetudinarias) pero se les reconoce una importancia particular. Esta importancia particular tiene dos dimensiones: la primera es moral; la segunda, por así decir, hermenéutico judicial. La dimensión moral permite distinguir claramente las normas obligatorias y las normas imperativas. Las primeras son jurídicamente obligatorias, las segundas son, también, moralmente obligatorias (expresión de la moral internacional o de la voluntad “positiva” de la Comunidad internacional). La segunda dimensión traduce el rol jugado por los jueces en la identificación del derecho aplicable y en la calificación jurídica de la realidad” (GARIBIAN y PUPPO, 2012: 28).

En definitiva, las características de las normas *ius cogens* son: a) obligatoriedad, puesto que su imperatividad reside en ser reglas obligatorias para todos puesto que no dependen de la voluntad de ningún Estado; b) gozan de la máxima jerarquía internacional puesto que se imponen por su expresivo contenido; c) su origen es esencialmente consuetudinario.

TRIGESIMOSEGUNDO.- El efecto jurídico más relevante de las normas *ius cogens* es constituir una función de límite a los Estados. Este límite opera por ser una “norma de especial jerarquía” (ABELLO, 2011: 92), “representa una limitación a la libertad contractual de los Estados, son los derechos generales de la humanidad, los principios necesarios del Derecho Internacional” (CORDOVA, 2007: 94). Esta descripción apunta a consolidar un orden público internacional como límite a la acción soberana de los Estados.

La justificación de este orden público, se sostiene en “la superestructura de la comunidad internacional formada por un conjunto de reglas mínimas de conducta necesarias para que las relaciones internacionales sean ordenadas y posibles. A su turno Luna, consideró que ese conjunto mínimo de reglas es aquel que la comunidad internacional considera esencial para su existencia, cuyo carácter está justificado en el conjunto de necesidades morales, económicas y sociológicas-imperiosas y absolutas-cuyo desconocimiento pondría en grave riesgo la estabilidad de la comunidad de la cual provienen (...) Es un mínimo jurídico que la comunidad internacional considera esencial para su existencia en una época determinada” (VARÓN, 2010: 221).



En un sentido similar, se indica que “los Estados resultan obligados no solamente por unas convenciones internacionales, sino por otras vertientes a veces más profundas, y que existe un orden internacional y que ese orden internacional fundamentalmente está arquitecturado (*sic*), diseñado, por las normas *ius cogens*, y que son normas de *ius cogens* fundamentales, en primer lugar, el *pacta sunt servanda*; en segundo lugar, la erradicación de la fuerza, y en tercer lugar - sin que la enumeración sea jerárquica ni taxativa - los derechos humanos” (ROSSEL, 1997: 115).

TRIGESIMOTERCERO.- Su introducción en el Derecho Internacional tuvo auspiciosa bienvenida en la década del sesenta del siglo pasado, aunque desde su inicio hubo algunos cuestionamientos sobre su vasto alcance. Refleja bien tal criterio, nuestro Embajador en Misión Especial durante la negociación de la Convención de Viena, Sr. José Miguel Barros quién sostuvo que “se ha hablado mucho de la abrumadora mayoría de la Comisión de Derecho Internacional a favor de la regla y también de las reacciones de los gobiernos ante ella. Pero esas reacciones eran de esperar. Si se le pidiera al Comité que votara sobre la democracia, votaría por unanimidad a favor de ella, pero más tarde se descubriría que había todo tipo de interpretaciones diferentes de los votos individuales. Algo parecido ocurrió sin duda alguna con la reacción, o la falta de reacción, de la mayoría de los gobiernos al artículo 50” (actual 53) (VARÓN, 2010: 227).

Este amplio acuerdo en lo global y aspectos pendientes en su desarrollo ha llevado a generar discusiones doctrinarias en el seno del Derecho Internacional, acerca de los siguientes elementos, entre otros, a) el problema de identificar respecto de cuáles son las concretas normas *ius cogens*; b) ¿Quién es la autoridad competente para definir las?; c) ¿Puede haber normas *ius cogens* en el sistema regional de derechos humanos?; d) ¿Es posible generar normas de esta naturaleza por la vía convencional? Y e) ¿Cómo se aplican las normas *ius cogens* en el tiempo?

En otro orden de críticos, hay juristas que han sostenido que con estas normas “se estarían dando herramientas para que los Estados se sustraigan de sus propias obligaciones” (Charles Rousseau, CORDOVA, 2007: 105).

TRIGESIMOCUARTO.- La identificación de normas *ius cogens* nos llevan al método y a su concreción. En cuanto al modo, se reconoce que hay dos caminos en la identificación de las normas *ius cogens*: “1) Doctrinal, y 2) El de los organismos codificadores. Es por esto pertinente notar que de los 28 discursos pronunciados en la Conferencia de Viena, respecto de las normas IC, los mayores pronunciamientos por este tipo de normas lo fueron en referencia a dos complejos normativos: 1) Respecto a los artículos más significativos de la Carta, y 2) Respecto de la protección de los Derechos Humanos” (CORDOVA, 2007: 120).

Y en cuanto a las normas mismas, existe una variada identificación de reglas *ius cogens*. Entre los muchísimos autores, “el jurista polaco Stanislaw Nalchik nos dice que de las intervenciones en la Conferencia de Viena pueden destacarse dos conjuntos de normas calificadas de *ius cogens*: las disposiciones de la Carta de la ONU sobre el



uso de la fuerza, la solución pacífica de las controversias y las normas sobre la protección de los derechos humanos fundamentales, incluida la prohibición de la esclavitud, del genocidio, de la discriminación racial y las cardinales del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados” (VALLARTA, 2010: 42).

La propia Comisión de Derecho Internacional cita entre las normas de carácter *ius cogens*, “las siguientes: 1) la prohibición del uso agresivo de la fuerza; 2) el derecho de legítima defensa; la prohibición de: 3) genocidio, 4) tortura, 5) crímenes contra la humanidad, 6) esclavitud y la trata de esclavos, 7) piratería, 8) discriminación racial y el apartheid, 9) las hostilidades contra la población civil (normas básicas del derecho internacional humanitario). Se explican también las dificultades en la identificación de las normas IC de manera abstracta, por lo que la Comisión de Derecho Internacional sugirió que debía ser la práctica internacional de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales los que definieran el contenido de las normas con carácter IC.” (CÓRDOVA, 2007: 125-126).

TRIGESIMOQUINTO.- Si la propia Comisión de Derecho Internacional remitía la evolución de las normas *ius cogens* a la jurisprudencia internacional, cabe referir lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el Caso Barcelona Traction – 1970. Allí sostuvo que “estas obligaciones surgen, por ejemplo, en el derecho internacional actos contemporáneos, ilegales de agresión y genocidio sino también principios y normas sobre derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de esclavitud y discriminación racial. Ciertos derechos protectores corresponsales se han integrado en el derecho internacional general (Reservas de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1951, pág. 23); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal.”(International Court of Justice Reports of judgments, advisory opinions and orders case concerning the Barcelona traction, light and power company, Limited (New application:1962)(Belgium v. Spain) Second pase judgment of 5 february 1970, c. 34°).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sistemáticamente ha declarado diversas reglas *ius cogens* desde la Opinión Consultiva N° 18 relativa a la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. De la misma forma, un sinnúmero de casos [Caso Yatama c. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de junio de 2005); Caso de la “Masacre de Mapiripán” c. Colombia (Sentencia del 15 de septiembre de 2005); Caso Servellón García y otros c. Honduras (Sentencia de 21 de septiembre de 2006); Caso Goiburú y otros. c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2006), entre muchísimos otros].

TRIGESIMOSEXTO.- Pero cabe detenerse, por razones evidentes, en el Caso Almonacid Arellano c. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 26 de septiembre de 2006).



En los párrafos 93 a 99 inclusive, la Corte IDH explica cómo el crimen contra el señor Almonacid Arellano configura un crimen de lesa humanidad. En particular, reproduciremos los párrafos 98, 99 y 153, relativa a su alcance y aplicación.

“La prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”. Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que “formul[ara] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”. Estos principios fueron adoptados en 1950. Entre ellos, el Principio VI.c califica al asesinato como un crimen contra la humanidad. De igual forma, la Corte resalta que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el “homicidio en todas sus formas” de personas que no participan directamente en las hostilidades.”(Párrafo 98).

“Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.” (Párrafo 99).

“Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención [Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad], esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.” (Párrafo 153).

Respecto de cómo la jurisprudencia nacional en materia penal recogió las normas *ius cogens* y su evolución cabe consultar la doctrina nacional (DÍAZ, 2015: 109-120).

TRIGESIMOSÉPTIMO.- En ese mismo sentido, en la causa Rol 5952, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles la parte del requerimiento que impugnaba varias disposiciones de diversos tratados internacionales, indicándose que es “resorte del juez del fondo considerar si del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se derivan principios de *ius cogens*” (resolución de admisibilidad parcial, de 12 de marzo de 2019, c. 9º).

TRIGESIMOCTAVO.- En cuanto al vínculo existente relativo a la aparición de las normas *ius cogens* en el tiempo, hay variados asuntos que cabe especificar.



Primero, que al tratarse de normas esencialmente consuetudinarias “se incorporan al ordenamiento jurídico chileno, aunque no exista norma escrita en la Constitución o legislación complementaria que así lo establezca” (DÍAZ, 2015: 103). Cabe reiterar que la generalidad de ellas mismas no son preceptos legales propiamente tales o aquellos que se engloben bajo ese carácter en el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución.

Segundo, que respecto de las normas específicas de origen convencional que se tratan de impugnar en este caso, ellas se manifiestan en un conjunto de definiciones del Estatuto de Roma (artículos 7.a y 7.b) que solo dan cuenta de conceptos y no de reformulaciones *ex post* de tipos penales que deben estar preexistiendo a los hechos.

Tercero, en cuanto a cómo regulan las normas *ius cogens* los hechos específicos sobre los cuales deben actuar, estas normas en su dimensión temporal se ciñen a las reglas generales, esto es, que bajo estos criterios un hecho jurídico debe apreciarse a la luz del derecho que le es contemporáneo.

En cuarto lugar, como consecuencia de lo anterior, en cuanto a la irretroactividad de las normas *ius cogens*, el artículo 4° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se relaciona con el principio de que el derecho convencional no deroga el consuetudinario, a menos que lo haga expresamente. En tal sentido, dicho precepto indica respecto de la “*irretroactividad de la presente Convención. Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicara a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.*”.

Así se han entendido que no es posible asumir que las obligaciones internacionales previas a esta Convención nazcan a partir de ella. Así, por ejemplo, “según el jurista rumano Ion Diaconu, sería difícil, por ejemplo, sostener que las normas de prohibición de la esclavitud o el genocidio produjeran sus efectos después de la entrada en vigor de la CDV-69” (CÓRDOVA, 2007: 114).

En quinto lugar, la interpretación que restringe el efecto de los tratados internacionales a la vigencia interna del tratado, pese a su aprobación, implica considerar un elemento de derecho interno como obstáculo a la vigencia del tratado en cuanto fuente de normas internacionalmente obligatorias, a menos que las partes lo hayan dispuesto de este modo, cuestión que no es del caso en los tratados en cuestión [Infante Caffi, María Teresa (1996), “Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, N° 2 y 3, Tomo I, p. 282].

Por lo demás, una interpretación de esta naturaleza vulneraría el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que regula las reglas sobre el derecho interno y la observancia de los tratados. En tal sentido, “una parte no podrá



invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”.

De este modo, sirvan estos criterios para la determinación y concurrencia concreta de una norma *ius cogens* ya reconocida como los crímenes de lesa humanidad, como una cuestión que le corresponde a una tarea interpretativa propia del juez de fondo en el caso concreto, en donde tiene todos los elementos y estándares para verificar su concurrencia como una obligación en el tiempo.

TRIGESIMONOVENO.- Por último, en materia de normas *ius cogens* cabe considerar tres dimensiones constitucionales que se vinculan estrechamente con el último problema a plantear.

En primer lugar, como lo hemos sostenido largamente, este tipo de normas reflejan un sentido de límite al actuar estatal. Hay reglas que están al margen de toda negociación posible. Son indisponibles y bajo esa característica, las normas *ius cogens* en materia de derechos humanos configuran un límite al ejercicio de la soberanía en cuanto se le debe “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (inciso segundo del artículo 5° de la Constitución).

En segundo lugar, que las reglas que dispone las modificaciones o reformulaciones normativas de los tratados internacionales, entre otras vías, “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” (inciso 5°, numeral 1°, del artículo 54 de la Constitución). Y justamente, hace parte de dichas normas generales aquellas que tienen carácter de *ius cogens*.

En tercer lugar, que aún cuando imponen un límite al futuro órgano constituyente que está en vías de constitución, el artículo 135 de la Constitución proyecta sobre el mismo la extensión de una restricción que lo vincula al establecer que el “*texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar (...) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”.

e. Los tratados internacionales que establecen reglas, principios, definiciones o normas *ius cogens* no tienen aptitud de ser decisivos en el caso concreto.

CUADRAGÉSIMO.- En materia de impugnación de tratados internacionales mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad esta Magistratura está dividida. Una posición niega la posibilidad de interponer estas acciones y la otra la reconoce. Esta discusión no es reciente, sino que se extiende por un largo período, siendo fundamental la deliberación que esta Magistratura sostuvo en la Sentencia Rol 1288/2008, respecto de su propia Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional la que terminó por decantarse a favor de la posibilidad de ser interpuesta.



Esta determinación no implica que se pueda interponer de cualquier modo y con efectos generales o habituales propios de cualquier inaplicabilidad. Lo cierto es que en la versión más amplia existen estándares que cumplir. No obstante, parece razonable resumir ambas posiciones y decantar un criterio.

CUADRAGESIMOPRIMERO.- En cuanto a la tesis analógica y amplia de entender que el Tribunal puede conocer de la inaplicabilidad de tratados internacionales y que redundó en la decisión que se explica en la STC 1288/2008, cc. 35° a 72°, y respecto de la cual aquí se resume en lo siguiente.

Primero, parte sosteniendo que la Constitución habilita la inaplicabilidad de un tratado como control *ex post* y concreto (c. 41°). En tal sentido, “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” (c. 42°). Y que este modo, si bien no se vincula con la jerarquía de los tratados es el modo de controlarlos en plenitud (c. 43°).

En segundo lugar, sostiene que las reformas constitucionales del año 2005 no reflejaron una ruptura con el entendimiento previo de la noción amplia de “preceptos legales”, “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)” (c. 46°). Esa tesis amplia era la de la Corte Suprema cuando conocía la inaplicabilidad y del propio Tribunal Constitucional. Asimismo, la fundan en la historia de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de las reformas del 2005, sosteniendo que para el legislador “es evidente que la ley y el tratado son fuentes del derecho diferentes, pero, para estos efectos, se les ha asimilado siempre” (c. 67°).

En tercer lugar, vendría a ratificar la tesis de tratados internacionales subordinados a la Constitución (STC 346). Con lo cual su control, no es una tarea jurisdiccional y no puede estimarse que sea propiamente legislativa (c. 62°)

En cuarto término, se indica que las reformas constitucionales, al establecer el artículo 54, N° 1, tuvo un reconocimiento “de la intervención del derecho internacional tanto en la formación como en la derogación de los tratados”, no siendo éstos “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” (c. 52°).

En quinto lugar, “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” (c. 58°), con lo que está excluido el efecto propio de la inaplicabilidad en cuanto habilitante para la declaración de inconstitucionalidad de un tratado.

Finalmente, se apoya en reglas constitucionales españolas (c. 68°) y alemanas (c. 70°), para sostener que en esos casos, (particularmente el primero que es de donde se copió la regla del numeral 1° del artículo 54 de la Constitución), la solución sería la misma, no a la nulidad de un tratado por ser contrario a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y sí a la inaplicabilidad en el caso concreto.

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- En cuanto a la tesis negadora, en primer lugar, la acción de inaplicabilidad debe interponerse respecto de “un precepto legal” (numeral 6° del artículo 93 de la Constitución) en circunstancia que los tratados internacionales simplemente no lo son.

En segundo lugar, que la tesis contraria está sostenida en una interpretación extensiva de la voz “precepto legal” que viene de agregar por la vía interpretativa un requisito que jamás los tratados internacionales han tenido en el orden constitucional. Efectivamente a partir de algunas normas constitucionales (artículo 43, N° 5 de la Constitución de 1925 y artículo 50 N° 1 de la Constitución de 1980) que indicaban que “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley” se realizó un enfoque analógico entre “ley” y “tratado internacional”.

Sin embargo, tal tesis jamás sostenida en ninguna de esas Constituciones, tuvo un auxilio en el Decreto Ley N°247 de 1974 que condicionó el vigor de los tratados a su promulgación y publicación interna. Cuestión aparte es que esta tesis llevó a desconocer una interpretación de reconocimiento de la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ratificado en 1972, vigente internacionalmente en 1976, promulgado en noviembre de ese año y recién publicado en el Diario Oficial en 1989), generando un efecto de desprotección en materia de derechos humanos por parte de los tribunales ordinarios de la República.

En tercer lugar, nada de esta tesis analógica, se hace cargo de las reformas constitucionales integrales del año 2005, tanto en las competencias del Tribunal Constitucional como de reformulación de los tratados internacionales. En efecto, a partir del artículo 54, numeral 1° de la Constitución, tiene un régimen de los tratados internacionales que respetan plenamente su condición de fuente autónoma del derecho. Tiene sus propios modos de originarse y, de un modo particularmente relevante, tiene sus mecanismos de modificación o derogación, puesto que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendida en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional” (inciso 5°, del numeral 1°, del artículo 54 de la Constitución). En este punto, se produce una coincidencia entre la tesis amplia y restrictiva respecto de la inaplicabilidad de los tratados, ya que se entiende por ambas posiciones, que no es posible concebir que el artículo 93, numeral 7°, de la Constitución concorra a la



hipótesis de derogación, siendo la regla del artículo 54, N° 1, norma especial respecto del artículo 93, numeral 7°.

En cuarto lugar, del mismo modo el constituyente el año 2005 no sólo reformuló los tratados como fuente, sino que al revisar las competencias del Tribunal Constitucional no tuvo problemas en ampliar las mismas a los tratados internacionales mencionados como tales. Así, a partir de desarrollos pretorianos previos de esta Magistratura, entendió en el numeral 1° del artículo 93 extender el control preventivo y obligatorio a “las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas” (leyes orgánicas constitucionales). Del mismo modo, refiere como tales en el artículo 93, N° 3 identificando los controles eventuales durante la tramitación de “los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”. Del mismo modo, lo hace la disposición 15° transitoria regulando como tales a los tratados, respetando su naturaleza jurídica y sin asimilaciones forzadas. En consecuencia, hay un reconocimiento particularizado en cuanto fuente lo que no es posible entenderlo analógicamente como un “precepto legal”.

En quinto lugar, se apela a un examen integral y armónico de toda la Constitución en la STC 1288/2008, pero ella misma olvida referir el artículo 93, numeral 3° de la Constitución que habilita el control expreso de un tratado internacional con lo cual todas las hipótesis están cubiertas en teoría en orden a someter a control constitucional los tratados que pasan por el Congreso. Sin embargo, hay que recordar que las reformas del 2005 sustraen algunos tratados de dicho control puesto que no requerirán aprobación del Congreso “los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria” (inciso 4° del numeral 1° del artículo 54 de la Constitución).

Por último, no es coherente que uno de los principales efectos de la inaplicabilidad quede ahora restringido sin recurrir a la tesis analógica. Así es atribución del Tribunal Constitucional resolver “la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior” (N° 7° del artículo 93 de la Constitución). De este modo, la tesis analógica funciona en unos casos y no en otros. En tal sentido, parece mejor que, conforme a atribuciones tasadas de acuerdo a los artículos 6° y 7° de la Constitución, no opere en toda regla. A todo lo anterior, internacionalistas y otros juristas han agregado el problema de la responsabilidad estatal que se derive de estos desconocimientos, aunque sean parciales o concretos de un tratado.

CUADRAGESIMOTERCERO.- Las tesis amplias o negadoras de la acción de inaplicabilidad respecto de un tratado internacional se han desenvuelto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esencialmente, en un plano prácticamente teórico y contradictorio. Se registran muy pocos casos (STC 1307 en el fondo rechazando el requerimiento y resolución en el 3705 declarando su inadmisibilidad por falta de gestión pendiente).



Cabe especificar la resolución del Tribunal Constitucional en el Rol 7102 en donde se impugnaba en casos similares a éste, los artículos 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En tal circunstancia, la Primera Sala de esta Magistratura sostuvo que “respecto de las disposiciones de los tratados internacionales que se cuestionan estas, además de no ser norma *decisoria litis* como se indicó, constituyen reglas generales y programáticas, e igualmente garantistas, respecto de las cuales no se funda suficientemente el libelo como para que este Tribunal estuviera en condiciones de entrar al fondo de un conflicto constitucional. Desde luego, porque tampoco se tratan de normas sobre producción o valoración de la prueba, ni preceptiva sobre la cual se haya fundado el delito por el cual se condena al actor en la sentencia *sub lite*, por lo que del tenor del requerimiento no se vislumbra cómo dicha preceptiva internacional infringiría en este caso concreto el derecho a defensa, o los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable” (c.7°).

Y en los hechos, en ninguno de ellos se ha producido el efecto de inaplicar un tratado internacional.

CUADRAGESIMOCUARTO.- Lo anterior, es fundamental puesto que los efectos singulares de acoger una acción de inaplicabilidad suponen contrariar una de las reglas sobre las cuales reposa el Derecho Internacional, esto es, en su artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que regula las reglas del derecho interno y la observancia de los tratados.

De este modo, *“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.”* Esta última referencia es relativa a haber adoptado un tratado contrario a reglas de derecho interno, las que no pueden ser invocadas como un vicio del consentimiento estatal.

CUADRAGESIMOQUINTO.- Sin embargo, ya no se trata solo de un caso genérico respecto de un tratado internacional sino que cuestiona el único que está mencionado nominativamente en la Constitución, particularmente en la Disposición Vigésimo Cuarta Transitoria, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 346 que exigió, previo a su aprobación, la inclusión de una reforma constitucional que lo contemplase.

Justamente, no solo se aprobó la incorporación al derecho interno, sino que el legislador dictó la Ley N° 20.357 que adapta los tipos penales del Estatuto de Roma a nuestro derecho. De este modo, los mandatos constitucionales adquieren una autonomía propia a partir de lo reflejado por el constituyente derivado al indicar que al *“efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.”* (Disposición 24° Transitoria Constitucional).



En consecuencia, no se trata de una impugnación en contra de una norma que pueda tener incidencia directa sino que lo verdaderamente cuestionado es la idea que la subyace, ya que el Estatuto de Roma cristaliza la costumbre internacional que ordena como norma imperativa el mandato de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

CUADRAGESIMOSEXTO.- En consecuencia, esa es una definición meramente interpretativa de los marcos penales dentro de los cuales se realiza el juzgamiento por parte del juez de fondo.

Y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara en orden a que no corresponde a esta jurisdicción pronunciarse sobre si una acción está prescrita o no (STC 2301, c. 5°). Del mismo modo, reiteradamente hemos sostenido que la determinación de la ley aplicable no es un asunto que le corresponde a esta Magistratura resolver (STC 3577, c. 9°).

Y en este caso, esa dimensión interpretativa supondría, al no referirse a una norma decisiva, producir una particular exégesis. La naturaleza interpretativa exigida supondría transformar el instituto de la inaplicabilidad en una “inaplicabilidad en blanco” del precepto del tratado internacional reprochado. Esto excedería el alcance concreto del caso para el cual fue invocado (STC 3324, c. 8°).

V.- APLICACIÓN DE CRITERIOS AL CASO CONCRETO.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: En cuanto a los criterios antes verificados cabe entender que es una carga del requirente examinar cómo los preceptos legales (y en este caso normas internacionales) reprochados producen el efecto inconstitucional cuyo único mecanismo de solución implicaría desaplicarlos.

La descripción de hechos enunciada en el requerimiento se introduce directamente en la dimensión probatoria al sostener a fs. 6 que de *“las pruebas directas queda acreditado que la Unidad Especial Divisionaria, no fue la encargada, ni tampoco colaboró o fue involucrada en los allanamientos, ni en las detenciones, ni mucho menos en la custodia y maltrato de las víctimas de autos. La única intervención de don Jaime Lepe está referida a cumplir una orden dada a la guardia para traer al cuartel a Javier Sobarzo Sepúlveda, diligencia que -en el marco legal de Bandos Militares y Decretos Leyes- se cumplió sin violencia, ni malos tratos, procediendo a entregarlo, sin más, en la guardia de la Escuela de Paracaidismo.”*.

No obstante, con la conciencia de verificar un tipo de tratamiento de la materia que se aleja de los requerimientos ante el Tribunal Constitucional el requirente nos indica que *“obviamente, esta acción de inaplicabilidad no pretende ser la defensa penal del señor Lepe, por lo que sólo -a modo de ejemplo- mencionaré dos hechos acusados especialmente claros que evidencian, meridianamente, el uso de la presunción como instrumento de imputación, sin cumplir la garantía que impone el debido proceso legal.”* (fs. 17 del requerimiento).



Las dos referencias indicadas son fusilamientos de seis personas y el secuestro y homicidio de otra. Allí nos indica que *“esta ausencia de antecedentes de cargo se relaciona con la realidad del proceso y es por ello que debo destacar -como un hecho procesal- relevante que en las diversas resoluciones de procesamiento (ffs. 1.155 - 4.895 - 4.934), dictadas por los ministros Sergio Muñoz Gajardo y Jorge Zepeda Arancibia, que investigaron la causa hasta julio del 2015, y con conocimiento de todo lo obrado en la investigación, no procesaron al señor Lepe, por ninguno de los hechos que le atribuye el ministro señor Carroza.”*.

Ese giro interpretativo lo aduce al efecto de las presunciones judiciales. Todas las otras dimensiones del requerimiento se desenvuelven en el ámbito puramente normativo.

CUADRAGESIMOCTAVO: En síntesis, cabe entender que la hipótesis de concurrencia de vicios relativos a los elementos contextuales de este requerimiento que impugnan reglas generales del procedimiento penal antiguo y a la función del juez en el mismo, exigen que deban ser resueltos mediante los propios procedimientos de nulidad que la legislación contempla para resolverlos, en la medida que existan y todos bajo control judicial y con recursos disponibles.

Adicionalmente en sede constitucional, no se explica pormenorizadamente en el presente requerimiento el modo en que la inaplicación de los preceptos legales y de tratados internacionales conducen a identificar un efecto inconstitucional que deba ser subsanado por esta vía excepcional. Así no es razonable admitir críticas genéricas que deriven en el acogimiento de una acción de inaplicabilidad que exige un estándar de vulneración circunstanciada, con la salvedad de lo que diremos en materia probatoria.

CUADRAGESIMONOVENO.- En relación con el conjunto particular de reproches que se realizan al régimen probatorio, hay varias cuestiones que son relevantes. En primer lugar, las presunciones son parte de un régimen de prueba tasada existiendo libertad probatoria en la Constitución para el legislador. Ello determina la imposibilidad de reprocharlo desde un parámetro constitucional específico que lleve a esta Magistratura a deber declarar la inconstitucionalidad.

Un segundo elemento, es que las presunciones judiciales del Código de Procedimiento Penal operan como un completo test de reducción de la arbitrariedad judicial e instrumento de garantía para un procesado bajo esas reglas. En tal sentido, no resulta razonable que se deba propiciar la inaplicabilidad de determinadas reglas probatorias que protegieron el raciocino judicial que llevaron a dos jueces a desestimar en el pasado dichos delitos y ahora a otro juez a condenarlo. En consecuencia, no son las normas las que producen el efecto sino que lo reprochado son las actuaciones judiciales conducentes al mismo, tipo de control que le está completamente vedado al Tribunal Constitucional.

QUINCUGÉSIMO: Finalmente, la impugnación de las normas *ius cogens* no resulta razonable por variados motivos. Por una parte, por tratarse de una interpretación jurídica propia del juez de fondo. En segundo lugar, porque las normas



ius cogens imponen una limitación al poder estatal, el que debe ser respetado conforme lo exige el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, cuestión que atentaría contra nuestro ordenamiento en caso de ser acogido el requerimiento.

Por último, ya hemos sostenido que los tratados internacionales impugnados relativos a reglas, principios, definiciones o normas *ius cogens* no tienen aptitud de ser decisivos respecto del caso concreto y cuestionan el único tratado que la Constitución reconoce nominativamente.

Sin perjuicio, de otras consideraciones que tengan el conjunto de Ministras y Ministros que sostienen esta sentencia, a partir de estos criterios mínimos y sin recurrir a otros elementos argumentativos adicionales, estimamos que el presente requerimiento debe rechazarse.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE, SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL, DE FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS AL REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordado con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quienes estuvieron por acoger el libelo de fojas 1 por las siguientes razones:

PRIMER CAPÍTULO: INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 485, 486 Y 488 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1°. Que la consagración, en el Código de Procedimiento Penal de 1906, de la figura del investigador-juez, en que un mismo magistrado concentra las funciones propias de un fiscal y luego de un tribunal, se presta para confundir los cometidos jurisdiccionales distintos y conceptualmente separables de “conocer y juzgar”, amén que menoscaba el derecho a un proceso “justo y racional” que a todas las personas asegura la Carta Fundamental (artículo 19, N° 3, inciso sexto).



Esto es así porque la reunión de ambos roles en una misma persona, comprometida con el proceso durante años y sin alternancia en su carácter de ministro en visita extraordinaria, y sin controles objetivos que corrijan una probable confusión o posibiliten una efectiva separación de funciones, favorece el sesgo de confirmación y amenaza degradar las garantías procesales del inculpado, transformándolas en dispositivos encauzados a su condenación.

2°. Que el menoscabo constitucional anotado resulta tanto más acusado, cuando se observa que en el juicio penal de fondo se ventilan hechos respecto de los cuales el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha encauzado el objetivo último del Estado, anunciando su “obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar a los responsables” (fs. 848) desde que “no se permitirá la impunidad en casos de este tipo” (fs. 847). Lo cual, si bien desde la óptica general puede estimarse favorablemente como una orientación hacia el castigo de todo tipo de delitos, sin discriminación, desde el punto de vista jurídico penal arriesga malentenderse como una conminación a condenar. Una cosa es postular que el culpable de un delito no puede ser amnistiado o indultado, y otra muy distinta es insinuar que un procesado a toda costa debe ser condenado.

3°. Que, en la especie, se trata además de hechos que se remontan a septiembre y octubre de 1973, a cuyo respecto el año 2018 se imputan secuestros y homicidios a determinadas personas, sin que aparezcan transparentados aquellos protocolos criminalísticos que posibilitarían una investigación científica de lo sucedido en casos tan remotos como éstos; máxime cuando hay ausencia de un lugar de los hechos o sitio del suceso, donde se hayan podido recoger indicios o huellas objetivas y directas de la participación de los encausado en el delito perpetrado. En este sentido, no aparece aplicado al examen de los hechos un método criminalístico, verificable y contrastable, que base sus pericias en modelos y datos precisos y concretos, sometidos a falsación. Según la acusación de 30 de noviembre de 2018, retrospectivamente, únicamente las diligencias practicadas por la Brigada Investigadora de Delitos contra los Derechos Humanos y la Brigada de Inteligencia Policial Metropolitana dan “por acreditados los hechos denunciados” (considerando 1° N° 10, a fs. 759 de este expediente constitucional).

4°. Que ese doble rol de persecutor y sentenciador, apertura el acusado sesgo confirmatorio que se produce cuando quien examina una situación tiende solo a corroborar sus asunciones y preconcepciones iniciales, en circunstancias que la racionalidad indica que debe contrastar, y no meramente afirmar, una hipótesis. Esto es, validar una hipótesis o versión no incluye solo su verificación sino también su falsación o refutación. Sesgo de confirmación que resulta todavía más probable, cuando el mismo Código de 1906 acepta la prueba por aseveración o enumeraciones auto confirmatorias, en su artículo 500, N° 4. Contrastando ello con el artículo 297 del actual Código Procesal Penal, en cuya virtud “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado,



indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo". Vale decir, es este último estándar legal, no así el primero, el que se corresponde con las más universales reglas epistemológicas, que compelen a quien sostiene una versión o hipótesis a procurar refutarla mediante una contrahipótesis.

5°. Que, además, induce al juez a mantener su primera impresión, acopiando a continuación únicamente los antecedentes que la respaldan y soslayando los que la refutan, el que las investigaciones penales se realicen en secreto y sin la presencia del abogado defensor (artículos 78 y 318 del Código de 1906). Como enseñara don Raúl Varela, *"una fotografía sin luces, es una imagen chata y sin relieves; no muestra la realidad del sujeto fotografiado. Es el proceso sin abogados. Una fotografía con una sola lámpara que ilumina al sujeto desde uno de sus costados solamente, carece también de realidad, porque reproduce incompletamente el sujeto, mostrando uno de sus lados y dejando los demás en la sombra. Es el proceso en que una de las partes careció de asistencia letrada o esta fue ineficaz. Solamente cuando el tema a fotografiar recibe la iluminación adecuada, la imagen que recoge el negativo da una fotografía completa y realista, en que el sujeto fotografiado muestra toda su profundidad"* (El Abogado al servicio de la Justicia, Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 63 de 1966, sección Derecho, pág. 190).

6°. Que, en este contexto asimétrico, es que el Código de 1906 permite condenar a una persona aduciendo solo presunciones judiciales. Las que si bien en el texto de dicho Código fungen como garantías procesales, formalmente, en la práctica suelen revertir en meros enunciados que buscan dar cobertura a la versión asumida de antemano por el juez. Esta afirmación se basa en que el Código no obliga al juez a individualizar de cuáles hechos antecedentes precisos y conocidos, deriva lógicamente algún determinado hecho consecuente que antes era desconocido, de modo que las exigencias establecidas en este sentido en sus artículos 485 y 488, devienen superfluas e inefectivas; tanto más cuando el ejercicio empírico-lógico que requieren ambos preceptos legales no es objeto de control judicial externo, a guisa de que no cabría entrometerse en la convicción subjetiva que se ha formado el juez de la instancia. Por ello, la aplicación forense que se da a las reglas procesales que permiten invocar presunciones judiciales para condenar, en las condiciones señaladas, afectan inconstitucionalmente el derecho a defensa del encartado: uno, porque le impiden rebatir la existencia material de aquel hecho base o conocido; dos, porque le impiden desvirtuar dicha inferencia lógica realizada en su fuero interno por el tribunal unipersonal.

7°. Que, en efecto, tal como se expresara en la STC 4210, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad recaído -entre otras disposiciones legales- en los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal, el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal define que presunción *"es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona"*. Igualmente el artículo 47 del Código Civil indica



que “Se dice presumirse un hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” (inciso primero). A su vez, el Diccionario Español Jurídico reitera que presunción es la “Aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado” (Real Academia Española-Consejo General del Poder Judicial 2016, p. 1256).

8°. Que en atención a tales conceptualizaciones, la referida sentencia precisó que la presunción se configura sobre la base de dos hechos diferentes: un hecho antecedente o conocido, y un hecho consecuente o presumido. Como explica didácticamente el profesor don Enrique Paillás, una huella de frenada de quince metros es un indicio, a partir del cual el juez puede deducir que la velocidad en que viajaba un vehículo era excesiva (Estudios de Derecho Probatorio, Editorial Jurídica de Chile 2002, pp. 110-111).

9°. Que como se advierte, en la configuración de las presunciones juega un papel fundamental el hecho conocido o determinado, el que una vez internalizado en el convencimiento del juez, le permite derivar sin mayores cuestionamientos el hecho presumido. El inconveniente de esta clase de medios probatorios no deriva necesariamente del medio mismo, como del contexto en el cual este se verifica, y en tal sentido, tratándose de un proceso tramitado sobre la base de disposiciones procedimentales ampliamente cuestionadas por la confusión de roles y atribuciones entre investigador y juzgador; unido a la falta de mecanismos efectivos de protección a los derechos del justiciado, derivado de estructuras tan objetables del antiguo procedimiento penal como son el carácter secreto de la primera etapa de sumario; la ausencia de una participación activa de la defensa letrada en las diversas actuaciones investigativas; todo ello sumado a la complejidad de pretender establecer de un modo fehaciente, más allá de toda duda razonable, la participación punible en hechos acaecidos hace décadas, sin duda generan un manto de discutible constitucionalidad para las presunciones como medio de acreditación de hechos en el marco de un proceso judicial como el de la especie.

10°. Que en la misma línea argumental, cabe mencionar al tratadista italiano Michele Taruffo, quien recuerda precisamente que el conocimiento se adquiere en un procedimiento racional orientado hacia la formulación de un juicio final relativo a la aceptabilidad de una aserción (o de un conjunto de aserciones) sobre los hechos relevantes de la decisión, el cual opera según el modelo de trial and error. “En esencia, la prueba sirve para confirmar o contradecir (si se prefiere, para verificar o falsear) esas hipótesis, eventualmente añadiéndose a otros elementos de confirmación o de falsación de las mismas” (La prueba de los hechos, Trotta 2011, p. 443). Por lo mismo que, en otra de sus obras, advierte que: “el juez debe evitar caer en el confirmation bias, es decir, en el error típico de quien, debiendo justificar una determinada elección, escoge todos los factores que confirman la bondad de esa elección, pero sistemáticamente deja de considerar los factores contrarios, introduciendo una distorsión sustancial en el propio razonamiento” (La motivación de la sentencia civil, Trotta 2011, p. 24).



11º. Que es en este contexto cuestionable en el cual el juez que conoce de una investigación iniciada allá por el año 1991 y que se extiende hasta el día de hoy, que ante la imposibilidad de obtener elementos de prueba concretos, fehacientes y susceptibles de ser contrastados con una argumentación contraria, en aras del respeto al principio de inocencia que debe informar a toda investigación penal, el juez encuentra en figuras como las presunciones, sustentadas en los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal, los elementos necesarios para dar por establecidos hechos constitutivos de delitos y participación punible en los mismos, todo ello dentro de la convicción de un investigador que se ve impulsado a recurrir a todas las herramientas jurídicas que el ordenamiento le franquea para dar por acreditada su versión de los hechos y sancionar al inculpado sobre la base de tales convicciones, con prescindencia de una observancia plena de las garantías propias de un justo y racional juzgamiento, siquiera asimilable al estándar exigido por el actual Código Procesal Penal, todo lo cual se traduce en una evidente vulneración de garantías para el requirente.

12º. Que tal como ha sostenido invariablemente esta Magistratura, el procedimiento legal debe ser racional y justo. *Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. De ahí se establece la necesidad, entre otros elementos, de un juez imparcial, normas que eviten la indefensión, con derecho a presentar e impugnar pruebas, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho.* (STC 1838 c. 10) (En el mismo sentido, STC 2204 c. 9, STC 2259 c. 9, STC 2452 c. 12, STC 2701 c. 10, STC 2853 c.15, STC 3309 c. 12, STC 5962 c. 11, STC 6399 c. 18, STC 5369 cc. 6, 7, STC 5516 c. 7, 8, STC 5820 c. 7, 8, STC 6939 c. 8, STC 4153 c. 15, STC 4710 c. 22, STC 5442 c. 20, STC 5674 c. 5, STC 6419 c. 7, STC 7797 c. 10, STC 3406 c. 5). Pues bien, tal exigencia de racionalidad y justicia no puede estar presente en un juzgamiento, cuando parte central de los elementos que han sido necesarios para establecer la participación punible y responsabilidad de un inculpado se producen a partir de indicios y presunciones en el marco de un procedimiento absolutamente carente de elementos necesarios para asegurar justicia y racionalidad, de modo tal de otorgar la mayor certeza e infalibilidad en la decisión condenatoria, la que por lo demás se traduce en una respuesta punitiva de ingentes consecuencias, que recaen directamente en la libertad del individuo.

13º. Que, de este modo, en el caso concreto es posible advertir cómo las presunciones han constituido un elemento que ha permitido en la especie, articular la construcción elaborada por el Ministro en Visita a cargo, tal como se explicita en el considerando quinto de la sentencia condenatoria, cuya copia obra a fojas 120 y siguientes del expediente constitucional, y en la cual, luego de describir una serie de hechos, se indica que *“los antecedentes antes señalados, constitutivos de presunciones judiciales que, por reunir todas las exigencias del artículo 488 del Código*



de Procedimiento Penal, son suficientes para que en el proceso se tenga por legalmente acreditada la existencia de los hechos". Tales presunciones son las que en definitiva sirven para sostener la versión del juez investigador acerca de los hechos y la participación punible en éstos, para a partir de ello dictar una sentencia condenatoria en contra del requirente, con las gravosas consecuencias que de ello derivan para su persona, respuesta punitiva que en el contexto de un procedimiento penal carente de elementos que aseguren un juzgamiento justo y racional, con decisiones fundadas en elementos objetivos, al margen de la apreciación subjetiva de un investigador que por años ha estado buscando la forma de reconstruir hechos acaecidos hace décadas -casi medio siglo atrás- y en los cuales no es posible asegurar un grado de certeza razonable en lo resuelto, hacen pertinente -en opinión de estos Magistrados disidentes- declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 485, 486 y 488 del antiguo Código de Procedimiento Penal, en su aplicación al caso concreto.

SEGUNDO CAPÍTULO: INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 7° N° 1 Y N° 2 Y 29° DEL ESTATUTO DE ROMA PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

I. Procedencia de la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales

14°. Que tal como lo hemos consignado en anteriores pronunciamientos de esta Magistratura (v. gr. STC 7102-19), los tratados internacionales han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, como "*preceptos legales*", tanto bajo la vigencia de la Constitución de 1925 como en el actual texto constitucional. Así lo reconocía el constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán, al afirmar que en aquella Constitución el referido concepto se contenía en las siguientes fuentes normativas: en las leyes ordinarias o corrientes; los decretos con fuerza de ley; los decretos leyes y, los tratados internacionales, que al ser ratificados y promulgados tienen el valor o fuerza de ley (*Los preceptos legales en la Nueva Constitución*, Revista Chilena de Derecho, Volumen 9, año 1982, p. 111);

15°. Que esta misma doctrina acerca de la calificación de *precepto legal* de un tratado internacional, ha sido confirmada más recientemente en relación a la Constitución vigente. En efecto, se explica que "*el vocablo precepto legal se ha interpretado como una expresión genérica, un concepto polivalente, análogo al de norma legal en un sentido amplio, es decir, toda disposición asociada a dicho valor normativo, sin considerar el procedimiento de generación de la norma (...)* Basta revisar la jurisprudencia constitucional para comprobar que los tratados internacionales que recaen sobre materias de ley han sido considerados históricamente preceptos legales y las circunstancias de ambas instituciones constituyen fuentes formales distintas, no fue óbice para incluirlos en dicha expresión" (Teodoro Ribera Neumann, "*Los tratados internacionales y su control a posteriori por el*



Tribunal Constitucional", en revista Estudios Constitucionales, número 1, 2007, p.106). En similar sentido se ha afirmado que, "el control normativo represivo de constitucionalidad comprende preceptos legales es decir normas determinadas de ley o que posean rango o fuerza de ley" (Francisco Zúñiga Urbina, "Control de Constitucionalidad y Sentencia", en Cuadernos del Tribunal Constitucional, Lom Editores, 2006, p. 141).

16°. Que por lo demás, resulta pertinente recordar la jurisprudencia de esta Magistratura, en relación a la jerarquía de los tratados internacionales, por ejemplo en el Rol 346-02, a propósito del requerimiento formulado por diversos Diputados a fin de que el Tribunal declarase la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, indicó que la reforma constitucional de 1989 al artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, en caso alguno reconoció que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental (considerando 62°);

17°. Que reforzando lo anterior, en esa misma sentencia, se consignó que el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, dejó expresa constancia que:

"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 quedarán 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, Nos. 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 la superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales" (STC rol 346-02, considerando 63°);

18°. Que, por lo demás esta Magistratura constitucional, en el rol N° 46/87, ha sentenciado enfáticamente que la Constitución prevalece sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales (considerando 27°), indicando literalmente "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 los artículo 116 y 118. De ahí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, son generalmente aceptadas, salvo en aquellos casos excepcionálísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario” (considerando 28º).

19º. Que también se ha sentenciado por este Tribunal Constitucional que si bien *“el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella [sin embargo] “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 por esta Magistratura, como antiguamente por la Corte Suprema, cuando era ella quien conocía del recurso de inaplicabilidad, en un sentido amplio” (STC 1288, considerandos 52 y 53, referido al control preventivo de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).*

20º. Que en el caso concreto de autos, por el que analizamos la procedencia de la inaplicabilidad respecto de un tratado internacional, ello resulta efectivo al comprobar que el Estatuto de Roma no constituye un tratado sobre derechos humanos o sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de los que hace mención el artículo 5º de la Constitución, sino, que se trata de un instrumento internacional que contiene materias propias de ley de carácter estrictamente procesales y punitivas. En efecto, del análisis de este instrumento internacional se confirma que no otorga derechos -salvo el reconocimiento de algunas garantías penales universales sobre debido proceso, consagradas también en nuestro ordenamiento jurídico nacional- y en cambio, se limita a establecer normas de competencia de la Corte Penal Internacional, los órganos que intervienen y su composición, reglas de procedimiento, tipificación de los delitos que conocerá ella, normas sobre ejecución de las penas y otras simplemente administrativas.

21º. Que, por lo demás, en nuestra doctrina penal se ha definido en términos similares el referido Estatuto, como *“un tratado internacional punitivo, tanto en lo sustantivo como en lo procesal”* y agregando que *“desde el punto de vista del sentido de sus disposiciones, es un cuerpo de normas análogo a lo que sería una mixtura del Código Penal, el Código Orgánico de Tribunales y el Código Procesal Penal. Estos no son cuerpos normativos que consagren derechos fundamentales, como lo es la Constitución. El Estatuto de Roma tampoco es un tratado internacional sobre derechos humanos, como sí lo son, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica”* (Bascuñán Rodríguez, Antonio, El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno, Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, 2002).

El mismo autor ha precisado que *“La incorporación de Chile al Estatuto de Roma implica el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, lo cual incluye su competencia para conocer y juzgar comportamientos sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos. El derecho vinculante para la Corte Penal Internacional es, preferentemente, el establecido en el Estatuto de Roma (art. 21-1-a). Luego, el reconocimiento*



*del Estatuto de Roma implica la aceptación de un cuerpo de derecho penal sustantivo como derecho aplicable a comportamientos sujetos a la jurisdicción chilena, si esos comportamientos son juzgados por la Corte Penal Internacional. La incorporación de Chile al Estatuto de Roma no significa, por cierto, que las normas penales establecidas en dicho Estatuto adquieran el carácter de derecho penal aplicable por tribunales chilenos. El Estatuto es en esto inequívoco: las normas de su Parte Especial determinan la competencia de la Corte Penal Internacional *ratione materiae* (art. 5º), y las reglas y principios de la Parte General del Estatuto son derecho aplicable para la Corte (art. 21). Así pues, respecto de todo el universo de casos sometidos alternativamente a la jurisdicción de los tribunales chilenos y a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional existe una duplicidad de regulaciones penales sustantivas: el derecho penal chileno y el derecho penal sustantivo contenido en el Estatuto de Roma (“El derecho penal chileno ante el Estatuto de Roma”, en REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 4 – Año 2004)*

22º. Que lo antes reseñado y sin necesidad de entrar a la discutible consideración sobre la naturaleza jurídica de los tratados internacionales aludidos en el artículo 5º de la Constitución sobre derechos humanos, nos lleva a concluir que el Estatuto de Roma al tratar materias propias de ley, necesariamente tiene el valor y fuerza de una norma legal y en ningún caso puede tener un rango supralegal, constitucional o, aún, supraconstitucional. Inclusive, aunque el procedimiento de modificación, derogación o denuncia sea distinto al de una ley, tampoco le otorga tales rangos.

El valor y fuerza normativa legal de un tratado internacional por *ratione materiae* lo enmarca dentro del concepto genérico de *precepto legal*, al igual que una ley, un decreto con fuerza de ley o un decreto ley, resultando de este modo procedente a su respecto el control de constitucionalidad a posteriori o represivo mediante el requerimiento de inaplicabilidad.

23º. Que lo anterior se fundamenta además en el hecho que nuestra Constitución tiene una naturaleza normativa y por lo tanto vinculante, de suerte que por disposición de su artículo 6º, las normas del ordenamiento jurídico deben dictarse en conformidad a ella, siendo absolutamente improcedente la incorporación de una normativa nacional o internacional que pugne o contravenga a la norma fundamental. De este modo, la supremacía de la Constitución se extiende a todas las normas, inclusive aquellas del derecho internacional vigentes en nuestro ordenamiento, por lo cual, ante la violación de un derecho o una garantía constitucional por aplicación de un tratado, el Tribunal Constitucional requerido ante tal evento, tiene la plena jurisdicción para conocer y resolver aquel asunto. De hecho, de acuerdo al artículo 93 de la Constitución, esta Magistratura tiene atribuciones para ejercer el control preventivo de normas de un tratado internacional que versen sobre materias de ley orgánica constitucional, resolver cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un tratado y declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, concepto que como venimos afirmando, comprende a los tratados internacionales.



24°. Que, por otra parte, ante la imposibilidad de conciliar la interpretación de un tratado con la Constitución, incluso el eventual argumento en favor de la prevalencia del primero fundado en lo dispuesto en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, en cuyo artículo 27 se establece que no se podrá invocar las disposiciones del derecho nacional como justificación de incumplimiento del tratado, pierde total validez ante la hipótesis del artículo 46 del mismo instrumento que considera la posibilidad de que un tratado viole de manera manifiesta una disposición fundamental del derecho interno, especialmente en materia de derechos y garantías fundamentales, pudiendo en consecuencia requerirse su nulidad o inaplicabilidad a fin de restablecer la supremacía del ordenamiento constitucional.

Por lo demás, debe advertirse que la referida Convención, si bien data de 1969, fue promulgada por el Gobierno de Chile en 1981, entrando a regir recién ese año. Por esta razón, no era norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico al momento de ocurrido los hechos investigados en la gestión judicial pendiente de resolución del requerimiento de estos autos constitucionales.

A mayor abundamiento, la Convención no establece la imprescriptibilidad de los delitos y el artículo 28 consagra el principio *de irretroactividad de los tratados*, prescribiendo que: *“las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”*.

25°. Que en fin, cabe reiterar que es la Constitución la que le otorga validez al tratado en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que *“es forzoso concluir que el Tribunal Constitucional debe ejercer un control a posteriori de la constitucionalidad de los tratados, sea mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o bien mediante la declaración de inconstitucionalidad”*, (Teodoro Ribera Neumann, *“Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”*, en revista Estudios Constitucionales, número 1, 2007, pp. 89-118).

Por ello, en opinión de estos Ministros el Tribunal Constitucional no puede excusarse ni dejar de ejercer su función jurisdiccional constitucional a través del correspondiente control por vía de inaplicabilidad de aquellos preceptos legales, incluyendo los tratados internacionales, cuya aplicación puedan generar un resultado contrario a la Constitución, pues, su abstención importaría abdicar de su responsabilidad y función en defensa de la propia Constitución y de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona.

II. Improcedencia de la retroactividad del Estatuto de Roma

26°. Que despejada la procedencia de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de instrumentos internacionales en cuanto a su consideración como preceptos legales, en la medida en que puedan producir un efecto contrario a la



Constitución en una gestión judicial, es preciso avanzar hacia otras conclusiones relacionadas con la causa de autos, la primera de ellas relativa a la posible calificación de crímenes de lesa humanidad respecto de los delitos comunes que se investigan judicialmente y a la aplicación retroactiva que eventualmente se haga del referido instrumento internacional. Porque como lo ha establecido la doctrina jurisprudencial de esta Magistratura constitucional, basta la posibilidad de la aplicación de preceptos legales que puedan provocar una vulneración a la Constitución bien sea a principios, reglas y derechos, para que aquélla no se excuse de conocer ni eluda su resolución

27°. Que el requirente, según consta del expediente judicial, ha sido procesado en octubre del año 2016, de acuerdo a los artículos 391 N° 1 (homicidio calificado) y 141, (secuestro calificado), del Código Penal, por su presunta participación en los hechos por los que se investiga y procesa, ocurridos en septiembre y octubre del año 1973, es decir, hace ya, 47 años. Asimismo, tal procesamiento ocurre 12 años después de que el requirente en el año 2004, prestara declaración indagatoria en la causa rol N° 38.483, iniciada en abril de 1991, o sea, nada menos que 30 años atrás.

Al respecto, cabe tener presente que la regla general aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, en materia penal, es que los hechos se juzgan de acuerdo a la legislación vigente a la fecha de ocurridos, es decir, el requirente no puede ser juzgado ni condenado sino por aquellos delitos y a cuyo respecto procedía, además, la prescripción de la acción penal o la amnistía establecida en el D.L. N° 2191 de 1978.

28°. Que, al respecto, no se puede soslayar la circunstancia que a la fecha de ocurridos tales hechos, los denominados “crímenes contra la humanidad” o “delitos de lesa humanidad”, no se encontraban tipificados en una ley penal previa, cierta y determinada, de acuerdo al derecho nacional, sino, en instrumentos propios del derecho internacional, del denominado *ius cogens*. Por lo mismo y en virtud del pleno respeto que le merecían a nuestros Tribunales de Justicia los principios de legalidad y tipicidad de las penas, los hechos y delitos que se hubieren cometido en nuestro país a partir de septiembre de 1973 fueron enjuiciados de acuerdo a la ley penal nacional al menos hasta el año 2010, sin aventurarse a condenar por delitos que no se tipificaban en la ley nacional, sino en normativa del derecho internacional que no formaba parte del derecho interno, como es el caso del Estatuto de Núremberg.

29°. Que, no obstante lo anterior, una práctica judicial reiterada a partir del año 2010 en este tipo de causas penales, ha venido subsumiendo aquellos delitos cometidos en 1973 en la calificación de delitos de lesa humanidad, a través de un cuestionable expediente consistente en la aplicación de, entre otros preceptos del derecho internacional, el Estatuto de Roma, basado en una errónea calificación de tratado sobre derechos humanos, en circunstancias que no es más que un instrumento internacional procesal punitivo y, por lo tanto, sólo posible de calificar como precepto legal que debe conformarse a la Constitución.



A mayor abundamiento, algunos jueces penales han sostenido desde aquel entonces, una interpretación sobre el reconocimiento de los delitos de lesa humanidad y la imprescriptibilidad de su acción, aplicando diversos instrumentos propios del *ius cogens*, que no tienen fuerza legal, tales como: la Resolución N° 3 de la ONU, de 1946, sobre *detención y extradición de criminales de guerra*; la Resolución N° 95 ONU, de 1946 que aprueba los principios del Tribunal de Nüremberg y da instrucciones a la Comisión de Derecho Internacional para hacer un código internacional que recoja estos principios; y la *Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*, que no ha sido ratificada por Chile. Esta interpretación desconoce absolutamente que los delitos y penas se rigen por el principio de legalidad estricta, es decir, que ellos tienen su fuente en la ley formal, emanada del órgano legislativo.

30°. Que a fin de aclarar lo anterior y antes de analizar la hipótesis posible de su aplicación, conviene tener presente que el concepto de crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, tiene precedentes históricos en el siglo XIX y más concretamente en 1915, en relación a determinadas acciones del gobierno turco en materia de deportaciones y exterminio de población armenia, lo que constituye “*la causa del nacimiento de aquél concepto*” (Alfredo Liñan Lafuente, *El crimen contra la humanidad*, Dykinson, Madrid, 2015, pp 27 y sgtes).

Sin perjuicio de lo anterior, tal delito internacional se contempló en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, creado en virtud del Acuerdo de Londres el día 8 de agosto de 1945 suscrito por diversos Estados, con el objeto de enjuiciar y condenar tras la segunda guerra mundial, a los principales criminales de guerra del Eje Europeo. Concretamente, en el artículo 6° se tipificaron los crímenes contra la paz, contra la guerra y contra la humanidad. A modo meramente ilustrativo, cabe consignar aquí que con posterioridad al Estatuto de Nüremberg se dictaron otros instrumentos internacionales destinados a procesar y condenar a personas que participaron en exterminio sistemático de personas o poblaciones, tales como la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, nacida de la Resolución 260 A de la Asamblea de la ONU en 1948; las Resoluciones 808 y especialmente la 827 de 1993, del Consejo de Seguridad de la ONU, por la que se estableció el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia* (TPIY). Posteriormente como consecuencia del genocidio de Ruanda en 1994, se creó el *Tribunal Penal Internacional ad Hoc* (TPIR). Al no estar establecido en un cuerpo legal el delito de crimen contra la humanidad, en ambos casos se tipificaron en base al *ius cogens*, la costumbre internacional o ley internacional consuetudinaria, consagrándose en el primer caso en el artículo 5° del TPIY y en el 3° del TPIR, con diferencias en las causas del crimen en cada caso, conflicto bélico en el primero y discriminación en el segundo.

Finalmente, entre 1997 y 1998 desde la Asamblea General de la ONU se impulsó la creación de una Corte Penal Internacional y luego en una Conferencia Internacional se dio forma al denominado Estatuto de Roma, que regula aquel órgano



jurisdiccional, entrando en vigor el año 2002, siendo promulgado por nuestro país en junio de 2009 y con vigencia desde el 1 de septiembre del mismo año.

31º. Que tales delitos de lesa humanidad fueron finalmente tipificados en el ordenamiento jurídico nacional en virtud de la ley N° 20.357, promulgada el año 2009, luego de la entrada en vigencia el mismo año del Estatuto de Roma, como se ha señalado precedentemente. Ello es una clara confirmación por parte del Estado de Chile del reconocimiento del principio de legalidad estricta en la tipificación de los delitos.

Por su parte, debe advertirse que la Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción para investigar o juzgar los crímenes cometidos en Chile durante el periodo 1973 y 1990, pues, el reconocimiento de su competencia para casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra lo es desde la entrada en vigencia del Estatuto y, por lo tanto, no puede tener efecto retroactivo.

32º. Que a pesar de lo antes dicho, desde el año 2010 es evidentemente comprobable que una reiterada tendencia -advertida previamente- ejercida por determinados jueces que investigan causas de violaciones a los derechos humanos, ocurridas a partir del año 1973, los ha llevado a interpretar erróneamente el derecho internacional y aplicarlo en ellas sin las consideraciones y límites jurídicos que corresponden -amén del cuestionable enjuiciamiento con el viejo sistema procesal de 1906-. Por lo cual existe la alta probabilidad de que al requirente se le pueda condenar en el curso del proceso penal por *delitos de lesa humanidad*, por aplicación de los artículos 7º y 29, incisos primero y segundo, del Estatuto de Roma, impugnados en el expediente constitucional. La sola posibilidad de aplicación de estas disposiciones resulta contrario a la Constitución, pues, no sólo genera un trato desigual con las causas previas a ese año y con los procesados y condenados ya, por hechos y delitos de la misma naturaleza, sino que se omiten y vulneran gravemente las garantías constitucionales propias de un racional y justo procedimiento, muy especialmente, los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal.

33º. Que la aplicación del referido Estatuto de Roma en la gestión judicial importa contravenir no sólo la garantía constitucional de prohibición expresa de irretroactividad de la ley penal del inciso octavo del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, al disponer que *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*, también la propia ley N° 20.357, al disponer en su artículo 44 *“que los hechos (...) cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo será aplicable a hechos cuyo principio de ejecución sea posterioridad a su entrada en vigencia”*. Esa fue por lo demás la voluntad del legislador durante la propia tramitación del cuerpo legal, como consta del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado al expresarse que *“se deja de manifiesto que el proyecto no tendrá aplicación retroactiva ni podrá interferir en los procesos sobre causas de*



derechos humanos por violaciones cometidos a partir del año 1973" (Historia de la Ley N° 20.357, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4697/HLD_4697_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

34° Que de igual modo, se contraviene el propio derecho internacional, pues el mismo Estatuto de Roma, entre los diversos principios generales de derecho penal internacional que en él se establecen se encuentran: i) en su artículo 22 el de *nullum crimen sine lege*, por el cual nadie será responsable penalmente de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trata, constituya en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte; y ii) en el artículo 24 el de *irretroactividad ratione personae*, por el cual nadie puede ser penalmente responsable de conformidad con el Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. Y, finalmente se contraviene la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 11 N° 2 establece que "*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional*".

El *ius cogens* no puede ser utilizado, por una parte, para hacer efectivo el derecho internacional de los derechos humanos y sancionar las violaciones a éstos y, por otro lado o al mismo tiempo, so pretexto de ello, servir para denegar o incluso vulnerar el derecho universal a un debido proceso, con todas sus garantías (legalidad de las penas, irretroactividad de la ley penal, presunción de inocencia, juez natural e imparcial, etc.), tal como se reconoce en la Constitución Política de la República. Tampoco puede superponerse a esta última y al ordenamiento jurídico nacional, sino, a lo más complementarlos cuando se encuentre expresamente reconocido.

35°. Que en el mismo orden de ideas y a modo de ilustrar la vulneración al derecho internacional derivado de la aplicación de un estatuto jurídico penal inexistente a la época de comisión de una determinada conducta, cabe recordar que conforme al artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos "*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*". Esta disposición resulta del todo concordante con la garantía del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, relativo al principio de legalidad penal. Este antecedente al que hacemos mención no resulta indiferente al problema que se plantea si consideramos que este instrumento internacional fue aprobado y, por tanto, incorporado a nuestro derecho interno, décadas antes que el instrumento internacional que se pretende aplicar en el caso concreto a través de las disposiciones impugnadas.

36°. Que, finalmente, es necesario advertir que aún cuando el artículo 29 del Estatuto de Roma establece que "*Los crímenes de la competencia de esta Corte no*



prescribirán”, lo cual *prima facie* podría llevar a concluir que sería imprescriptible la acción penal del delito de lesa humanidad, resultando por tanto la improcedencia de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sin embargo, una análisis serio y fiel al texto, lleva a afirmar que los delitos que no prescriben son aquellos establecidos en el propio Estatuto y por tanto, los de competencia de la Corte Penal Internacional, de modo que aquellos conocidos por otros tribunales quedan fuera del alcance de esta disposición, más aún tratándose de los hechos por los que está siendo investigado y procesado el requirente de autos, ocurridos con mucha anterioridad a las referidas normas legales e internacionales.

III. Vulneración a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad de las penas

37°. Que de acuerdo a lo señalado precedentemente, si el Estatuto de Roma debe ser calificado como un precepto legal posible de ser requerida su inaplicabilidad ante esta jurisdicción constitucional, por la eventualidad de ser aplicado en una gestión judicial, enjuiciando y calificando hechos y delitos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, vulnerando el principio de irretroactividad de la ley penal, también puede y debe ser declarado inaplicable por la vulneración a los principio constitucionales de legalidad y tipicidad de las penas.

38°. Que en efecto, el Estatuto de Roma, aunque constituye un precepto legal, es decir, una norma con fuerza de ley, en primer lugar, lo es desde el momento en que ha sido incorporado o validado de conformidad con la Constitución Política de la República y, en segundo lugar, sólo puede entrar a regir hacia lo futuro y para los casos expresamente contemplados en aquél instrumento según sus propias normas y teniendo jurisdicción exclusiva para conocer y resolver la Corte Penal Internacional. De este modo, los hechos ocurridos e investigados el año 1973 no caben dentro del tipo penal que aquél describe, así como tampoco del tipo contemplado posteriormente en la ley N° 20.357, precepto legal que vino a establecer el tipo penal cumpliendo con las exigencias de legalidad estricta para los fines de tipificar y determinar (taxatividad) los delitos y penas en nuestro ordenamiento.

39°. Que afirmar lo anterior requiere recordar una vez más que en nuestro ordenamiento jurídico y constitucional, la tipificación de los delitos y las penas corresponde a la ley en sentido formal, esto es, mediante fuente estrictamente legal y no meramente convencional, de modo que ni la costumbre, de origen nacional o internacional, ni los tratados internacionales, ni el *ius cogens* en general, pueden considerarse como fuentes de derecho penal aplicable en nuestro país, sino, desde que la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados* de 1969, fuera promulgada en Chile el año 1981 y con las salvedades ya analizadas más arriba, especialmente la disposición del artículo 46 del mismo instrumento internacional.



40°. Que lo anterior, no difiere de lo que podemos apreciar a nivel de derecho comparado, tal como se advierte en la Constitución española, cuerpo normativo que señala expresamente en su artículo 96.1 que “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*”. Por si lo anterior no resultare suficiente, el artículo 93 del indicado cuerpo constitucional dispone que “*Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*”. Es por ello, que la doctrina ha señalado expresamente que “*dada la vigencia del principio de legalidad en materia penal, para la creación de delitos y establecimientos de penas o agravaciones de las mismas es preciso que a la publicación del tratado siga la promulgación de una ley penal específica*” (cita contenida en Luis Arroyo Zapatero, “Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal” Revista Española de Derecho Constitucional, Año 3 Número 8, mayo-agosto 1983, p. 42). La doble garantía formal y material del principio de legalidad es asimismo una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que ha interpretado que el principio de legalidad contenido en el artículo 25. 1 CE exige la existencia de una ley en sentido formal, anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

41°. Que esta conceptualización del principio de legalidad en materia penal resulta perfectamente extrapolable a nuestro ordenamiento jurídico, entendiendo que en caso alguno la existencia de una norma de un tratado internacional puede ser suficiente para sobreponerse al estatuto jurídico interno o bien para “dar por entendido” que tal disposición rige *in actum*, al margen de lo que el ordenamiento jurídico penal del respectivo país indique en relación a una conducta en un determinado momento y contexto, tal como se pretende en la especie. Como lo ha señalado la penalista internacional Alicia Gil Gil, “*no cabe argumentar en contra que la costumbre internacional con carácter de ius cogens forma parte del ordenamiento interno, pues el problema aquí sigue siendo, aparte de la falta de taxatividad de la costumbre en el momento de comisión de los hechos, la indeterminación de la pena, lo que convierte a dicha costumbre, al ser non self executing, en inaplicable por sí sola, sin transposición en una ley interna que la concrete y la complete*”. (La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 63, Fasc/Mes 1, Madrid, España, 2010, págs. 131-164)

42°. Que, dicho lo anterior, resulta pertinente indicar que el principio de legalidad formal viene siendo reconocido desde los inicios del Estado de derecho a fines del siglo XVIII, en el constitucionalismo americano y europeo y en las correspondientes declaraciones de derechos humanos, ello originado en el establecimiento de límites al poder político contra abusos y arbitrariedades, tanto mediante la doctrina de la separación de funciones como de los derechos fundamentales. Tal principio de legalidad no sólo constituye un límite amplio en las diversas dimensiones del derecho, sino, en especial, aplicable respecto del derecho



penal. Tal como lo ha expresado el penalista alemán Klaus Roxin, “*Un Estado de derecho debe proteger no solo mediante el Derecho penal, sino también respecto del Derecho penal*”. Esta aporía es lo que necesariamente obliga a someter a los todos poderes del Estado, legisladores y jueces, los primeros dictando normas legales abstractas para los fines penales (delitos y penas), y en el caso de los segundos, aplicando dichas normas sin posibilidad de crear derecho al margen de éstas, ni a pretexto de motivos morales, religiosos, ni políticos o ideológicos, todo ello de conformidad a la ley (*praevia, scripta, stricta y certa*) y a la Constitución, como lo dispone ésta en su artículo 6º.

43º. Que de este modo, el principio de legalidad constituye un límite inexcusable e ineludible y una exigencia en materia de tipificación y determinación de penas y delitos. Esta Magistratura ha sido clara y categórica al respecto, señalando que el principio de legalidad se traduce en un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona. (STC 1432 cc. 26 y 28) (En el mismo sentido, STC 1443 c. 23, STC 4476 c. 11). Ha agregado que el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal. (STC 479 c. 20) (En el mismo sentido, STC 2744 c. 30, STC 2953 c. 29, STC 3293 cc. 17, 18, STC 4476 c. 11), así como ha sostenido igualmente que la determinación y las modalidades de las penas es de resorte exclusivo del legislador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3, incisos 7º y 8º, CPR. (STC 786 c. 28) (En el mismo sentido, STC 2022 c. 24). A mayor abundamiento ha indicado que la tipificación de conductas y sus penas o sanciones son materia exclusiva de ley, excluyendo la posibilidad de que éstas se encuentren en reglamentos, ya que implicaría delegación de materia legal en el Presidente de la República, lo que infringe el principio de legalidad. (STC 244 cc. 5, 10, 11 y 12) señalando a su vez a propósito de las limitaciones a las leyes retroactivas en materia penal que para estas leyes hay dos limitaciones: una de naturaleza civil, de no violar el derecho de propiedad del art. 19, Nº 24, CPR; y una penal, de no violar el principio *nulla pena sine lege* del art. 19, Nº 3, CPR. (STC 15 c. 3).

44º. Que, en este contexto, el reconocimiento y valoración constitucional del principio de legalidad en materia penal constituye un estándar que no admite excepciones, ni aun a pretexto de valoraciones de determinadas conductas o del ánimo de aplicar una respuesta punitiva frente a determinadas acciones, por repudiables que puedan parecer. De modo que la aplicación del Estatuto de Roma al caso concreto importaría no sólo un desconocimiento de aquél principio de legalidad estricta y un abierto atentado al orden constitucional que configura un estructurado conjunto de límites al ejercicio del poder punitivo estatal, sino, además, el recurso a un resquicio útil para introducir el derecho penal del enemigo, lo que iría en contra de todo el avance y progreso que el derecho penal internacional ha venido desarrollando en las últimas décadas.



45°. Que, en este sentido, la inexistencia de un texto legal que reconozca una determinada calificación de una conducta típica no puede pretender ser salvada mediante la aplicación de un cuerpo de carácter internacional, toda vez que pese al reconocimiento que el derecho internacional puede dar a estos cuerpos normativos y a su preceptiva, en caso alguno pueden ser usados como mecanismo para llenar lagunas de la legislación interna nacional y menos aún cuando no han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional. Ello, por cuanto la aplicación de las normas de derecho internacional supone una coordinación y complementación con las disposiciones del derecho interno y no puede entenderse que puedan llenar vacíos o a suplir deficiencias legislativas del ordenamiento jurídico nacional y menos, como se ha dicho anteriormente, para servir a intereses extrajurídicos ni subalternos al derecho.

Por lo demás, una importante parte de la doctrina penal internacional ha sostenido la necesidad de garantías añadidas que refuercen la protección de determinados derechos humanos de las legislaciones internas o nacionales, ante una regulación menos protectora en los textos internacionales, lo que no supone un incumplimiento del derecho internacional por las normas internas, sino, un reforzamiento y mejora de las mismas. Así se afirma que *“ante dos normas vinculantes, una de derecho interno y otra de derecho internacional, que diseñan la protección debida a un determinado derecho humano, debe prevalecer para el sujeto obligado por ambas aquella que ofrezca mayor protección al derecho fundamental”* (Alicia Gil Gil, *La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 63, Fasc/Mes 1, Madrid, España, 2010, págs. 131-164)

46°. Que siendo así, no corresponde que se apliquen en el caso concreto las disposiciones pertenecientes al Estatuto de Roma, en virtud de las argumentaciones largamente reseñadas, sean estas vinculadas a la naturaleza de este cuerpo normativo internacional, la data en que esta normativa internacional ha sido incorporada al ordenamiento jurídico interno, la incompatibilidad de estas disposiciones aplicadas al caso específico respecto al principio de legalidad e irretroactividad penal, así como por la improcedencia de pretender llenar vacíos del ordenamiento jurídico interno con disposiciones del derecho internacional, motivos por los cuales estos Magistrados disidentes se pronuncian favorables a acoger la inaplicabilidad de las normas del tratado internacional requeridas en estos autos.



PREVENCIÓN

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a la presente sentencia teniendo además presente las siguientes consideraciones:

I. Posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes.

1º. Que, si bien en el Ordenamiento jurídico chileno no hay norma expresa que precise la posición específica y explícita de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del derecho recogido en la Constitución vigente, es decir, en que categoría y rango jerárquico de las mismas se ubican, a través de las distintas técnicas de interpretación la doctrina y jurisprudencia han intentado despejar el humo que rodea su inserción en el ordenamiento, cuestión que permitirá develar su posición en relación a los demás derechos, en especial respecto de los tratados internacionales que se refieran a derechos humanos. Es en este sentido que cabe referirse a su alcance en el ejercicio hermenéutico realizado tanto por operadores como por la judicatura y, en lo que convoca a esta Magistratura, el control al cual pueden ser sometidos.

2º. No puede preterirse que la Constitución Política es el instrumento mediante el cual se podrá precisar la existencia de otras normas – sin perjuicio que existen normas internacionales que son indisponibles en cuanto a su propia validez-, de forma tal que se reconoce la existencia de leyes, reglamentos e, incluso, Tratados Internacionales, todos los cuales se caracterizan por tener procedimientos internos para su creación y consecuente tramitación. En el caso del Tratado Internacional, será una atribución exclusiva del Presidente de la República concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del País (artículo 32 N° 15 de la CPR) y, el congreso deberá aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación (artículo 54 N° 1, inciso primero de la CPR).

3º. Ahora bien, es dable destacar que, tras la reforma constitucional del año 2005, se incorporan dos referencias a los Tratados como fuentes de derecho interno: **(i)** corresponderá 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 retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el Orden Jurídico chileno (artículo 54 N° 1 inciso sexto de la CPR); **(ii)** 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 (artículo 54 N° 1 inciso noveno de la CPR). Por cuanto, es claro que los Tratados Internacionales se insertan en el Ordenamiento Jurídico como fuente, sin embargo, las discusiones que surgirán



dirán relación con la posición que ocuparán en el mismo y, los mecanismos de control a los cuales podrán ser sometidos.

4º. Que, la definición acerca de la categorización de los Tratados Internacionales en el ordenamiento interno requerirá aclarar cómo el Tratado adquiere el carácter normativo en el ordenamiento jurídico del país y cuáles son los efectos normativos que se le atribuyen.

5º. En el sentido de lo expuesto, desde ya es oportuno indicar que el artículo 54 Nº 1 incisos primero y cuarto de la Constitución, si bien parecieran, en una primera lectura, equiparar el objeto de un Tratado a las materias propias de ley, es imposible desconocer que las *“leyes, reglamentos y los Tratados, a pesar de ser normas, son fuentes diversas y de naturaleza no intercambiables”* (en este sentido ver a Núñez Poblete, Manuel Antonio. (2010). Inapplicability Judgment of International Treaties: A Study in Defense of its Rationale and Legitimacy. *Estudios constitucionales*, 8(2), 431-464. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200013>), por cuanto para determinar el rango y naturaleza de los Tratados Internacionales, en particular aquellos que versan sobre derechos humanos, habrá que considerar que ellos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que el Estado a través de sus procedimientos adhiere a los pactos que reconocen principios que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía y a la potestad estatal, y por tanto sus disposiciones pasan a formar parte de la constitución material.

6º. Que, el mismo legislador se aleja de la interpretación formalista al consagrar en el artículo 54 Nº 1, inciso quinto, que *“(…) las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional”* estableciendo una regla diferente a la precisada para la derogación o modificación de una ley. En virtud de ello, si bien es posible verificar una aproximación parcial de los Tratados con las leyes, ello debe entenderse referido a las siguientes cuestiones: *“b1) En cuanto a su procedimiento de aprobación ante el Congreso, b2) en cuanto a la distribución de competencias entre Presidente de la República y el Congreso, respecto del procedimiento de su aprobación, en razón de la materia (tratados que recaen sobre materias de ley requieren de aprobación del Congreso, tratados que no recaen sobre estas materias no requieren dicha aprobación), y b3) en cuanto al procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional, también en razón de la materia”* (en este sentido ver a Aldunate Lizana, Eduardo. (2010). LA POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO. *Ius et Praxis*, 16(2), 185-210. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007>), debiendo precisarse que dicha asimilación no se extiende a los efectos del Tratado, ni a su posición en el Ordenamiento jurídico (Op. Cit.)

7º. Que, si bien en la configuración normativa el legislador ha preferido que la eficacia de un tratado se de bajo la nomenclatura de *“cumplir el tratado como ley”*, no



debe confundirse el imperativo que surge mediante el decreto promulgatorio, con la posición del Tratado dentro de las demás fuentes, es decir, no es posible equipararla a la fuente entendida en sentido formal.

8º. Con todo, planteada la discusión acerca del rango y naturaleza de un tratado, en materia de derechos humanos, es sobrevenida la pregunta acerca de la procedencia o improcedencia de la acción de inaplicabilidad en el caso concreto. Así, la acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene por finalidad controlar “(...) un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución” (artículo 93 inciso sexto de la Constitución), en tanto los Tratados Internacionales, como ya se ha precisado, se distinguen de los preceptos legales dada su naturaleza y efectos jurídicos.

9º. A este respecto, ya el profesor Nogueira señala que “(...) ante una eventual situación de inconstitucionalidad de un tratado incorporado al derecho interno y vigente, sólo queda el camino de la denuncia del tratado ajustado al derecho internacional, tal como lo determina el artículo 50 N° 1 de la Carta Fundamental” (ver en Nogueira, Humberto (2005): "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Nogueira, H. (Coord.), La Constitución reformada de 2005, Santiago de Chile, Librotecnia; p. 394). En igual sentido, la profesora y ex Presidenta de esta Magistratura Marisol Peña Torres destaca que, a propósito del control de constitucionalidad de los tratados internacionales “(...) lo ideal es el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales frente al control represivo o posterior” (en este sentido ver a Peña, Marisol (2007): "Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005", en Revista de Derecho público (69), p. 498), significando ello que el intérprete deberá realizar todos los esfuerzos por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución.

10º. Cabe agregar, que como lo ha señalado esta Magistratura “(...) el ejercicio de un examen represivo de constitucionalidad de disposiciones de tratados internacionales por parte de este Tribunal Constitucional implicaría contrariar los compromisos internacionales suscritos por Chile sobre formación y extinción de los tratados, infringiendo de este modo el principio de “pacta sun servanda” consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸, de 1969, en relación con lo preceptuado por el artículo 54, N° 1), de la Constitución Política de la República (...)”, cuestión que se razonó en sede de inaplicabilidad “respecto a la impugnación del artículo 14, párrafo 3, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se configura la causal de inadmisibilidad del numeral 4 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que una norma de un Tratado Internacional ratificado por Chile no constituye un “precepto que tenga rango legal”, en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de

⁸ 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.



inaplicabilidad (...)” (Declaración de Inadmisibilidad, Causa Rol 2789-15, C. 7º). De esta forma, es claro que una norma de tratado internacional no puede ser considerada como “precepto legal” para efectos del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

11º. Con todo, si se discrepa de lo razonado precedentemente, o si se matiza, aceptando el control represivo de constitucionalidad de los tratados, las consecuencias para el Estado de Chile por dicho acto, como lo expresa la profesora Henríquez, serían “(...) asumir las consecuencias de la responsabilidad; o eludirla, accionando por la nulidad del tratado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. También, como alternativas intermedias, el Estado chileno podría concertarse con la otra parte para dar por terminado o suspendido el tratado, total o parcialmente; modificarlo en el punto en conflicto; y si el tratado lo permite denunciarlo, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo de preaviso, haciendo frente nuevamente a la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el periodo de inaplicación” (ver a Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2007). Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales, 5(1),119-126. [fecha de Consulta 3 de Febrero de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=820/82050106>), situación que, a su juicio, traería aparejada responsabilidad internacional del Estado, pues “(...) la no aplicación de un tratado en un caso concreto es un no hacer, esto es no aplicar el tratado, cuando corresponde hacerlo, lo cual involucra apartarse de una o alguna de las obligaciones impuestas por el Tratado al Estado parte” (Op. Cit.).

II. Progresión de la Jurisprudencia Constitucional en Chile.

12º. Una primera línea jurisprudencial establecida a partir de las sentencias roles Nºs 282 y 288, de fechas 28 de enero de 1999 y 24 de junio de 1999, respectivamente, reconoce la clara diferencia entre un tratado internacional y una norma legal en tanto fuentes del derecho, con el efecto de delimitar el control de constitucionalidad de los mismos, cuestión que se asentó en dichas sentencias hace más de 20 años.

Por otro lado, a partir de la sentencia Rol N° 309, de fecha 4 de agosto de 2000, referida al control preventivo y contencioso de constitucionalidad del Convenio 169 OIT, en un criterio no usado hasta esa fecha, este Tribunal señaló que deben distinguirse las normas de los tratados internacionales de tipo “not self executive”, es decir aquellos que en la propia sentencia se definen como aquellos “cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior”, respecto de aquellas “self executive” o auto ejecutables. En la misma resolución se señala que este tipo de convenciones “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 decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello



será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.”.

A partir de dicha caracterización, se sostuvo que el texto del tratado no puede *per se* pugnar con la Constitución, cosa que sí podría ocurrir con la legislación que lo ejecuta; es decir, además del blindaje de constitucionalidad del artículo 54 de la Constitución, de seguirse tal criterio se estaría en presencia de un verdadero “trasvase de control de constitucionalidad”, desde las normas “not self executive” del tratado hacia las normas de rango legal que se requieren para implementar el cumplimiento de sus obligaciones, reduciéndose así el debate de constitucionalidad sólo a las normas de ejecución y no al convenio mismo, doctrina que es posteriormente reiterada en las sentencias Roles N°s 383, de 5 de septiembre de 2003, 1050, de 3 de abril de 2008, 1483, de 29 de septiembre de 2009, y 1988, de 24 de junio de 2011.

Así, en cuanto a las diferencias entre tratados y la ley como fuente del derecho, en la sentencia Rol N° 288, ya aludida, se razona que *“El tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes”*, para señalar posteriormente que *“un tratado internacional no es una ley, ni tiene jerarquía de ley, ya que el tratado es una norma de Derecho internacional, expresión de la voluntad de dos o más Estados u organismos internacionales o supranacionales, a diferencia de la ley, que es expresión de la voluntad unilateral de los órganos colegisladores de un Estado. Por ello, el tratado requiere la aprobación del Congreso, sólo para su incorporación al Derecho interno”*.

En el mismo sentido, la sentencia Rol N° 804, de 29 de diciembre de 2007, se reconoce la importancia del principio de *bonna fide* y la ejecución del tratado en el marco de sus objetivos y fines. En este orden, la aludida sentencia señala que *“la regla de oro en la interpretación internacional está dada por el artículo 31 N° 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Decreto Ley N.° 3.633, publicado en el Diario Oficial de fecha 11 de marzo de 1981), la que ordena que: “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”*.

En concordancia con lo expuesto precedentemente, y ya en el marco del principio *pacta sunt servanda*, se establece en la misma sentencia lo que el deber de aplicación preferente del tratado por parte de los jueces, en un ejercicio de interpretación sistemática y armónica con la norma constitucional, en lo que podría calificarse como una verdadera relación de colaboración armónica entre tratado internacional y normas constitucionales, al señalarse *“Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno.”*

Cabe agregar a dicha argumentación, que en el catálogo de atribuciones del art. 93, cada vez que consideró necesario otorgar competencias a este Tribunal para



conocer de tratados internacionales, lo mencionó expresamente, mención que no ocurre en el caso de la inaplicabilidad, al referirla solamente a preceptos legales. Por ello, es posible concluir, que citada jurisprudencia del T.C (Sentencias Roles N°s 309/2000, 383/2003, 288/1999 y 804/2007) diferenció claramente entre tratados internacionales y la ley como fuentes del derecho.

Sobre esta materia, la sentencia más relevante es justamente la primera dictada respecto del Convenio 169 de la OIT, rol 309, de 4 de agosto de 2000, que señala:

“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”, asumiendo que se está en presencia de una asimilación procedimental y parcial, mas no sustantiva ni de posición en el sistema de fuentes, ya 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 esas 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”,* aplicando así a las normas de los tratados las reservas materiales de quórum calificado y orgánicas constitucionales, razonando 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”,* por lo que *“fuerza es concluir que las disposiciones del tratado – en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza - se aprobarán o rechazaran 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.”.*

Es del caso señalar que este criterio jurisprudencial fue constitucionalizado por la reforma constitucional de la Ley N° 20.050 en el año 2005 y hoy es parte del contenido de la atribución del numeral 1° del artículo 93 de la Carta Fundamental.

Continuando dicha línea acerca del iter legis y la tramitación de un tratado internacional en el Congreso Nacional, la sentencia rol 383, de 5 de septiembre de 2003, especifica que:

“la Constitución contempla, en nexa con el proceso formativo de la ley, un conjunto de principios y disposiciones de tal modo armónicamente relacionados que, en su unidad,



configuran un sistema. Pues bien, tal conjunto coherente de disposiciones, reunido principalmente en los artículos 60 a 72 del Código Político, debe entenderse que es aplicable, con idéntico vigor jurídico y en lo que sea procedente, a la aprobación de los Proyectos de Acuerdo sobre tratados por el Congreso Nacional. Así se desprende, en términos inequívocos, del artículo 50, número 1, inciso primero, de la Constitución, precepto en el cual consta, con lenguaje de significado imperativo, que “La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.”

Por otra parte, respecto de la competencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la misma se refiere en la Constitución a “preceptos legales”, entendiéndose por tales las normas que tengan fuerza y rango de ley, lo que no ocurre con los tratados.

En específico, acerca de la diferenciación entre tratado y ley, en sentencia Rol 288, de 24 de junio de 1999, el tribunal señaló que *“cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5º alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, Nº 2º, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”, que “por otra parte, la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental”. Agrega que “dentro de nuestro ordenamiento la ratificación del tratado representa una facultad privativa del Presidente de la República que puede ejecutar con toda discrecionalidad sin tener plazo en su actuar”, para señalar finalmente que “este Tribunal concluye que tratándose de los tratados internacionales el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso”.*

Por otro lado, con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005, en la citada sentencia Rol Nº 804 se razona además acerca del sentido del actual artículo 54, inciso quinto, de la Constitución Política, precepto que declara 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”.*

Así, reconociendo las diferencias entre el tratado internacional y la ley, el Tribunal en dicha sentencia sostuvo que *“El citado inciso constitucional, cuyo origen se encuentra en la Constitución española de 1978, reconoce que la derogación, modificación o suspensión de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, se realiza en la forma prevista en los propios tratados, esto es, de acuerdo a lo pactado por los concelebrantes, dada su naturaleza convencional, o bien de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, esto es, normas convencionales internacionales que la República de Chile ha ratificado o adherido. Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional.*



En tales circunstancias, una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución."

A la luz de los razonamientos precedentemente transcritos se señala categóricamente que los tratados internacionales gozan de una especial protección constitucional y que una ley interna no puede afectarlos, siendo un error su asimilación a la ley en esta materia para efectos del control de inaplicabilidad.

Sin embargo, esta línea jurisprudencial aparentemente clara, se ve cuestionada por la sentencia Rol 1288, referida al control preventivo y obligatorio de las atribuciones de este propio Tribunal, en su ley orgánica constitucional, sentencia por la cual, en dividida votación de 6 a 4, este propio tribunal proclama su competencia para conocer inaplicabilidades de normas de tratados internacionales tras asimilarlas a un precepto legal para efectos del control de inaplicabilidad, a propósito de las modificaciones a su propia ley orgánica contenidas en la Ley N° 20.381, resolvió declarar inconstitucional de una de las normas del actual artículo 84 de tal ley, que prohibía expresamente la declaración de inaplicabilidad de un tratado internacional, señalando que los tratados internacionales están comprendidos dentro del concepto de preceptos legales y que en consecuencia, su aplicación puede ser declarada contraria a la Constitución, pero impidiéndose a la vez su declaración de inconstitucionalidad abstracta de efectos erga omnes, de este modo la Magistratura Constitucional abordó formalmente el problema de la revisión de constitucionalidad de los Tratados vigentes, destacando entre las consideraciones del voto de mayoría **(a)** La Constitución admite un doble control de los tratados, uno ex ante y otro ex post, vía declaración de inaplicabilidad (considerando 41°); **(b)** Los tratados "*deben sujetarse a la Carta Fundamental*" (considerando 43); **(c)** 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". (considerandos 47°-55°); **(d)** 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 (considerando 58°, en el mismo sentido considerando 65°); **(e)** "*si esa 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” (considerando 64).

13º. Que, de esta forma las disposiciones sometidas al control del Tribunal, en cuanto impedían que el Tribunal Constitucional pudiese declarar inaplicable las disposiciones de un tratado internacional vigente, fueron declaradas inconstitucionales por fallo de mayoría del Tribunal Constitucional.

A este respecto el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

“3. 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° 4o, que el artículo único, N° 57, del proyecto remitido incorpora a la Ley No 17.997, son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto”.

En cambio, fue considerada conforme con la Constitución el inciso final del entonces artículo 47 O (que pasó a ser Art. 47 Ñ inciso 2º en el texto de la Ley N° 20.381) que dispone que en el caso del control abstracto del artículo 93 N° 7, no podrá promoverse cuestión de constitucionalidad respecto de un tratado o una más de sus disposiciones.

En tanto, en el voto disidente, en particular en las letras p), q) y r), se precisó:

“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”

14º. *Que, mediante la declaración de inadmisibilidad en la ya aludida causa Rol 2789-15, se asentó el criterio sostenido por el voto disidente de la causa precedentemente expuesta, al señalar en su razonamiento “Que, por último, respecto a la impugnación del artículo 14, párrafo 3, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se configura la causal de inadmisibilidad del numeral 4 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que una norma de un tratado internacional ratificado por Chile no constituye un “precepto que tenga rango legal”, en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad.*

Además, el ejercicio de un examen represivo de constitucionalidad de disposiciones de tratados internacionales por parte de este Tribunal Constitucional implicaría contrariar los compromisos internacionales suscritos por Chile sobre formación y extinción de los tratados,



infringiendo de este modo el principio “pacta sunt servanda” consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en relación con lo preceptuado por el artículo 54, N° 1), de la Constitución Política de la República” (considerando 7º).

15º. A su vez, en sentencia de inadmisibilidad Rol N° 6447, se precisó que *“sentencias definitivas emanadas de esta Magistratura Constitucional se han pronunciado al respecto, resolviendo que “precepto legal” equivale a norma jurídica con rango legal, que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley”, citando al efecto las sentencias Roles N°s 1710, 1535, 1416, 1345, 1254, 944 y 626.*

16º. Que, entonces, no resulta razonable sostener que las normas de tratados internacionales puedan ser objeto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales, pues su rango es evidentemente distinto y superior al de la ley. A su vez, ello cobra especial relevancia al observar que este Tribunal desde hace ya más de una década ha comenzado a utilizar normas de tratados internacionales de derechos humanos como parámetro de control de constitucionalidad, o a lo menos como un elemento de juicio relevante a la hora de configurar tal parámetro de control.

17º. En efecto, pueden encontrarse sentencias antiguas de esta Magistratura en las cuales los derechos contenidos en tratados internacionales son usados como parámetro de control, en específico los fallos Roles N°s 834, de 13 de mayo de 2008, y 1340, de 29 de septiembre de 2009, en los cuales el parámetro de control de constitucionalidad es el derecho implícito a la identidad, construido a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es del caso señalar que en la sentencia Rol N° 1340 incluso se da por infringido el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en relación a las normas de los tratados.

18º. Por otra parte, a sentencia Rol N° 786, de 13 de junio de 2007, referida a un control preventivo y contencioso de disposiciones de la Ley de Responsabilidad Juvenil, se concluyó la constitucionalidad de la norma requerida de inconstitucionalidad utilizando la Convención de Derechos del Niño como estándar de juzgamiento. Por otro lado, especial mención merecen la sentencia de inconstitucionalidad Rol 1710, de 6 de agosto de 2010, referida al artículo 38 ter de la Ley de Isapres y la sentencia Rol N° 1988, referida al Convenio UPOV-91, que utiliza el Convenio 169 de la OIT al razonar la constitucionalidad de las normas cuestionadas.

19º. En todas las resoluciones aludidas las normas de los tratados internacionales dejan de ser objeto de control y pasan a ser parte del parámetro de juzgamiento de constitucionalidad, ya que los derechos contenidos en ellos son usados para enjuiciar la legitimidad de los preceptos impugnados en un control de constitucionalidad.

20º. Además, debe tenerse presentes otras causas antiguas de este Tribunal, en las cuales las normas de tratados internacionales son, en los hechos, usadas como



elementos del parámetro de control para enjuiciar su legitimidad constitucional, debiendo citarse al efecto las sentencias Roles N°s 519, de 5 de junio de 2007 (la cual es citada cada vez que se resuelve en el fondo alguna cuestión relativa a alegaciones de prisión por deudas, por ejemplo, roles 3058, 3249, 3539, 3541), 807, de 4 de octubre de 2007, 739, de 21 de agosto de 2007 (citada y reiterado su criterio en sentencia rol 2936) y 993, de 13 de mayo de 2008.

21°. Cabe señalar que en el proceso Rol N° 519 (en el mismo sentido, Rol 576, de 24 de abril de 2007) se señaló por el requirente que los apremios de arresto que contempla la Ley N° 17.322 en el proceso ejecutivo de cobro de cotizaciones previsionales configuran un caso de prisión por deudas, vulnerándose el numeral 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, rechazándose la acción porque a en dichos tratados *“se ha aceptado la privación de libertad frente al grave incumplimiento de determinados deberes legales en la medida que estuviere envuelto el interés social y el buen funcionamiento de la comunidad, en otras palabras, el bien común, que constituye el fin que debe perseguir el Estado, tal como lo reconoce el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental”*, además de reconocer el carácter alimentario de las cotizaciones previsionales, lo que al amparo de propios tratados habilita a emitir la orden de arresto.

22°. Por otra parte, en el proceso Rol 807, referido a la obligación de pagar las multas e indemnizaciones derivadas del proceso penal para poder acceder a los beneficios alternativos a la pena que contemplaba el antiguo texto de la Ley N° 18.216, se señaló que dicha obligación configuraba un atentado a la libertad personal por la vía de la vulneración de la interdicción de prisión por deudas contemplada en el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos. La acción fue rechazada razonando que: *“En la especie, la parte requirente ha sido condenada a una pena privativa de libertad, en virtud de haber incurrido en un delito (el de manejo en estado de ebriedad causando la muerte) tipificado por una ley dictada en conformidad a la Constitución. En consecuencia, la eventual privación de su libertad física está “causada” por un hecho que no pugna con la norma del numeral 2° del artículo 7. Tampoco será el requirente eventualmente detenido por una deuda, sino por un hecho (el manejo en estado de ebriedad causando la muerte) que, en nuestra legislación, es constitutivo de delito. Si el Estado de Chile puede, sin abusar de su poder, determinar que el requirente pierda la libertad, en virtud de su responsabilidad penal, no se divisa cómo podría considerarse que abusa de su poder al establecer un sistema alternativo más beneficioso para que cumpla su condena sujeto a ciertas condiciones. El precepto de derecho internacional en cuestión no ha tenido aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sirva para fijar su sentido, pero nada en su contexto o historia permite suponer que su finalidad sea la de limitar las condiciones de un beneficio alternativo a la privación de libertad. El precepto de la Convención Americana que se viene invocando es la norma internacional que establece la prohibición de prisión por deudas del modo más extenso entre sus análogas, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea se limitan sólo a prohibir la privación de libertad en virtud del incumplimiento de obligaciones contractuales. Tales normas han permitido se discuta la procedencia de que*



sanciones de multa puedan, en caso de no satisfacerse, devenir en penas corporales, pero nunca, que sepamos, ni que las partes nos lo hayan invocado, han sido utilizadas para objetar condiciones pecuniarias de sistemas alternativos a la cárcel.”. Es decir, se usa no sólo la norma del tratado como parámetro de control, sino que además se evidencia que lamentablemente no hay interpretación de autoridad que permita darle un sentido único para poder utilizarlo en el ejercicio de control de inaplicabilidad.

23°. En otra materia, en los procesos Roles N°s 739 y 993 se denunciaba como derecho fundamental infringido el principio de inocencia en materia penal, en el marco de lo cual los tratados internacionales de derechos humanos son citados como una de sus fuentes, señalándose que: *“la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas.*

En tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos -“Pacto de San José de Costa Rica”-, en el artículo 8.2, dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras Mno se establezca legalmente su culpabilidad” y que “durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas” que enuncia.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Cabe señalar que en dichas sentencias se realiza el ejercicio de control desde ese parámetro, haciendo suyo este tribunal el derecho internacional de los derechos humanos.

24°. En la era actual de este Tribunal pueden citarse diversas sentencias que utilizan el derecho internacional como elemento de juicio para razonar acerca del control realizado por esta Magistratura, como por ejemplo la sentencia Rol N° 8614, expedida recientemente el 12 de noviembre de 2020, que refiriéndose a materias de conservación y extracción de recursos pesqueros, en su cons. 8°, 20° y 48° razona invocando la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 para justificar la legitimidad de la normativa referida a las limitaciones procedimentales a la extracción de jibia, utilizando además como elemento de juicio normas de tratados internacionales que no necesariamente se refieren a derechos humanos.

En el mismo sentido, en la STC rol 2422-13, este Tribunal, conociendo del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, consideró integrados los derechos fundamentales convencionales a los constitucionales *“Que, en razón de lo afirmado, también se debe considerar infringido el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, invocado por el requirente, toda vez que la aplicación del precepto impugnado, en la gestión pendiente de que se trata, vulnera asimismo*



la obligación que pesa sobre los órganos del Estado de respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como es el derecho a la honra reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (STC Rol 2422-13, c. 21º), utilizando nuevamente normas convencionales como parámetro de juicio.

En el mismo orden de ideas, en el año 2014, conociendo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5º del Código de Justicia Militar, en la causa Rol 2492-13, este Tribunal introduce la integración de los estándares internacionales sobre derechos fundamentales “Que en el examen para acoger este requerimiento tendrá un papel significativo el establecimiento de nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile” (STC Rol 2492-13, c. 17º), en un razonamiento que no puede entenderse desvinculado del caso Palamara Iribarne y los estándares que en el fijó la Corte Interamericana de derechos Humanos.

Posteriormente, el año 2016, a propósito de la causa Rol 2955-16, referida al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, que establece una discriminación arbitraria entre los hijos cuyo padre fallece previo a su nacimiento o, si el padre o madre fallecen dentro de los 180 días siguientes al parto y, aquellos hijos cuyo padre o madre fallecen después de vencido el plazo, el Ministro Sr. Pozo, señala en su disidencia “Que, la doctrina sostenida por esta Magistratura, apunta a que el derecho a la identidad personal forma parte de los derechos esenciales a la naturaleza humana que el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, impone como límite de la soberanía y como deber de todos los órganos del Estado, incluida esta Magistratura, de respetarlos y promoverlos, ya estén asegurados en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” (STC ROL 2955-16, considerando 4º del voto disidente del Ministro Sr. Nelson Pozo), reubicando la discusión sobre la fuerza y rango de los tratados sobre derechos humanos.

A reglón seguido, es posible destacar en la causa Rol 4310-18, el voto disidente de los Ministros Sres. Gonzalo García y Domingo Hernández, quienes precisaron, entre otras cosas, que “(...) los tratados internacionales establecen criterios objetivos, obligaciones estatales y finalidades de sentido a la pena de privación de libertad” (STC Rol 4310-2018, considerando 8º del voto disidente de los Ministros Sres. García y Hernández), precisando con ello que el derecho internacional de los Derechos Humanos establece límites en el orden interno.

A este respecto, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado “Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, estatuye que el ejercicio de la soberanía aparece 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 2066), aun 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 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26º, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer cumplir el derecho internacional humanitario. La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual impide que sean desconocidos aun por gobiernos de facto” (Corte Suprema, sentencia rol No 8314-2009, de 27 de enero de 2011, en recurso de casación en el fondo. Considerando vigésimo),.

25º. Desde esa perspectiva, además de todo lo mencionado no puede dejar de destacar que acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de tratados internacionales encierra una gran paradoja, cual es habilitar a tener tales normas como parámetro de control y como objeto de control al mismo tiempo, en un estado de incerteza jurídica agravado respecto de la posición de las mismas en el sistema de fuentes.

26º. Finalmente, no puede perderse de vista que el denominado Estatuto de Roma es un tratado internacional referido a deberes del Estado en materia de derechos humanos, cuales son los de verdad y justicia, en términos de investigación y sanción eficaz de vulneración de crímenes en materia de violaciones de derechos humanos, de manera tal que declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad sería la negación misma de lo dispuesto por el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución vigente. Sin perjuicio de ello, la determinación vigencia y eficacia en el tiempo de las normas de tratados internacionales para su aplicación en un caso concreto es una cuestión propia de las atribuciones de los tribunales del fondo de la gestión, de la misma forma que lo es respecto de la legislación, encontrándose tales materias fuera de las atribuciones de esta Magistratura.



Redactó la sentencia el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO y la disidencia el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ. La prevención corresponde al Ministro señor RODRIGO PICA FLORES.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 8872-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.