

EL ESTATUTO DE ROMA FRENTE A LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS (LA PROBLEMÁTICA COMÚN EN ALGUNOS PAÍSES)

José Antonio Guevara Bermúdez*
Investigador Invitado de la American University,
Washington, D. C.

I. INTRODUCCIÓN

El 7 de septiembre de 2000, el titular del Poder Ejecutivo mexicano firmó *ad referendum* el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (CPI) en una simbólica Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): la Asamblea del milenio. Previamente a dicha reunión, el Secretario General de la Organización invitó a los Estados a firmar un gran número de tratados internacionales; en concreto, aquellos que se consideran de mayor importancia para la comunidad internacional, entre los que se encontraba el Estatuto de Roma¹.

Con esa firma se abrió el camino para iniciar la marcha por la meta siguiente, que consiste en lograr que el Estado mexicano ratifique el Estatuto, y con ello se acorte la brecha para alcanzar las 60 ratificaciones que se requieren para que dicho instrumento entre en vigor. La firma *ad referendum* no significa otra cosa sino que para que el Estado se obligue definitivamente conforme al Estatuto se debe agotar el procedimiento interno de ratificación, mismo que se refleja en la Constitución mexicana, en particular en los artículos 133²; 89, fracción X³; y 76⁴. Dichos artículos establecen que los tratados deben ser celebrados por el Ejecutivo y aprobados, exclusivamente, por el

* *Scholar in Residence*, Washington College of Law, American University, 0812001-0712002. Académico de tiempo completo del Departamento de Derecho y colaborador del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, plantel Santa Fe (en licencia). Miembro fundador de la Coalición Mexicana por la Corte Penal Internacional. Las declaraciones y opiniones vertidas en este trabajo se expresan a título personal y no comprometen en nada a las instituciones mencionadas.

¹ El 15 de mayo de 2000, el Secretario General de la ONU extendió una invitación a los Jefes de Estado y de Gobierno para firmar y ratificar los 25 tratados que se consideraban como básicos y que reflejan «los principales objetivos de la Organización», durante la Cumbre del Milenio (6 al 8 de septiembre de 2000), en donde se proporcionaron facilidades especiales. Dentro de dichos tratados se encontraba el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Documento ONU: AI/CONF.183/9.

² Artículo 133. «Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados».

³ Artículo 89 de la Constitución. «Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes [...] X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado».

⁴ Artículo 76. «Son facultades exclusivas del Senado: I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal, con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión».

Senado de la República⁵. Para ello, una vez que el Ejecutivo le presente al Senado el texto del Estatuto, dicho órgano tendrá que verificar si se puede ratificar, para lo cual se cerciorará de que no haya contradicciones con la Constitución que impidan a México cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas del mismo, en concreto, la obligación de cooperar plenamente con la CPI⁶.

Para México es conveniente ratificar lo más pronto posible el Estatuto. Ello le permitirá participar en las primeras sesiones de la Asamblea de Estados partes, que revisten una gran importancia, pues será en ellas donde se examinarán y aprobarán las recomendaciones de la Comisión Preparatoria⁷, así como los nombramientos de los magistrados⁸ y del fiscal⁹ de la Corte. La Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional¹⁰ se creó mediante una resolución de la Conferencia de

Plenipotenciarios reunidos en Roma, con un mandato muy preciso: elaborar «proyectos de medidas prácticas para el establecimiento de la Corte y para que ésta entre en funciones...»¹¹, entre los que se encuentran los elementos de los crímenes¹²; las reglas de procedimiento y prueba¹³; el Acuerdo que regirá la relación entre la Corte y la Organización de las Naciones Unidas¹⁴; el Reglamento financiero y la reglamentación financiera de la Corte¹⁵, entre otros asuntos de esa naturaleza.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar brevemente la situación en la que se encuentra la ratificación del Estatuto de Roma, enfatizando el caso de hispanoamérica. Asimismo, haremos mención de los problemas a los que comúnmente se enfrentan los Estados ante la tarea de verificar si el Estatuto contraviene las disposiciones constitucionales. Además, expondremos las opciones que tuvieron los países de la región para resolver los problemas,

⁵ «La Constitución mexicana sólo da a los senadores la facultad de aprobar o no los pactos», César Sépulveda, *Derecho internacional*. 20a. ed. México, Porrúa, 1998, p. 135.

⁶ Ver: Capítulo IX el Estatuto de Roma.

⁷ Inciso a), fracción 2, artículo 112, del Estatuto.

⁸ Inciso 6, artículo 36, del Estatuto.

⁹ Inciso 4, artículo 42, del Estatuto.

¹⁰ Punto 1, inciso F, Anexo 1, del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. A/CONF. 183/10. En adelante la «Comisión Preparatoria» y el «Acta», respectivamente. Para conocer este mandato concreto de la Comisión Preparatoria, ver: subincisos a) y b) del Punto 5, inciso F, Anexo 1 del Acta.

¹¹ Punto 5, inciso F, Anexo 1, del Acta.

¹² El artículo 9 del Estatuto establece la naturaleza de los elementos del crimen. Se trata de un instrumento que contendrá disposiciones «que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 Y 8». El artículo 21 del Estatuto señala que el derecho aplicable por la Corte será, en primer lugar, el Estatuto, los elementos del crimen y sus reglas de procedimiento y prueba. Dichos documentos se aprobaron por la Comisión Preparatoria el 30 de junio de 2000. Ver Documento N.U. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 y PCNICC/2000/INF/3/ Add.1, respectivamente.

¹³ Artículo 51 del Estatuto.

¹⁴ Subinciso c) del Punto 5, inciso F, Anexo 1, del Acta.

¹⁵ Subinciso e) del Punto 5, inciso F, Anexo 1, del Acta.

así como la manera en la que algunos de ellos lo hicieron¹⁶. Finalmente, haremos una breve consideración sobre la posición que, consideramos, debe asumir México frente a la ratificación.

II. RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO ALREDEDOR DEL MUNDO Y EN LA REGIÓN

El Estatuto se firmó, al 31 de diciembre de 2000¹⁷, por 139 países. A la fecha contamos con 39 ratificaciones. De los 21 Estados de la región hispanoamericana (incluidos Brasil y Portugal), 17 lo han firmado y cinco lo han ratificado. Dichos países son: Argentina, Costa Rica, España, Paraguay y Venezuela. Además, del continente americano lo han ratificado otros cinco Estados: Antigua y Barbuda, Belice, Canadá, Dominica (accesión) y Trinidad y Tobago.

Un número considerable de Estados Europeos está analizando el Estatuto y se espera una cascada de ratificaciones de aquellos que forman parte del Consejo de Europa¹⁸. En hispanoamérica, en un gran número de Estados se encuentran en fases muy avanzadas sus procesos internos de ratificación, como Brasil, Bolivia, Ecuador, Chile y Perú.

Así pues, creemos que el paso que llevan los Estados en la carrera por las 60 ratificaciones para que pueda entrar en vigor el Estatuto es aceleradísimo. Los que formamos parte de la Coalición de organizaciones no gubernamentales por la Corte Penal Internacional tenemos la esperanza de que se llegue a las 60 ratificaciones en cualquier momento dentro de los próximos seis a 12 meses¹⁹.

Resulta sorprendente este ritmo de ratificación si se compara con los plazos que tuvieron que pasar para la entrada en vigor de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos de significación similar. Recordemos solamente la historia de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que necesitaron de 10 años para que 35 Estados los ratificaran y entraran en vigor. Dichos Pactos, como se sabe, fueron aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1966 y entraron en vigor en 1976. Transcurrieron 10 años a pesar de que permitían la interposición de reservas²⁰. Por su lado, el Estatuto de Roma, a tres años de su aprobación por la Conferencia de

¹⁶ Estas soluciones las podemos ver en opiniones de legisladores, fallos de tribunales constitucionales o dictámenes gubernamentales o parlamentarios.

¹⁷ Fecha límite en la que se podía hacerlo.

¹⁸ Council of Europe, *The implications for Council of Europe member states of the ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Conclusions of the Consultation, Strasbourg, 16-17 May 2000. Documento: CM/Inf(2000)32 26 May 2000. Tomado de <http://www.cm.coe.int/reports/cminf/2000/2000cminf32.htm>

¹⁹ Por ejemplo, ver: Brigitte Suhr, «La compatibilidad del Estatuto de Roma con ciertas disposiciones constitucionales alrededor del mundo», en Santiago Corcuera C. y José A. Guevara B., comps., *Justicia penal internacional*. México, Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos, 2001, p. 210.

²⁰ Ver: Douglass Cassel, «Does International Human Rights Law Make a Difference?», en *Chicago Journal of International Law*, núm. 2, primavera 2001, p. 9. Tomado de LEXIS-NEXIS Academic Universe-Document: <http://web.lexis-nexis.com/universe/>

Plenipotenciarios, ha logrado 37 ratificaciones, y debemos tener presente que, según se establece en su artículo 102, no admite reservas.

La reserva, como la define la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, es una declaración unilateral de voluntad de los Estados por medio de la cual se excluye la aplicación de, o le da una determinada interpretación a una determinada disposición de un tratado internacional²¹. Una de las funciones de las reservas es impedir que ciertas normas fundamentales de los Estados, o su práctica legal, sean un motivo para no adherirse a un tratado porque no son compatibles. En otras palabras, las reservas sirven para que los Estados puedan formar parte de un tratado sin la necesidad de modificar su derecho interno.

Entonces, partiendo de que el Estatuto no permite la interposición de reservas, los órganos nacionales encargados de la celebración de tratados deben asegurarse de que las disposiciones de

las normas fundamentales del Estado no se opongan al tratado, ya que eventualmente ello podría traer consigo el incumplimiento del mismo. El carácter de normas fundamentales dependerá de cada sistema jurídico, por lo que se debe tener en consideración la posición que ocupan las mismas en la jerarquía normativa de los Estados, en general, y las de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, en particular, pues esto puede resolver lo que en ocasiones es un problema de legalidad. Por ejemplo, en México, a partir de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1999 sobre el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, que interpreta el artículo 133 constitucional, los tratados internacionales ocupan una posición inmediatamente inferior a la Constitución y superior a las leyes federales, por lo que la incompatibilidad del tratado con las leyes se resuelve con la mera ratificación, ya que aquél estaría en una posición superior a ellas.²² Sin embargo, si un tratado contraviene disposiciones constitucionales el problema es otro.

²¹ Ver: Artículo 2, inciso d), de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Documento ONU: A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S 3311, aprobada el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

²² En realidad, la Suprema Corte de Justicia aclaró en encriptado significado el artículo 133 de la siguiente manera: Tratados internacionales, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999. Tesis: Pleno LXXVII/99, p. 46. Materia: Constitucional. Tesis aislada. Precedentes: Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis PC/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: «Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa».

En Bolivia²³, Colombia²⁴, Ecuador²⁵, México²⁶, Perú²⁷ y Venezuela²⁸, por ejemplo, sus constituciones se autodefinen como la norma suprema, por lo que en caso de conflicto entre ellas y otra norma jurídica tendrán prevalencia las primeras. Sin embargo, en muchas de estas constituciones los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario se colocan en el plano constitucional, por ejemplo, las de

Colombia²⁹, Ecuador³⁰, Venezuela³¹ y Argentina³². Ello refleja una clara intención de los países de privilegiar las normas protectoras de la persona humana respecto de las demás normas del sistema³³.

Cuando existen disposiciones de un tratado contrarias a la Constitución, hay países que exigen que ésta se reforme para celebrar el tratado. Para ello hay que satisfacer un procedimiento sui

²³ Artículo 228 de la Constitución: «La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones».

²⁴ Artículo 40 de la Constitución: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

²⁵ Artículo 272 de la Constitución: «La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuviere en contradicción con ella o alteren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior».

²⁶ Artículo 133 constitucional.

²⁷ Artículo 51 de la Constitución: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente».

²⁸ Artículo 334: «[...] En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente».

²⁹ Artículo 93: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno...»

³⁰ Artículo 163: «Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía».

³¹ Artículo 23: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

³² Artículo 75 de la Constitución.

³³ En Colombia, los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario forman parte del «bloque de constitucionalidad», que se entiende como «el conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la misma constitución». Tomado de: *Informe de ponencia para primer debate en del (sic) Proyecto de Acto Legislativo número 014 de 2001 Senado por medio del cual se incorpora a la Constitución colombiana el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, suscrito por el Senador Gustavo A. Guerra Lemoine, del 2 de abril de 2001. Tomado de la página en español de la Coalición por la Corte Penal Internacional: <http://www.iccnw.org/espanol>.

generis, que consiste en que primero debe reformarse la Constitución y posteriormente ratificarse el tratado³⁴.

Finalmente, la gran mayoría de los Estados de la región cuentan con tribunales constitucionales o salas constitucionales en los tribunales o cortes supremas que tienen como función velar por la constitucionalidad de las leyes y tratados que se aprueben o se vayan a aprobar por los congresos o parlamentos. Así, en ocasiones, los procesos de ratificación de algunos países involucran a dichos tribunales o salas para que den su consentimiento previo a la celebración del tratado³⁵.

III. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

En todas las regiones del mundo se han hecho las mismas preguntas y se ha enfrentado el Estatuto con la misma incertidumbre. Es importante reconocer que ratificar un tratado que no admite reservas no es un trabajo sencillo, máxime cuando éste contiene disposiciones sustantivas, adjetivas y organizativas, especialmente aquéllas que se refieren a cuestiones penales. Además, el Estatuto es producto de una

negociación no sólo de diferentes Estados, sino de diferentes sistemas jurídicos. Por consiguiente, en América como en África, como en Europa, nos encontramos con problemas comunes, pero en la singularidad de cada sistema jurídico podrán surgir problemas particulares. La respuesta adecuada y efectiva dependerá de cada Estado y con la posición que asuman definirán su propio régimen de complementariedad, es decir, dependiendo del grado de compatibilidad que se tenga entre el Estatuto y las normas supremas del Estado, éste mostrará su voluntad para cooperar plenamente con la Corte. En general, los problemas comunes que hemos detectado, relativos a la compatibilidad del Estatuto y las diferentes constituciones, son los relacionados con las inmunidades, la extradición o entrega de nacionales, la cadena perpetua, la cosa juzgada o *ne bis in idem* y las actuaciones del fiscal en el territorio de un Estado parte³⁶.

A. INMUNIDADES

Uno de los grandes aportes del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal

³⁴ Por ejemplo, Ecuador y Perú. En el artículo 162 de la Constitución ecuatoriana se establece lo siguiente: «La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma». Por su lado, la Constitución peruana señala: «[...] Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República».

³⁵ A nivel de la región, todos los países contemplan un órgano jurisdiccional especializado en materia constitucional al cual se le encarga esta tarea. Pero mientras en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú esta facultad recae en un tribunal o corte constitucional, en el caso de Venezuela corresponde a una sala especializada del tribunal supremo. Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 35.

³⁶ Son básicamente tres los problemas comunes en Europa y América Latina: lo relativo a la extradición o entrega de nacionales a la Corte; las inmunidades de los Jefes de Estado, de Gobierno o parlamentarios; y la prohibición de aplicar la pena de prisión perpetua. Ver: Helen Duffy, «National Constitutional Compatibility and the International Criminal Courts», en *Dulke Journal of Comparative & International Law*, núm. 11, Fall/Winter 2001, p. 2. Tomado de LEXIS-NEXIS Academic Universe Document <http://web.lexis-nexis.com/universe>.

Internacional es que se refrendan las disposiciones nacidas en Nüremberg que impiden que los Jefes de Estado y de Gobierno, o parlamentarios y funcionarios de algún Estado, se vean protegidos con su cargo oficial frente a la acción de la justicia penal, cuando son sospechosos o han sido acusados de haber cometido genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad³⁷. El Estatuto establece en su artículo 27 que «será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena».

Por su parte, gran parte de las constituciones del mundo ofrecen inmunidades a Jefes de Estado, de

Gobierno, parlamentarios, funcionarios de gobierno, diplomáticos, entre otros, con el objeto de garantizar el funcionamiento de las instituciones, mediante la restricción de llevar a cabo investigaciones penales en contra de sus integrantes mientras dure el mandato³⁸. La inmunidad es necesaria en los Estados que cuentan con una división de poderes «para prevenir injerencias políticas»³⁹ entre ellos.

Muchas constituciones establecen la posibilidad de que Jefes de Estado, de Gobierno, funcionarios o parlamentarios, entre otros, cuando desempeñan actos oficiales, no puedan ser responsables penalmente y que cuando se incoe un procedimiento penal en su contra deberá existir un proceso de «desafuero», y una vez concedido éste, por lo general por el parlamento o suprema corte de justicia, podría iniciarse el procedimiento penal. En principio, si existiera tal posibilidad no habría conflicto entre la Constitución

³⁷ Ver: capítulo 13 sobre la responsabilidad e inmunidades en la Corte Penal Internacional de la obra colectiva, M. García Arán y D. López Garrido, coords., *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 249-255.

³⁸ «The original function of this immunity is to protect the Parliamentarians against any interference by the other powers, notably the executive. It is widely felt that this function has lost almost all significance within a constitutional order firmly grounded on the rule of law [...] The immunities are thus not part of the BASIC Law's human rights guarantees but essentially of an institutional character. Nor can the immunities be said to form an integral part of the basic constitutional principles such as democracy or *Rechtsstaat*». Frank Jarasch y Claus Kreb, «ICC Statute Implementation: Germany», en Claus Kreb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Volume I- General Aspects and Constitutional Issues*. Nomos Verlagsgesellschaft/Il Sirente, Baden-Baden/Ripa di Fagnano Alto, 2000, pp. 106-107. Por otro lado, Duffy y Huston nos recuerdan: «Constitutional immunities may attach to current or former heads of State or Government, members of the legislature, judges, or any range of elected and government officials. A central rationale for providing constitutional immunities is to shield office-holder from politically motivated or spurious prosecutions during their term in office, or from vengeful prosecutions after their term is completed. This allows office-holders to exercise their functions without fear of interference by such prosecution», en Claus Kreb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, p. 36.

³⁹ Brigitte Suhr, «La compatibilidad del Estatuto de Roma con ciertas disposiciones constitucionales alrededor del mundo», en Santiago Corcuera C. y José A. Guevara B., comps., *Justicia penal internacional*. México, Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos, 2001, p. 207.

y el Estatuto, ya que sería posible la privación del fuero y que la persona se entregue a la Corte para ser juzgada. En las constituciones de Grecia,⁴⁰ Italia⁴¹, Portugal⁴², Bolivia⁴³, Chile⁴⁴, Colombia⁴⁵, Ecuador⁴⁶, Perú⁴⁷, Venezuela⁴⁸ y México⁴⁹ se establece un régimen de inmunidades

⁴⁰ Artículos 49.1 y 86 de la Constitución. Para un análisis sobre la compatibilidad de dichas disposiciones con el artículo 27 del Estatuto, ver: Phani Dascalopoulou-Livada, «The Implementation of the ICC Statute in Greece: Some Thoughts», en Claus Krieb y Flavio Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, pp. 116-168.

⁴¹ Artículo 90 de la Constitución italiana. Para un breve acercamiento a la discusión, ver: Paolo Benvenuti, «ICC Statute Implementation: Italy», en Claus Krieb y Flavio Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, p. 130.

⁴² Artículos 130.1 y 157.3 de la Constitución. Para un acercamiento a la problemática en Portugal, ver: Paula Escarameia, «ICC Statute Implementation: Portugal», en Claus Krieb y Flavio Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*

⁴³ Artículo 52: «Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato, sin discontinuidad, podrá ser acusado, perseguido o arrestado en ninguna materia, si la Cámara a la que pertenece no da licencia por dos tercios de votos».

⁴⁴ Artículo 58: «Ningún senador o diputado, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante...»

⁴⁵ Artículo 199: «El Presidente de la República, durante el periodo para el que sea elegido, o quien se halle encargado de la Presidencia, no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa».

⁴⁶ Artículo 137: «Los diputados no serán civil ni penalmente responsables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones. No podrán iniciarse causas penales en su contra sin previa autorización del Congreso Nacional, ni serán privados de su libertad, salvo el caso de delitos flagrantes».

⁴⁷ Artículo 93: «Los Congresistas [...] no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición de Congreso o de la Comisión Permanente», Asimismo, el artículo 99 señala: «corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes del Congreso; a los ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones...» Finalmente, el artículo 117 establece: «El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión y funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral».

⁴⁸ Artículo 200: «Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo [...] En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia...»

⁴⁹ El régimen de las responsabilidades de los servidores públicos a que se refiere el título octavo de la Constitución, salvo por el procedimiento específico a cargo de la Cámara de Senadores para proceder penalmente en contra de Presidente de la República, ofrece un procedimiento de desafuero en contra de aquellos funcionarios que gozan de inmunidad y que han sido acusados de haber cometido algún delito.

parlamentarias y de los altos funcionarios que son susceptibles de ser removidas.⁵⁰

Otras constituciones establecen que ninguna persona que desempeñe alguno de estos cargos puede ser procesada durante y con posterioridad a su mandato debido a que cuentan con inmunidad absoluta. No encontramos una inmunidad personal absoluta en la región como lo vemos en España por lo que se refiere a la figura del rey⁵¹; en Liechtenstein, al príncipe⁵²; o el presidente en Francia⁵³. Esta clase de inmunidades eventualmente podrían suponer una contraposición entre la obligación de entregar a una persona a la Corte, independientemente del cargo oficial y

la imposibilidad constitucional de afectar la libertad de esas personas.

B. ENTREGA DE NACIONALES

El Estatuto establece que los Estados entregarán a cualquier persona que haya sido requerida por la Corte, independientemente de su nacionalidad. De hecho, la Corte tendrá competencia para conocer de los crímenes a que se refieren los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto cuando la persona sea nacional de un Estado parte o cuando el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado parte. Algunos Estados prohíben en sus normas supremas la extradición de sus nacionales para ser juzgados por tribunales de otros Estados. Por ejemplo, las constituciones de Alemania⁵⁴,

⁵⁰ «Immunities subject to waiver are particularly amenable to such interpretation. If the possibility of waiver is available, for example with the consent of the majority of the members of parliament, the constitutional provision establishing immunity does not, per se, entail a conflict with the obligations under the Statute. The constitution provides the mechanisms necessary to cooperate fully with the Court, provided the constitutional device of waiver is actually employed when cooperation is requested». Helen Duffly y Jonathan Huston, *International Obligations...*, op. cit., p. 40.

⁵¹ Artículo 56.3 de la Constitución.

⁵² «Article 7(2) of the Liechtenstein Constitution provides that the person of the prince is 'sacred and inviolable'. While the scope of application of this article is the subject of considerable debate, it is clear that the provision disallows criminal prosecution of the prince in Liechtenstein courts. It also disallows the arrest of the prince by Liechtenstein authorities». Jonathan Huston, «CC Statute Implementation: Liechtenstein», en Claus Krieb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, p. 145.

⁵³ Constitución francesa del 4 de octubre de 1958, artículo 68(1) que señala, en suma, que el Presidente sólo puede ser procesado por alta traición, mediante acusación interpuesta por las dos asambleas que lo hayan aprobado por votación idéntica y por mayoría absoluta de sus miembros ante el Tribunal Supremo de Justicia. Sobre el proceso de reforma constitucional francés, ver: Antoine Buchet, «CC Statute Implementation: France», en Claus Krieb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, p. 77.

⁵⁴ Esta prohibición llevó a Alemania a modificar el artículo 16(2) constitucional de tal manera que se permite la entrega de alemanes a tribunales internacionales y europeos. Sin embargo, este cambio en la Constitución alemana no fue propiamente una modificación, sino una clarificación. La decisión de modificar dicho artículo atendió a la necesidad de una nueva política constitucional en materia de extradición en atención a tres factores: (i) la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán; (ii) el precedente de haber entregado alemanes al tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, y (iii) la intención de despejar el camino para la extradición de alemanes a cualquiera de los países miembros de la Unión Europea. Tomado de Frank Jarasch y Claus Krieb, «CC Statute Implementation: Germany», en Claus Krieb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, p.99.

Brasil⁵⁵, Costa Rica⁵⁶, Ecuador⁵⁷ y Venezuela⁵⁸ contemplan esa restricción. Dicho derecho de las personas de ser juzgadas en los tribunales de los cuales sean nacionales se establece con objeto de que, entre otras cosas, se garantice la rehabilitación en el país de origen y que sea juzgado de acuerdo con sus valores culturales y en su propio idioma⁵⁹. Sin embargo, en algunos países esa restricción se impuso atendiendo a necesidades histórico-políticas concretas, como en el caso de Alemania en que se pretendía excluir de la extradición de alemanes a la zona de ocupación soviética⁶⁰. Para Estados

como Ecuador *una de las razones de la no extradición de nacionales es la de proteger a éstos bajo el presupuesto de que es mejor para un nacional ser juzgado en su propio país y no en un Estado extranjero*⁶¹. En principio, esa imposibilidad de entregar nacionales a tribunales extranjeros podría suponer una incompatibilidad entre el Estatuto y la Constitución del Estado correspondiente.

C. PENA DE PRISIÓN PERPETUA

El Estatuto de Roma establece la posibilidad de aplicar la pena de prisión

⁵⁵ Artículo 5: «[...] LI-Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII-nao será concedida extradicao de estrangeiro por crime politico ou de opiniao».

⁵⁶ Artículo 32: «Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional».

⁵⁷ Artículo 25: «En ningún caso se concederá la extradición de un ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador».

⁵⁸ Artículo 69: «[...] Se prohíbe la extradición de venezolanos y venezolanas...»

⁵⁹ «The historical reason for the exemption of nationals from extradition seems to rest on the notion that the person sought would receive worse treatment in the requesting State than in the requested State of which he or she is a national, if he or she were to be tried or punished therein. Searer sees the contemporary rationale as follows: -a person ought not be withdrawn from his (indigenous) natural judges; and -a State owes its citizens the protection of its laws. This rationale derives to a large extent from a jealously guarded conception of national sovereignty and presupposes the existence of sharp contrasts in the administration of criminal justice between States, resulting in potentially unfair treatment. It will not be examined whether this rationale is still a valid one, at least: between States with a similar legal tradition and judicial system». Irene Gartner, «CC Statute Implementation: Austria», en Claus Krieb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and domestic...*, pp. 60-61. Por otro lado, Duffy y Huston señalan lo siguiente: «An important rationale for these constitutional provision is the assumption that a national will be granted a fairer trial in his or her own courts than in a foreign court. It may also be relevant that domestic courts are considered a more appropriate forum given the cultural and linguistic background of the accused, and more conducive to the social rehabilitation of the convicted person and the local deterrence of similar crimes. The prohibition against extradition also affirms the State's responsibility to prosecute its own criminals». Helen Duffy y Jonathan Huston, *International Obligations...*, op. cit.

⁶⁰ Es por ello que el lenguaje de la prohibición es tan amplio y ambiguo. El artículo 16(2) de la Constitución alemana (Grundgesetz o en inglés Basic Law) señala que: «Ningún alemán podrá ser extraditado afuera» (traducción nuestra de otra no oficial del inglés que reza: «No German may be extradited abroad»). La versión alemana del artículo en cuestión es la siguiente: «Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden». Tomado de Frank Jarasch y Claus Krieb, «CC Statute Implementation: Germany», en Claus Krieb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, p.102.

⁶¹ Informe del doctor Hernán Salgado Pesantes en el caso núm. 005-2000-CI sobre el «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», del 21 de febrero de 2001. Tomado de <http://www.iccnw.org/espanol>.

perpetua cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado⁶².

Muchas constituciones del mundo prohíben la aplicación de la pena de prisión perpetua. Las razones por las que se establece esta prohibición atienden a la humanización de las penas, ya que los fines desde la concepción liberal democrática son la readaptación y rehabilitación social del delincuente, como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁶³. En este tenor, las constituciones brasileña⁶⁴, colombiana⁶⁵, ecuatoriana⁶⁶,

portuguesa⁶⁷ y venezolana⁶⁸ prohíben la aplicación de la cadena perpetua. Ello podría representar un problema entre el Estatuto y dichas constituciones, ya que los Estados no estarían dispuestos, en principio, a entregar a sus nacionales a tribunales que les puedan aplicar una pena de esa naturaleza.

D. ACTUACIONES DEL FISCAL EN EL TERRITORIO DEL ESTADO

El fiscal, de conformidad con los artículos 57.3d)⁶⁹ y 99.4⁷⁰ del Estatuto, podrá llevar a cabo investigaciones libremente en el territorio del Estado -cuando se trata de medidas que no

⁶² Artículo 77.1 b) del Estatuto.

⁶³ Ver: Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁴ Artículo 50.: «XLVII-Não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo».

⁶⁵ Artículo 34: «Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación».

⁶⁶ Artículo 25 constitucional.

⁶⁷ Artículo 30 de la Constitución.

⁶⁸ Artículo 44, inciso 30: «La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años».

⁶⁹ Artículo 57: Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares. 3. Además de otras funciones que le confiere el presente Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá: d) Autorizar al fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a la parte IX en el caso de que la Sala haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trata, que dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación con arreglo a la parte IX.

⁷⁰ Artículo 99: Cumplimiento de las solicitudes a que se hace referencia en los artículos 93 y 96.4. Sin perjuicio de los demás artículos de la presente parte, cuando resulte necesario en el caso de una solicitud que pueda ejecutarse sin necesidad de medidas coercitivas, en particular la entrevista a una persona o la recepción de pruebas de una persona voluntariamente, aun cuando sea sin la presencia de las autoridades del Estado parte requerido si ello fuere esencial para la ejecución de la solicitud, y el reconocimiento de un lugar u otro recinto que no entrañe un cambio en él, el fiscal podrá ejecutar directamente la solicitud en el territorio de un Estado según se indica a continuación: a) cuando el Estado parte requerido fuere un Estado en cuyo territorio se hubiera cometido presuntamente el crimen, y hubiere habido una decisión de admisibilidad de conformidad con los artículos 18 y 19, el fiscal podrá ejecutar directamente la solicitud tras celebrar todas las consultas posibles con el Estado parte requerido; b) en los demás casos, el fiscal podrá ejecutar la solicitud tras celebrar consultas con el Estado parte requerido y con sujeción cualquier condición u observación razonable que imponga o haga ese Estado parte. Cuando el Estado parte requerido considera que hay problemas para la ejecución de una solicitud de conformidad con el presente apartado, celebrará consultas sin demora con la Corte para resolver la cuestión.

requieran de coacción- sin que medie autorización del Estado.

En Ecuador se presentó, al parecer, esta problemática al igual que en España, Francia y ahora en México. En dichos países se alegaba que el fiscal de la Corte en determinadas circunstancias estaría usurpando funciones propias de las instituciones facultadas para llevar a cabo investigaciones en el territorio de un Estado parte. Dichas atribuciones, por lo general, se les otorgan a los juzgados de instrucción, a los fiscales o ministerios públicos.

E. COSA JUZGADA Y NE BIS IN ÍDEM

El Estatuto de Roma en su artículo 20 establece que nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por ella, ni tampoco por otro tribunal por los crímenes por los que la Corte ya le hubiere sancionado o absuelto⁷¹. Asimismo, los Estados se obligan con el Estatuto a que sus tribunales se vean impedidos de procesar a quien hubiese sido condenado o absuelto por la Corte Penal Internacional. Es decir, el Estatuto contempla el derecho fundamental y

garantía de derecho penal que consiste en que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Sin embargo, la fracción tercera del artículo 20 del Estatuto contempla la posibilidad de que la Corte Penal Internacional revise los procedimientos substanciados en sede doméstica que se presume no sean de buena fe⁷². Dicha fracción tercera establece lo siguiente:

Artículo 20. Cosa juzgada [...] 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención

⁷¹ Artículo 20 del Estatuto.

⁷² La cosa juzgada significa «la inmutabilidad de las sentencias firmes» y el *ne bis in idem* el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. Para un acercamiento al tema, ver: Manuel Garrido, *La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada*, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, Buenos Aires, CELS, *Ad*Hoc*, Universidad Nacional de Lanús, 2001, en particular pp. 157 y ss.; asimismo, ver: Augusto Ibáñez, *La cosa juzgada y el non bis in idem en el sistema penal. Una visión para el cumplimiento del Estado social de Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997. El artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los reconoce de la siguiente manera: *Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.*

de someter a la persona a la acción de la justicia.

Por otro lado, las constituciones de varios Estados⁷³ de la región, por ejemplo Colombia⁷⁴, Ecuador⁷⁵, México⁷⁶, Perú⁷⁷ y Venezuela⁷⁸, reconocen el derecho a no ser juzgados dos veces por el mismo delito o *ne bis in idem*. Ello podría representar un problema de incompatibilidad con la fracción 3 del artículo 20 del Estatuto.

IV. LAS MANERAS DE RESOLVER LOS PROBLEMAS

Frente a los problemas de constitucionalidad como los antes mencionados, la experiencia comparada nos ha mostrado que los Estados los han podido resolver utilizando alguna de las dos vías que a continuación desarrollaremos.

A la primera de ellas, la doctrina la ha denominado interpretación armónica⁷⁹. Dicha interpretación consiste en que las normas constitucionales se deben leer frente al Estatuto tomando en consideración la teleología o razón de ser del mismo. Por consiguiente, para llevarla a cabo se valora la importancia que tiene el Estatuto como instrumento

para la paz y seguridad internacionales, como instrumento contra la impunidad, así como mecanismo disuasorio que servirá para prevenir violaciones masivas o sistemáticas o a gran escala del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Así, Costa Rica, Ecuador, España y Venezuela, frente a las disposiciones constitucionales que presuponían un obstáculo, hicieron una interpretación armónica del Estatuto, lo que les permitió ratificar sin modificación constitucional. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en su dictamen sobre la compatibilidad del Estatuto con la Constitución, señala que para la revisión de la compatibilidad entre ambos partiría de tres premisas que servirían como elementos de interpretación: (i) en primer lugar, que el Estatuto de Roma tiene como objeto y fin la protección de los derechos humanos, *pues al establecer los delitos más graves que pueden darse contra la humanidad y sancionar a los responsables se busca que impere el respeto a los derechos de la persona;* (ii) en segundo lugar, que la Corte se crea para promover la paz y seguridad

⁷³ Por lo menos dos Estados de la región, Bolivia y Chile, no reconocen este derecho en sus respectivas constituciones.

⁷⁴ Artículo 29: «[...] Quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho».

⁷⁵ Artículo 24: «Para asegurar el debido proceso [...] 16. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa».

⁷⁶ Artículo 23 constitucional.

⁷⁷ Artículo 139: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».

⁷⁸ Artículo 49: «El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: [...] 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente».

⁷⁹ «[...] a growing number of States that have concluded that their constitutional provisions are consistent with the Statute, and thus amendment is unnecessary. In these cases, closer analysis of the Rome Statute together with the relevant constitutional provisions has led to an abeyance

internacionales; y (iii), en tercer lugar, que en el Estatuto se garantizan los derechos de las personas acusadas y procesadas⁸⁰. Con esas premisas inicia el análisis de las supuestas contradicciones entre el Estatuto y la Constitución, después de lo cual concluye que no hay incompatibilidades.

La segunda manera o vía para resolver los problemas de compatibilidad es, propiamente, la modificación de la Constitución, que se puede dar ya sea porque los problemas constitucionales que se detecten son insalvables, es decir, porque una lectura armónica del Estatuto es imposible frente a la lectura y práctica de las instituciones domésticas de la prohibición expresa y clara de las normas constitucionales, o bien, porque con la reforma se garantiza la cooperación plena del Estado con la Corte y con ella no se dejaría lugar a dudas sobre la interpretación que se debe dar a la Constitución frente a las obligaciones derivadas del Estatuto⁸¹.

Brasil, por ejemplo, a pesar de que la Cámara de Diputados reconoció la compatibilidad entre el Estatuto y la Constitución en lo que se refiere a cadena perpetua y extradición de brasileños, consideró que era necesaria la modificación constitucional con objeto de mejorar la situación de la

jurisdicción de la Corte Penal Internacional y que no haya dudas sobre su aplicabilidad, ni sobre la compatibilidad con las leyes⁸². A la fecha, Brasil no ha ratificado.

Tanto Alemania como Francia modificaron su Constitución para ratificar el Estatuto. Sin embargo, las reformas atendieron a necesidades concretas de cada uno de los países. En algunos casos, los Estados aprovechan la oportunidad de reformar para resolver algunos pendientes legislativos, como más adelante veremos que hizo Alemania para facilitar la entrega de nacionales a la Corte.

En los casos en que se vaya a tomar la decisión de modificar o no la Constitución a la luz de la ratificación del Estatuto -siguiendo a la doctora Aurea Roldán- se deben tomar en consideración los siguientes aspectos: *el grado de consenso entre las fuerzas políticas -y la opinión pública- del Estado en cuanto a la conveniencia de ser parte en el tratado; el anhelo de serlo desde el inicio de su andadura; el coste político de la apertura de un proceso de reforma constitucional; la estimación de los beneficios que el Estatuto pueda surtir para la propia consolidación de las estructuras democráticas en el orden interno y eventualmente para propiciar cambios*

of initial concerns about compatibility, in favour of the view that the Statute and the constitution can in fact be read harmoniously». Helen Duffy, *National Constitutional Compatibility...*, p. 3.

⁸⁰ Ver: Informe del doctor Hernán Salgado Pesantes en el caso núm. 005-2000-CI sobre el «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», del 21 de febrero de 2001. Tomado de <http://www.iccnw.org/espanol>.

⁸¹ Helen Duffy, *National Constitutional Compatibility...*, p. 4.

⁸² «No en tanto, a pesar de esclarecidos os pontos mais polémicos, compreendemos mister que haja uma disposição constitucional a fim de melhor situar a questão da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, de forma a não restar qualquer dúvida em relação a sua pertinência com a legislação brasileira». Nilmário Miranda et al., *Proposta de emenda à Constituição Núm.*

constitucionales que ahonden en ellas; la probabilidad de que un conflicto constitucional-Estatuto de Roma llegue a plantearse realmente...⁸³

A. INMUNIDADES

Las inmunidades absolutas son sumamente útiles para la impunidad. Un reconocido experto nos recuerda que la impunidad debe terminar de manera igualitaria, es decir, sin distinciones basadas en la capacidad oficial⁸⁴. El hecho de ser Jefe de Estado o de Gobierno, miembro del Gobierno o del parlamento, representante electo o funcionario gubernamental, no debe en ningún caso eximir la responsabilidad penal de ninguna persona, como lo señala el Estatuto.

La solución más acertada con la que nos hemos encontrado es aquella que en España se hizo al interpretar el artículo 56.3 de la Constitución española sobre la inviolabilidad del rey. Al respecto, Yáñez-Barnuevo y Roldán señalan que dicho artículo se entiende como parte de un esquema

constitucional regido por otros varios principios y valores que definen y caracterizan a la monarquía constitucional española, que consiste en que los actos del rey se deben circunscribir a las funciones y obligaciones que la misma Constitución le impone y no se trata de los antiguos *privilegios reales*. Además, todos los actos del rey exigen el refrendo del Presidente del Gobierno o del Ministro correspondiente, quienes serán los responsables. Sin embargo, nos dicen dichos expertos, en la improbable hipótesis de que el monarca cometa cualquiera de los crímenes incluidos en el Estatuto sin una reacción apropiada de los mecanismos constitucionales existentes para esta clase de situaciones (en el caso de España, el artículo 59.2 de la Constitución contempla la posibilidad de incapacitar al rey), podría representar un verdadero quebrantamiento o eventual colapso del orden constitucional, llevando consigo por lo tanto, las prerrogativas o inmunidades funcionales o institucionales ahí establecidas⁸⁵.

203, de 2000, del 9 de febrero de 2000. Tomada de la página en español de la Coalición por la Corte Penal Internacional: <http://www.iccnw.org/espanol>.

⁸³ Áurea Ma. Roldán Martín, *Cuestiones de alcance constitucional en la ratificación del Estatuto de Roma*. Tomado de la página en español de la Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional: <http://www.iccnw.org/espanol/articulos.htm#Articulos>

⁸⁴ En palabras de Otto Triffler: «The end to impunity has to be achieved 'equally [with regard to all perpetrators] without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as Head of State or Government, a member of a Government or Parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence' (artículo 27). This clarification is of tremendous practical importance, because perpetrators acting in such a capacity are, as experience has shown, the most important group to be aimed at by the preventive and repressive measures available according to the Rome Statute. Members of this group quite often commit or participate in the commission of such crimes by abusing their powers & hierarchic structures, sometimes by silent toleration». Otto Triffler, «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en Claus Krieb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, p. 3.

⁸⁵ Traducción nuestra del inglés. Juan Antonio Yáñez-Barnuevo y Áurea Roldán, «ICC Statute

España ratificó sin necesidad de una reforma constitucional.

B. EXTRADICIÓN DE NACIONALES

Sobre las prohibiciones constitucionales de extraditar a nacionales a tribunales extranjeros y la obligación de entregar a los acusados o sospechosos a la Corte Penal Internacional, nos encontramos con los excelentes argumentos que ofrece el Tribunal Constitucional ecuatoriano para resolver el supuesto conflicto:

[...] no podría considerarse a la Corte Penal Internacional como un tribunal extranjero, pues se trata de una jurisdicción internacional de carácter complementario -como se dijo- creada en concordancia con el derecho internacional y con la colaboración y consentimiento del Estado parte [...] Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional puede concluir que la entrega de personas acusadas de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, de crímenes de guerra y del crimen de agresión no puede ser asimilada a la figura jurídica de la extradición, en consecuencia esta disposición del Estatuto no contradice la Constitución del Ecuador cuando señala en el artículo 25 que no se concederá la extradición a un ecuatoriano⁸⁶.

Por su lado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica⁸⁷, frente al problema de la imposibilidad de entregar nacionales a tribunales extranjeros, dijo:

[...] se tiene por evidente que la garantía del artículo 32 tiene su origen en hechos acaecidos en el país en épocas ya pretéritas. En suma, estos hechos se refieren a la expatriación de costarricenses urgida por motivaciones o móviles políticos [...] que entonces movieron a los titulares del poder público a recurrir a la expatriación de modo inevitablemente ilegítimo o arbitrario [...] La convicción política de larga tradición histórica que ha incorporado a este ordenamiento, convirtiéndola en imperativo jurídico, la visión de una comunidad pacífica, respetuosa de los derechos humanos, evidentemente refuerza garantías como la establecida en el artículo 32, pero al mismo tiempo, la perfila, en este proceso inacabado de lucha por la libertad y la dignidad de la persona humana, como una garantía cuya eficacia no puede trascender al punto de que por sí misma impida u obstaculice la consecución de los propósitos de esa lucha. La perfila y la limita, de modo que no es una garantía absoluta en los términos ya

Implementation: Spain», en Claus Krieb y Flavia Lattanzi, eds., *The Rome Statute and Domestic...*, pp. 212-213.

⁸⁶ Informe del doctor Hernán Salgado Pesantes en el caso núm. 005-2000-CI sobre el «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», del 21 de febrero de 2001. Tomado de <http://www.iccnw.org/iespanol>

⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Opinión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica*, solicitada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de ley de aprobación del «Estatuto de Roma de la

mencionados antes, sino que ha de coexistir con otras modalidades de protección de derechos fundamentales, y hasta ceder en su pretensión literal de ilimitada prerrogabilidad frente a la necesidad de realizar los valores y principios de justicia que la animan aun a ella, porque animan a la Constitución⁸⁸.

Como mencionamos anteriormente, ni Ecuador ni Costa Rica modificaron su Constitución para ratificar el Estatuto.

C. PENA DE CADENA PERPETUA

Para ejemplificar una manera de interpretar armónicamente la prohibición constitucional de aplicar cadena perpetua y la posibilidad de que la Corte Penal Internacional la aplique, emplearemos unas palabras del senador Gustavo Guerra, en el primer debate del Senado para la ratificación del Estatuto por Colombia:

Cabe anotar, además, que la competencia de la CPI es sólo complementaria y, por ello, es la justicia colombiana quien deberá pronunciarse, sólo si esto no ocurre o se hace en forma amañada, le corresponderá a la CPI hacerlo. Por último, en caso de una sanción de esta índole, no serán los jueces colombianos quienes impongan la sanción, ni las autoridades nacionales quienes la ejecuten, pues en el artículo 94 ordinal

primero del Estatuto se determina que cualquier Estado podrá manifestar a la Corte que está dispuesto a recibir condenados. En el momento de hacer esta declaración, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la CPI [...] Lo anterior significa que Colombia nunca, si ella no lo quiere, estará obligado a ejecutar una pena de este tipo en su territorio.

D. INVESTIGACIONES DEL FISCAL

Sin olvidar que Ecuador no reformó su Constitución, frente a este supuesto problema, el Tribunal constitucional de dicho país señaló lo siguiente:

[...] la investigación y persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público; según el Estatuto (artículo 54, numeral 2) se abre la posibilidad de que el fiscal de la Corte Penal Internacional realice investigaciones en el territorio de cualquier Estado parte del convenio [...] Esto significaría ceder atribuciones a la autoridad internacional y las personas acusadas estarían sujetas a los requerimientos y actuaciones de dicha autoridad, por ejemplo en órdenes de comparecencia y prácticas de interrogatorios que establece el artículo 54, numeral 3, letra b. Sin embargo, el Estado, al permitir que el fiscal de la Corte Penal Internacional realice

Corte Penal Internacional». Exp. 00-008325-0007-CO. Res: 2000-9685. Tramitado en el expediente legislativo número 13.579. Tomado de <http://www.iccnw.org/espanol/>

⁸⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Opinión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica*, solicitada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de ley de aprobación del «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». Exp. 00-008325-0007-CO. Res: 2000-9685. Tramitado en el expediente legislativo número 13.579. Tomado de <http://www.iccnw.org/espanol/>

*investigaciones en su territorio, debe considerar que se trata de una forma de colaboración internacional judicial.*⁸⁹

Por otro lado, las investigaciones de organismos internacionales en los territorios de los Estados se llevan a cabo regularmente sin que hayamos escuchado que ello contraviene facultades exclusivas de las autoridades nacionales. Nos referimos a entidades internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los comités creados a partir de diversos tratados de derechos humanos encargados de supervisar el cumplimiento por los Estados de los mismos tratados que los crean⁹⁰ y los relatores y grupos de trabajo tanto temáticos como geográficos, creados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Para el desempeño de sus funciones, dichos organismos hacen lo que se conoce como visitas *in loco* o *in situ* que consisten en acudir a los lugares en donde consideran que se deben

atender violaciones a los derechos humanos y hacen investigaciones en el terreno para determinar si efectivamente el Estado cumple o no con sus obligaciones internacionales en la materia.

Además, conforme a los pactos que los rigen y a sus reglamentos operativos, los Estados deben ofrecer todas las facilidades para que desempeñen su trabajo sin restricciones, incluida la libertad de circular libremente por el territorio nacional y entrevistar a las personas que consideren necesario para determinar la responsabilidad o no del Estado, sin la presencia de autoridades del mismo⁹¹.

E. *NE BIS IN IDEM*

Sobre el *ne bis in idem*, por ejemplo, en particular sobre el artículo 20, fracción 3, del Estatuto, nuevamente retomemos lo que nos enseña el Tribunal Constitucional ecuatoriano, que en su fallo señaló que:

Se trata de tres hipótesis que abren la posibilidad de un segundo

⁸⁹ Informe del doctor Hernán Salgado Pesantes en el caso núm. 005-2000-CI sobre el «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», del 21 de febrero de 2001. Tomado de <http://www.iccnw.org/espanol>

⁹⁰ Por ejemplo, ver: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención para la erradicación de la violencia contra la mujer, entre otros.

⁹¹ En México, por ejemplo, en los últimos cuatro o cinco años hemos tenido visitas de un gran número de ellos. Recordemos la visita *in loco* que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo a México en 1996; la visita del Relator especial sobre la cuestión de la tortura, Sir Nigel Rodley; la visita de la presidenta del grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas; el Relator sobre la independencia de jueces y abogados; los miembros del Comité contra la Tortura. Además, México es parte del Protocolo I de los Convenios de Ginebra de 1977, en el que en su artículo 90 se establece la creación de una Comisión Internacional de Encuesta para la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales que se integrará por 15 miembros designados por los Estados partes del Protocolo, y que en caso de que los Estados en conflicto lo soliciten, entre otros, tendrá competencia para: «i) proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo o como cualquier otra violación grave de los Convenios o del presente Protocolo».

enjuiciamiento contra la persona por hechos que fueron ya considerados en un proceso anterior. La finalidad es de impedir la impunidad que -como se dijo- es el propósito básico de la creación de la Corte Penal Internacional. Además, esta situación es realmente excepcional, la cual no podría ocurrir en un Estado democrático de Derecho donde la institución judicial actúa con independencia e imparcialidad y aplica las garantías básicas del debido proceso. En consecuencia, si se analiza esta norma del artículo 20, contenida en el numeral 3, y se la contrapone a los numerales 1 y 2 del mismo artículo, se llega a la conclusión que el principio general que orientará a la Corte Penal Internacional es el de respetar la cosa juzgada, en el sentido de que si una persona ya fue juzgada bajo las reglas de debido proceso no volverá a serlo por segunda vez, sólo por excepción habrá lugar a un nuevo juicio cuando se den las circunstancias señaladas anteriormente.

V. EVALUACIÓN GENERAL

Esperamos que con este ejercicio hayamos podido compartir algunos de los problemas que han tenido que enfrentar otros Estados con una tradición jurídica similar a la nuestra, las opciones que se les presentaron para

resolverlos y la manera en la que lo hicieron.

Tenemos la oportunidad de ser Estado fundador de la Corte y, por tanto, participar en las primeras sesiones de la Asamblea de Estados partes, que, como vimos, serán fundamentales para que funcione correcta, independiente e imparcialmente, ya que se designarán jueces y fiscales, y se aprobarán, entre otros instrumentos, las reglas de procedimiento y prueba y los elementos de los crímenes⁹², pero para ello es urgente la ratificación. Además, ya es tiempo de que nuestro país asuma con hechos su compromiso con la lucha contra la impunidad y le ofrezca a la población garantías permanentes de que esta clase de crímenes no volverán a quedar impunes, por lo que exigimos a los responsables del proceso de ratificación -con reforma constitucional o sin ella- que lo concluyan a la brevedad.

VI. COROLARIO

En México hay quienes preferirían modificar la Constitución -e incluso hay quienes preferirían que se modificara la legislación secundaria como el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar- antes de proceder a ratificar el Estatuto. Para ellos, el Estatuto es un instrumento defectuoso y para arreglarlo consideran necesario modificar la Constitución y la

⁹² «A procedure, separating between ratification and implementation has two advantages: to deal with the ratification first and quick puts the State in the position to join the group of the 60 States needed to enforce the Statute or at least those States, constituting the first Assembly of States Parties and, thus, having voting power in that group right from the beginning, instead of being only observers in the Assembly' as provided in Art. 112 paragraphs 7 and 1 sentence 1, respectively». Otto Trifflerer, *Implications of Ratification and...*, p. 11.

legislación secundaria, de tal manera que aquél se incorpore al derecho interno mexicano.

Para nosotros es posible ratificar el Estatuto sin necesidad de modificar la Constitución, ya que los problemas que se arguyen son inexistentes. Sería importante que como paso inicial, antes de pensar en la modificación de la Constitución, se hiciera una lectura armónica del Estatuto frente a ella.

Para esto también sería importante que se revisaran los tratados internacionales de los que México es parte y que contienen obligaciones similares que en principio no representaron contradicciones con la Constitución. La modificación de la legislación secundaria, como la mencionada anteriormente, es un asunto prematuro que debiera esperar y ello dependerá de si se decide elaborar una ley única de implementación del Estatuto en la que se incluyan aspectos sustantivos y procesales o bien si se opta por reformar las disposiciones de los códigos y leyes aplicables.

A pesar de que para nosotros no existe conflicto entre el Estatuto y la Constitución, como lo hemos defendido en varias ocasiones, sería conveniente, como lo hicieron Brasil y Alemania, hacer una reforma constitucional para que no haya dudas sobre la importancia que tiene la lucha contra la impunidad en México, pero sobre todo para que

se garantice que en el futuro el Estado mexicano cooperará plenamente con la Corte para llevar a cabo sus funciones de mecanismo para la paz y seguridad y contra la impunidad.

Asimismo, se podría aprovechar la reforma para contar con el fundamento constitucional para cooperar plenamente con la Corte y los otros Tribunales Penales Internacionales creados por el Consejo de Seguridad⁹³.

Además, y siendo que el mayor número de obligaciones derivan de la cooperación (internacional) judicial-penal y el marco constitucional en la materia lo define el artículo 119 (que habla de la entrega de personas de tribunales locales a federales y de tribunales mexicanos a extranjeros), consideramos que ése sería el artículo constitucional en el que se ajustaría una posible reforma. La misma debería consistir en la adición de un párrafo en el que se reconozca que -palabras más, palabras menos-: *El Estado mexicano cooperará plenamente con las investigaciones y enjuiciamientos de los Tribunales Penales Internacionales. Dichas investigaciones y enjuiciamientos, así como todas las solicitudes de detención y entrega de personas por los Tribunales señalados anteriormente se desahogarán en los términos de sus Estatutos y de la Ley reglamentaria sobre cooperación internacional que para tales efectos se promulgue.*

⁹³ No nos parece razonable tampoco que, por un lado, se pretenda ingresar a México al Consejo de Seguridad y, por el otro, no se reconozca la jurisdicción de los tribunales creados por el mismo en aplicación del capítulo VII de la Carta de la ONU, para mantener la paz y seguridad internacionales. Las medidas tomadas en el marco de dicho capítulo son vinculantes y obligatorias para todos los Estados partes de la Organización. Así reconoció la obligatoriedad de dichas resoluciones el Secretario de Relaciones Exteriores en su comparecencia al Senado el pasado 13 de septiembre de 2001. Para conocer su posición al respecto. Ver: <http://www.sre.gob.mx>