

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y LAS JURISDICCIONES NACIONALES

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ*

Sumario

I. Introducción, II. Antecedentes de la Corte Penal Internacional, III. Beneficios Potenciales de la Corte Penal Internacional, IV. El conflicto de jurisdicciones, V. Finalidad del Proceso Penal Internacional, VI. Puntos de debate para la nueva jurisdicción Penal Internacional, VII. Recuperación de la Jurisdicción Nacional, VIII. Las Implicaciones en el Derecho Interno, IX. Posibles soluciones legislativas nacionales, X. La voluntad Internacional, XI. El destino de la Corte Penal Internacional.

I. Introducción

Esta no es la hora del optimismo. Sin embargo, debe ser la del esfuerzo. Y en ambos sentidos cobra presencia y urgencia la idea de una jurisdicción penal internacional. En meses recientes se hizo de lado la vieja propuesta de resolver los conflictos bajo el imperio del Derecho. Por la pendiente se deslizaron el concepto de seguridad colectiva y el orden creado a partir de la Carta de las Naciones Unidas. ¿Cómo pensar, entonces, en una jurisdicción internacional

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

a la que todos se sometan, con serena convicción y ánimo dispuesto? Sin embargo, la idea de esa jurisdicción persiste, y acaso habrá de perdurar hasta instalarse en un mundo que se pliegue, con decisión platónica, al gobierno de las leyes. El mundo se enfrenta, como tantas veces, al destino de Sísifo: hace unos días la piedra rodó de nuevo. Y una vez más habrá que empujarla cuesta arriba.

El 17 de julio de 1998 se formalizó un compromiso entre lo deseable y lo posible. El Estatuto de Roma, a medio siglo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), creó la Corte Penal Internacional, es decir, la primera jurisdicción penal internacional constituida por la comunidad de las naciones. Llegó hasta Roma, luego de diversas estaciones, la proclamación de Grocio cuando emprendió —pronto hará cuatrocientos años— un tratado que expusiera ese “derecho común que vale para las guerras y en las guerras”, porque es inadmisibile “que en (ellas) caducan todos los derechos”.

Antes de Roma, la Carta de las Naciones Unidas había resuelto que la protección de los derechos humanos cesaba de ser un asunto doméstico y se afirmaba como “el tema” de la sociedad humana. El Derecho penal internacional de nuestros días supone llegado el momento en que el hombre es sujeto del Derecho de gentes: interesa al mundo, que lo inviste de libertades, prerrogativas, derechos y garantías, pero también de deberes. De éstos provendrá la instalación de un orden punitivo —como señaló Jescheck— y la imputación a las personas naturales, ya no sólo a los Estados, de ciertas responsabilidades.

II. Antecedentes de la Corte Penal Internacional

La idea que se halla en el eje de estas preocupaciones viene del siglo XVIII. En éste arraigó, desde varios orígenes, el constitucionalismo “antropocéntrico”, para decirlo con la expresión de Häberle.

Las grandes declaraciones aceptaron que el fin de la asociación política es la vigencia de los derechos del ser humano. Lo mismo asegurarían, en su hora, las declaraciones y los pactos internacionales del siglo XX, expresiones de un Derecho emergente. Y a esto se aplicaría, con el signo del crimen y el castigo, un haz de instrumentos e instituciones.

La Corte Penal Internacional tiene varios antecedentes directos: el tribunal de Derecho humanitario que pretendió Gustavo Moynier para guarecer la Convención de Ginebra de 1864 y sus artículos adicionales de 1868; el fallido sistema del Tratado de Versalles, que produjo muy hondas frustraciones; la propuesta del barón Descamps, presidente del comité consultivo de los juristas que planearon el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia; el intento de 1937 para contar con un tribunal internacional que enjuiciara a los responsables de terrorismo; las propuestas adelantadas en los años de la Segunda Guerra por los gobiernos en el exilio y los jefes de las grandes potencias; los tribunales de la postguerra: Nüremberg —el juicio que sería juzgado por la historia, como predijo el fiscal Jackson—, y Tokio; las tareas de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en procuración de un código y una corte para los crímenes de gravedad suprema; la idea de un tribunal internacional que enjuiciara a los responsables de genocidio, estatuida en la Convención de 1948; los tribunales *ad-hoc* que juzgarían —y ahora lo están haciendo— los crímenes perpetrados en la ex Yugoslavia y en Ruanda.

No ha sido fácil erigir el Derecho penal internacional, y tampoco lo ha sido caracterizarlo. Cherif Bassiouni se refiere a sus dos vertientes: los aspectos internacionales del Derecho penal, relativos al auxilio persecutorio, sobre todo; y los aspectos penales del Derecho internacional, en los que reside el énfasis contemporáneo: delitos y penas del orden mundial, la enorme novedad que trajo la segunda mitad del siglo XX y que ingresó con fuerza en el XXI.

El nuevo Derecho penal internacional ha emprendido la elaboración de tipos, la conminación de penas y la edificación de un sistema aplicativo con vocación ecuménica. Nüremberg y Tokio se

abatieron sobre naciones derrotadas. ex Yugoslavia y Ruanda no han gravitado sobre Estados poderosos. En estos casos la sociedad política había sucumbido en la fragmentación y el enfrentamiento. La Corte Penal Internacional se halla en una situación totalmente distinta y comienza a enfrentar, para bien o para mal, las consecuencias.

El Derecho penal internacional es una criatura extraña tanto para el Derecho penal como para el Derecho internacional. Producto de ambos, cuenta con una “personalidad dividida”, como ha señalado el mismo Bassiouni. En él se han depositado garantías preciosas que fijan el lindero entre lo lícito y lo ilícito, lo admisible y lo inaceptable. Es la última frontera en el encuentro entre el individuo y el poder político. Pero esta no es la única fuente de las resistencias. Hay otra, no ya de justicia criminal, sino de orden constitucional: la soberanía. Frente al argumento de que se abdica de la soberanía, aparece la respuesta: no es así; aquélla se ejerce y en ese ejercicio conviene en compartir o delegar la jurisdicción penal, uno de sus reductos.

El resultado del esfuerzo que se hizo antes de la Conferencia de 1998 y en esta misma, avalado por el voto favorable de ciento veinte Estados, la abstención de veintiuno y el sufragio adverso de siete (con gran peso específico algunos de ellos, lo que acredita el realismo de la expresión: en la sociedad internacional es “tan importante pesar los votos como contarlos”), se resume en el concepto que figura en el Preámbulo del instrumento, asociado con el artículo 1º: una “Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia internacional en su conjunto”, y que sea “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

En Roma —y después de Roma— aparecieron algunos elementos polémicos que distanciarían las posiciones de los participantes. Tuvieron que ver con cuestiones primordiales: la formulación de los delitos, desde una muy amplia hasta otra restringida que no atara demasiado las manos de los poderosos; el deslinde entre las potes-

tades de las jurisdicciones nacionales y las atribuciones de una jurisdicción del mundo; la independencia del tribunal, sustraído o no al influjo del Consejo de Seguridad, que es tanto como decir al peso de los miembros permanentes; el principio de la persecución universal, asediada por el *placet* del Estado de nacionalidad del acusado; la posibilidad de atraer a países que no sean Parte en el Estatuto; las obligaciones de cooperación que gravitan sobre los Estados comprometidos.

III. Beneficios Potenciales de la Corte Penal Internacional

Un análisis optimista de la jurisdicción consagrada en Roma, si se mira con buenos ojos e imaginación juiciosa, atribuye a ésta varias consecuencias plausibles, todas en potencia. Si se presentan efectivamente habrán impuesto un giro rotundo en favor de la justicia. Se dice que la jurisdicción penal internacional cierra la puerta a soluciones unilaterales, impositivas o violentas; reduce la impunidad por los crímenes más graves; impulsa a la jurisdicción nacional para que asuma con entereza y competencia el papel que le corresponde; propicia mejores estándares de justicia interna; contribuye a la independencia de los poderes judiciales; favorece la seriedad, la objetividad y la imparcialidad en el proceso; acredita el tema de los derechos humanos en los ámbitos interno e internacional; auspicia la democracia y fortalece el Estado de Derecho; aísla a los gobiernos que miran con indiferencia la violación de los derechos fundamentales; genera una práctica de rendición de cuentas (*accountability*), y promueve el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. Gran cosecha.

IV. El conflicto de jurisdicciones

La creación de una zona de contacto entre las disposiciones del Derecho internacional y las del Derecho nacional renueva un tema

difícil: la relación funcional y jerárquica entre aquél y éste. Sea cual fuere la solución, lo cierto es que el establecimiento de un Derecho penal internacional (y asimismo la de una tutela jurisdiccional internacional de los derechos humanos) supone cierta deficiencia del orden nacional naturalmente competente. Es entonces cuando el internacional interviene con aire de emergencia, y suele actuar conforme a la regla de oro de la emergencia: poder inexorable.

Esta es una cuestión trascendente que se zanja en el Derecho constitucional, cuando éste regula el papel de las normas internacionales frente al ordenamiento interno, y en el Derecho de gentes mismo, que fija sus propias reglas y dispone sus fronteras. A partir de aquí se erige una nueva arquitectura jurídica, particularmente densa e intensa en tiempos de mundialización, como los nuestros.

El Derecho penal nacional, tutelar de bienes jurídicos, tiene una cantera cierta: la Constitución democrática. El Derecho penal internacional posee la suya: el *jus cogens*. Ambas se instalan en la dignidad humana. Doble cantera, pues, que nutre los tipos penales internacionales, desde la agresión y los crímenes de guerra hasta el genocidio y los delitos de lesa humanidad. La preocupación por amparar aquellos bienes con el escudo que provee la conminación penal se ha depositado en varios círculos concéntricos del orden jurídico: la ley interna, los convenios sobre crímenes o delitos específicos y el Estatuto de Roma. Son los tiempos y episodios de un largo recorrido.

La idea de que hay bienes comunes a la humanidad entera, y de que esto trae consigo la exigencia de una represión mundial de los crímenes que los lesionan, puso en movimiento —y ahora en boga— el principio de jurisdicción universal, en sus dos dimensiones: persecución asumida por cualquier Estado más allá de sus fronteras formales, y persecución acordada por los Estados en conjunto, sea porque resuelvan hacer, de consuno, lo que podría cada quien por su parte, como se dijo en Nüremberg, sea porque la comunidad de bienes y la unión de fuerzas supongan una potestad naciente y distinta.

Cuando no había tribunales penales internacionales y se requería ampliar el espacio de la persecución, pareció natural que los Estados ejercieran una jurisdicción universal. Algunos lo hicieron. Marcharon por diversas vías, a las que no fueron ajenas ni la extradición ni el secuestro, “regularizadas” bajo el concepto *male captus bene detentum*. Ahora bien, instituida la jurisdicción que encarna en la Corte Penal Internacional, pudiera haber llegado el momento de revisar estas persecuciones, para “poner orden en el orden penal”, pero también para evitar el forum shopping, puerta de acceso a la lenidad o a la impunidad.

La solución de Roma reconoce que el compromiso, el derecho y la jurisdicción corresponden en primer término al Estado, y sólo después, en defecto de éste, a la comunidad internacional. Consagra, pues, el principio de complementariedad. Este descansa en un reconocimiento de doble espectro: jurídico, que preserva el Derecho originalmente aplicable, y político, que admite la función protagónica de los Estados y sabe que sin éstos o contra ellos difícilmente habría justicia sistemática y suficiente. En este sentido, complementariedad significa también excepcionalidad. De no ser así, sobrevendría el colapso de la justicia internacional.

Las ventajas de la complementariedad radican en que: a) es un espacio de convergencia y conciliación entre los conceptos de soberanía, por una parte, y de operación y salvaguarda de un orden jurídico internacional, por la otra; b) no desplaza, excluye o absorbe las atribuciones, obligaciones y facultades originales del Estado, que tiene a salvo su potestad de regular y actuar en primer término; y c) no desconoce el desarrollo del orden jurídico en su conjunto, que asigna un papel relevante al sistema internacional como segunda línea de garantía, en forma subsidiaria y segura. Evidentemente, la operación del principio de complementariedad supone la existencia amplia y suficiente de reglas, instrumentos y procedimientos internos que le permitan operar.

Con la mirada puesta en los principios jurisdiccionales tradicionales, en el estado actual del Derecho y las relaciones interna-

cionales y en la necesidad de lograr el consenso en Roma —para favorecer un punto de partida, que no es también, por fuerza, un punto de llegada— el Estatuto articuló la jurisdiccionalidad de la Corte con el sencillo epígrafe del artículo 12, precepto clave: “Condiciones previas para el ejercicio de la competencia”.

En primer término, la Corte puede ejercer sus atribuciones en relación con los crímenes perpetrados en el territorio de un Estado Parte o por nacionales de éste. Esta categoría tiene raíz en los conceptos de territorialidad y nacionalidad activa, que son la base de la jurisdicción interna, trasladada a la CPI por el Estatuto de Roma.

En segundo término, la Corte puede ejercer esas atribuciones, independientemente del lugar en el que se cometieron los crímenes y de la nacionalidad de la persona que los realizó —es decir, sin la voluntad de los Estados respectivos—, cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas haga la remisión del caso. Esta posibilidad extiende considerablemente la potestad del sistema internacional de justicia penal y lleva a mayor profundidad el principio de jurisdicción universal, pero deposita en una sola instancia la “palanca” para que el sistema opere con esa extensión y esa profundidad.

La complementariedad entra en juego cuando llega el momento de investigar o juzgar un crimen previsto en el Estatuto. Se puede decir, en síntesis, que si hay una jurisdicción nacional dispuesta, capaz y suficiente, el asunto debe quedar a su cargo; de lo contrario, la investigación, el juicio y la sentencia incumben a la jurisdicción internacional.

V. Finalidad del Proceso Penal Internacional

Para resolver el punto será preciso explorar el propósito con que se desarrolla el procedimiento —el Estatuto de Roma propone una pregunta: ¿se trata de sustraer al acusado de su responsabilidad penal?—; y también resultará necesario analizar —ponderar, inclu-

sive— la independencia y la imparcialidad del tribunal, como prendas de la intención de hacer justicia. No siempre será fácil desen-
trañar, con certeza, los propósitos y las intenciones.

La Corte Penal Internacional, que resuelve sobre la admisibili-
dad del caso y acerca de su propia competencia, también decide
acerca de la voluntad y la aptitud del Estado para llevar adelante el
procedimiento. Es decir, para juzgar a un justiciable hay que juzgar
primero a la justicia que lo convoca. El “juicio sobre la justicia” se
halla en la lógica misma del tratado, y desde luego en sus precep-
tos. He aquí una tierra movediza, por la que se transitará con difi-
cultad. Andando sobre ella se puede llegar al principio *ne bis in*
idem y al sagrario de la cosa juzgada.

Ne bis in idem ha estado en el centro de la controversia en al-
gunos escenarios nacionales. En esa regla, que fue de oro, reside
la seguridad jurídica, no siempre la justicia. El postulado *ne bis in*
idem supone la actuación del órgano que naturalmente garantiza
aquella: un tribunal “confiable”. Esto no significa tribunal perfecto,
pero supone que el juez tenga la intención de hacer justicia, que
disponga de las condiciones para ello y que actúe con ese propósi-
to. Si no es así, el tribunal dejaría de merecer este nombre y cesaría
de ser garantía de seguridad jurídica, para generar, en cambio, una
inseguridad general. De ahí que no puedan prevalecer sus resolu-
ciones.

VI. Puntos de debate para la nueva Jurisdicción Penal Internacional

Veamos algunas cuestiones que podrán suscitar duda y debate en
este campo.

1. Habrá materia para la deliberación cuando la ley interna sea
más “benigna” que la internacional, sin que esto implique necesari-
amente una intención de impunidad por parte del legislador do-
méstico, y mucho menos del juez nacional. La benignidad no

tendría que ver sólo con las descripciones típicas o las punibilidades; las interrogantes pueden surgir en otros campos. Por ejemplo, en el Estatuto la intención y el conocimiento que integran el dolo se refieren sólo a los elementos materiales del crimen. ¿Qué sucederá si la ley nacional exige más que eso: conocimiento de otros elementos del crimen, en cuya ausencia no se configura la intención?

2. También habrá materia para el debate cuando los órganos de la justicia interna, comprometidos con un proceso de reconciliación nacional, apliquen un trato benévolo al inculpado. Se actualizará el dilema entre justicia y paz que han invocado los adversarios de la jurisdicción universal. Pero también se tendrá en cuenta la reprobación muy firme de las “autoamnistías”, que últimamente se proyectó sobre el acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para establecer en este país un tribunal *sui generis*.

3. Se plantea otro punto inquietante cuando rige en la ley nacional el principio de oportunidad persecutoria, que también existe en la internacional. En varios Estados ha ganado terreno cierta facultad de la autoridad para apreciar la pertinencia de instruir un proceso. Esta espada tiene doble filo: es disolvente de la justicia o contribuyente a la equidad y a la paz. La oportunidad tiene asiento en el Estatuto, como adelante veré, y puede detener la justicia internacional, pero también puede frenar la nacional —que es lo que me interesa destacar en este punto—, y con ello abrir la puerta para el ejercicio de la complementariedad.

Para que funcione la complementariedad se necesita coincidencia o congruencia de normas, aunque no precisamente identidad, entre el orden complementado y el complementario: el nacional y el internacional. De otra suerte operaría, en vez de un sistema de espejos, uno de círculos excéntricos que convertiría la atracción internacional en regla, por deficiencia de la justicia nacional. A mi juicio, la coincidencia o congruencia sólo significa posibilidad de que la jurisdicción interna llegue por sí misma, en lo esencial, al resultado que produciría la internacional. Así se acreditan la voluntad de perseguir y la capacidad de hacerlo.

La ausencia de tipos nacionales suficientes y consecuentes con los internacionales, así como otras diferencias o discrepancias normativas tan profundas que conduzcan a la dilusión del sistema de responsabilidad penal que se convino en Roma, acreditarían falta de voluntad persecutoria. En este campo, los Estados deberán tomar en cuenta tanto las descripciones contenidas en el Estatuto como los datos —que en muchos casos son verdaderos componentes del tipo— recogidos en el documento denominado “Elementos de los Crímenes”, una pieza anómala para la ortodoxia penal.

Además, los Estados no podrían ignorar que el Derecho penal internacional se abastece en la costumbre, los principios generales del Derecho y la conciencia de las naciones, a diferencia del Derecho penal de los países con tradición continental europea, regularmente arraigados en una legalidad que reclama *lex scripta, praevia, stricta y certa*. Ahora mismo, el Reino Unido ha recordado en su Ley de Implementación del Estatuto de Roma y en su Ley de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, del año 2000, que se hallan en esta categoría las conductas así consideradas por el Derecho internacional convencional o consuetudinario, o así calificadas al amparo de los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de las naciones, “hayan sido o no contrarias a la ley vigente en el tiempo y en el lugar en que fueron cometidas”.

VII. Recuperación de la Jurisdicción Nacional

La operación de la complementariedad sugiere otros temas. Entre ellos subrayo lo que se pudiera llamar “recuperación de la jurisdicción nacional”, que entra en el escenario cuando observamos desde una perspectiva contraria a la acostumbrada.

1. Sobrevendría esa recuperación una vez que ha concluido el procedimiento internacional, sin sentencia que absuelva o condene. Aquí surge el reencuentro, por así decirlo, entre el sistema penal internacional, que había avanzado, y el nacional, que se había re-

traído. El hecho de que aquél hubiese iniciado el conocimiento no impide que éste derive a un tribunal interno.

2. Aquí aparece de nuevo el principio de oportunidad, no ya porque el Estado lo aplique y la jurisdicción internacional lo repruebe —como en la hipótesis a la que antes me referí—, sino porque es ésta quien lo aplica y aquél quien lo rechaza. La autoridad internacional puede declinar el conocimiento de unos hechos que conservan íntegramente su condición delictuosa. Si esto ocurriera, el sistema internacional habría contribuido a la impunidad, en vez de evitarla, como es uno de sus objetivos declarados.

La oportunidad entra en juego bajo dos conceptos, cuyo alcance habrá de establecer la Corte. Uno es la gravedad de los hechos delictuosos; otro, el interés de la justicia. La primera tiene que ver, naturalmente, con el bien jurídico afectado y la magnitud de la lesión causada, y el segundo con la pertinencia de perseguir y sancionar, tomando en cuenta las características del caso y la forma en que éste se proyecte sobre su circunstancia. En algunos preceptos, la invocación de la justicia apareja una referencia más o menos inmediata a la equidad, la seguridad, la paz, la conveniencia social o política, el mal menor.

Con estas bases, el Fiscal debe adoptar las determinaciones que considere pertinentes —o dicho de otra manera, oportunas— a propósito de: *a)* la procedencia de la investigación, y *b)* la procedencia del enjuiciamiento una vez realizada la investigación. En algunas de las situaciones a las que me he referido, el procedimiento concluye sin sentencia de fondo y surge el tema que ahora examino.

3. Obviamente, el supuesto más relevante en el ámbito de la oportunidad es el que surge cuando el Consejo de Seguridad suspende un procedimiento. La suspensión provoca una crisis en la operación de la complementariedad. La razón de ser de ésta es el combate contra la impunidad: interviene la justicia internacional porque la nacional no quiso o no pudo actuar. Pero la intervención suspensiva del Consejo de Seguridad invierte las cosas: es la justi-

cia internacional la que no actúa. Se abre un paréntesis de impunidad en el ejercicio de la punición. Y ese paréntesis puede prolongarse *sine die*.

4. La justicia interna puede asumir el conocimiento de hechos planteados ante la internacional cuando venga a cuentas la responsabilidad colectiva, excluida del Estatuto de Roma a diferencia de lo que se previno en Nüremberg. La exclusión desemboca en el olvido internacional de una responsabilidad penal que pudiera existir conforme a la legislación nacional. Por ello, la cuestión podría retornar a la jurisdicción interna para que ésta deduzca sus consecuencias en relación con personas colectivas.

5. Una hipótesis más de “recuperación de la jurisdicción nacional” puede plantearse con motivo de la reparación del daño. Es posible que la ley nacional contenga disposiciones más favorables para la víctima que las previstas en los principios sobre reparación establecidos por la Corte. En estos casos la víctima podría formular ante los tribunales internos, conforme a la ley doméstica, la pretensión de resarcimiento. Esto se deduce del propio Estatuto, que previene: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo (el 75) podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

6. Por último, en caso de participación delictuosa puede suceder que algunos responsables no sean investigados por el Fiscal ni procesados por la CPI. Esto no impedirá que la jurisdicción nacional se ejerza con respecto a esos participantes. Se entiende que las cortes penales del Estado no podrán abrir causas ya tramitadas ante la Corte Internacional —identificables por la identidad de los hechos, las personas y las referencias de responsabilidad—, y las resoluciones que en su caso dicten no afectarán, desde luego, los pronunciamientos que hubiese emitido el tribunal internacional.

La colaboración internacional es el espacio en el que se despliegan los aspectos internacionales del Derecho penal. Me refiero a la asistencia libremente pactada por los Estados o brindada en

términos de reciprocidad, así como a la aplicación del principio *aut dedere aut punire*. Hoy, esa colaboración ya no se plantea apenas en la relación horizontal entre los Estados. Ha adquirido una nueva aplicación: los cauces radiales fluyen entre aquéllos y la Corte Penal Internacional, situada en el eje del círculo. Esta es “una nueva forma de cooperación”, que sugiere múltiples cuestiones en el cruce entre la jurisdicción internacional y las jurisdicciones nacionales.

VIII. Las Implicaciones en el Derecho Interno

Los Estados Parte en una convención internacional, sujetos a la cláusula *pacta sunt servanda*, no pueden declinar las obligaciones contraídas aduciendo para ello obstáculos derivados de su Derecho interno. A la manera de otros tratados que atribuyen a los Estados obligaciones específicas que suponen la creación de condiciones normativas (y de otra índole) para el cumplimiento de aquéllas, el Estatuto de Roma compromete a los suscriptores a cooperar con la Corte y a instituir los procedimientos necesarios para ello.

En consecuencia, los Estados Parte se han dado a la tarea de analizar las modificaciones a su Derecho interno para permitir, sin colisión de normas, la aplicación del nuevo instrumento. El proceso no ha sido sencillo ni pacífico. El Estatuto contempla un régimen de justicia penal que contrasta con muchas de las disposiciones existentes, algunas de las cuales gozan de tradición y prestigio y se hallan alojadas en nichos de rango constitucional. Se trata, en cierta manera, de “otro sistema de justicia penal”, que difícilmente podría recogerse en el Derecho estatal sin emprender sobre éste un trabajo quirúrgico de considerables proporciones.

La necesidad y la práctica de reformas legales determinadas por un tratado sobre jurisdicción internacional ya eran conocidas por los Estados que ajustaron sus normas y criterios frente a la colaboración internacional planteada por los tribunales de la ex

Yugoslavia y Ruanda. Esto generó una experiencia valiosa para el capítulo abierto por la CPI.

La tarea de revisión y adecuación se ha practicado en diversos tiempos y con distintos medios, según las características del problema a la luz de cada ordenamiento jurídico nacional. El iter de las reformas y la expedición de nuevas normas puede implicar pasos sucesivos, que se desenvuelven en consultas a ciudadanos y organismos, modificación constitucional, referendium —previsto en algunos sistemas—, opinión de la Corte Constitucional o de otro órgano equivalente, en su caso, ley (o acto diverso) que dispone la ratificación del instrumento y ley de implementación o colaboración, que puede tener la más alta jerarquía en la familia de las leyes.

IX. Posibles soluciones legislativas nacionales

Sobre esto último, es posible que la legislación que incorpora el Derecho penal internacional y el régimen de la CPI al sistema nacional recoja en un solo ordenamiento todas las especificidades que aquéllos implican, o revise las leyes nacionales separadamente y distinga entre disposiciones sustantivas (regulación penal) y normas de colaboración (regulación procesal). Tal vez sea preferible disponer de una ley de implementación en vez de practicar numerosas reformas a los ordenamientos existentes. No podríamos ignorar que la colaboración entre la Corte y los Estados se aplicará en contadas ocasiones; por ello no valdría la pena colmar los códigos —dispuestos para la aplicación general y cotidiana— con normas sobre situaciones verdaderamente excepcionales, con el riesgo de que éstas alteren el sistema ordinario.

En varios casos fue preciso examinar primero el tema constitucional de la Corte, como condición para ratificar el tratado, que algunos Estados suscribieron *ad referendum*. Se han presentado, regularmente, tres vías para zanjar este asunto: *a)* reforma constitucional que autorice expresa y claramente la asunción de las obligaciones contenidas en el Estatuto; *b)* interpretación constitu-

cional cuando la ley suprema ya dispone la ejecución nacional de resoluciones de órganos jurisdiccionales internacionales o introduce al orden nacional las normas y decisiones de este carácter, y c) interpretación constitucional en otros casos, sobre la base de que es posible la relectura de la ley fundamental con un sentido histórico y progresivo, atendiendo a la conveniencia de la justicia y a la buena marcha de las instituciones internacionales. Sería ver los textos constitucionales de ayer con los ojos de ahora.

En este capítulo, resultó interesante la participación de órganos judiciales de control preventivo de constitucionalidad. Dos casos característicos —que menciono a título de ejemplos— fueron los de Francia, muy frecuentemente citado y algunas veces seguido, y Ecuador. Los pronunciamientos son radicalmente distintos. El Consejo Constitucional de Francia observó discrepancias entre el Estatuto y la ley fundamental de la Quinta República. De ahí que se practicara una reforma constitucional con fórmula esencial y directa: “La República —dice el nuevo artículo 52.2— puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998”. En Ecuador, en cambio, la Corte Constitucional sostuvo que una interpretación progresiva de la Constitución permitía resolver, sin necesidad de cambio en la letra de la ley, los problemas de supuesta incompatibilidad que pudieran suscitarse.

Un tratado internacional es él y su circunstancia, para decirlo con la fórmula orteguiana. Se requiere mucho más que la firma, e incluso más que la ratificación. Hay que contar con el cimiento y el entorno que le ofrezcan certeza y prestancia. Calamandrei señaló con acierto que no basta a la democracia con la razón codificada de los preceptos; es necesario que detrás de la ley fundamental “se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad”. Y Jiménez de Asúa advirtió, precisamente al explorar los avatares del Derecho penal internacional, que el Derecho que no se respeta es apenas “una hebra de seda, que difícilmente ata las manos del agresor”.

X. La voluntad Internacional

La regla *pacta sunt servanda* es prenda y muestra del querer y el hacer internacionalista: una costumbre bruñida por la conciencia de la obligatoriedad; en otros términos, razón y conducta. Si eso no existe, tampoco existe, más allá de la apariencia, una institución internacional. Por ello no es posible desconocer que las posibilidades de aplicación del Derecho penal internacional son —como se ha escrito— “dependientes de la correlación internacional de fuerzas y de las posiciones de dominio de los diferentes países, antes que de la existencia de un orden jurídico plenamente autónomo y de igual obligatoriedad para todos los miembros de la comunidad internacional”.

De ahí que sea tan relevante el apoyo a la jurisdicción internacional que ha llegado desde muchos frentes, entre ellos el europeo y el latinoamericano. Otro tanto vale decir de las organizaciones no gubernamentales, coaligadas desde el inicio del proceso y muy activas en la defensa del Estatuto y de la ideología que éste entraña.

En el ámbito de estas consideraciones también se plantean la abstención, la resistencia franca o la acción adversa. Los Estados Unidos de América desplegaron una intensa actividad en los trabajos preparatorios del Estatuto y la han desarrollado tras la suscripción de éste. Muchos puntos de vista norteamericanos fueron recogidos en el tratado, aunque no todos. Los Estados Unidos votaron en contra del Estatuto y ahora militan en ese mismo sentido. Esto es, por cierto, mucho más que abstenerse o mantenerse fuera: la reticencia pudiera significar demolición, habida cuenta del enorme peso internacional de aquella gran nación y del ensayo de “reinterpretación” del Estatuto, que puede ser la puerta hacia una “renegociación”.

Fue elocuente la expresión del senador Jesse Helms mientras se trabajaba en Roma: “Debemos aniquilar este monstruo”. Cuando los Estados Unidos suscribieron el pacto —exactamente al final del

año 2000—, el presidente Clinton aseguró que la presencia de su país en la nómina de los suscriptores permitiría servir mejor los intereses nacionales norteamericanos: actuar desde dentro, no mirar desde fuera. Al mismo tiempo recomendó a su sucesor no llevar al Senado —porque sería inconveniente e inmanejable— la aprobación del tratado. La actual administración estadounidense ha hecho su parte a través de una amplísima gestión diplomática que propone una nueva lectura de algunos extremos del Estatuto, particularmente los artículos 16 y 98.

El Subsecretario Bolton notificó al Secretario General de las Naciones Unidas que ese país no tenía la intención de ratificar el Estatuto de Roma y que la firma puesta en éste no produciría obligación alguna para el Estado. Cuando estaba a punto de expirar el mandato para la fuerza de paz en Bosnia-Herzegovina, los Estados Unidos anunciaron en el Consejo de Seguridad que votarían en contra de la renovación del mandato. Esgrimieron el riesgo de que hubiera “persecuciones politizadas” contra personal o jefes de las fuerzas de paz.

El debate desarrollado entonces constituye una excelente *mise en scène* de la resistencia opuesta a determinados puntos del tratado, de los argumentos expresados para vencerla y de la necesidad final de acordar, bajo el imperio de las circunstancias, concesiones que permitan a la Corte avanzar a un paso más lento que el deseable, y no desarticulen programas que se estima esenciales para la preservación de la paz y la seguridad y la prevención de males mayores.

Para lograr la resolución 1423/2002, del 12 de julio de 2002, que amplió el mandato de la fuerza de paz en Bosnia-Herzegovina, fue preciso emitir también la resolución 1422/2002. En ésta, el Consejo de Seguridad resolvió que durante doce meses, contados a partir del 1 de julio, no se iniciaría ningún procesamiento contra participantes en una operación de paz que fuesen nacionales de un Estado ajeno al Estatuto.

Igualmente, el Consejo de Seguridad expresó su voluntad de prorrogar este plazo por otros doce meses, y así sucesivamente, conforme a la técnica prevista por el artículo 16 del Estatuto para detener, en general, los procedimientos ante la Corte, y decidió que los Estados miembros de la Organización no adoptarían ninguna acción inconsecuente con esa providencia y con sus obligaciones internacionales. No sobra recordar que, en rigor, ese precepto sólo abarca procedimientos en marcha, pero no contempla enjuiciamientos futuros; en otras palabras, no tiene —por sí mismo— la virtud preventiva que se le ha dado. En consecuencia, son por lo menos cuestionables las promesas de observar determinada conducta en el porvenir.

En la misma línea, se postula una lectura “especial” del artículo 98.2 del Estatuto, en relación con el 16, lo cual implica un nuevo entendimiento de ciertos aspectos fundamentales del tratado y se recoge en sendos acuerdos bilaterales. Estos, suscritos en número creciente, constituirán la plataforma bilateral para avanzar en la reconsideración o relectura multilateral y, eventualmente, en la ratificación estadounidense del Estatuto que permitiría al nuevo Estado Parte —como han dicho algunos expertos, desde el ángulo oficial— ejercer toda su influencia sobre la marcha de la Corte.

En síntesis, los pactos suscritos para “exorcizar” al Estatuto de Roma impiden que un funcionario o empleado público norteamericano pueda ser enjuiciado por la Corte si no existe, como *conditio sine qua non*, la aquiescencia del Estado de nacionalidad. Por este conducto ganaría terreno —todo el terreno, desde la perspectiva de un solo país— el principio de nacionalidad activa en la persecución penal.

XI. El destino de la Corte Penal Internacional

Los puntos de vista gubernamentales se han trasladado a los procesos legislativos. Una de las más relevantes expresiones del rechazo a la Corte, con diversas posibles consecuencias en las

relaciones internacionales de los Estados Unidos, se halla en el *American Servicemembers' Protection Act (ASPA)*, suscrita por el Presidente de ese país el 2 de agosto de 2002, que establece la distancia entre el Gobierno de los Estados Unidos y la Corte Penal Internacional.

Esa distancia se refleja en diversas medidas que se mencionan detalladamente: negativa de cooperación en investigaciones, prohibición de suministro de información y colaboración en actuaciones judiciales, limitación de operaciones militares con Estados Parte en el Estatuto, proscripción del uso de fondos públicos para programas que pudieran significar apoyo a la CPI, acuerdos bilaterales con base en el artículo 98 del Estatuto, promoción de resoluciones del Consejo de Seguridad que incluyan disposiciones sobre la inmunidad de participantes en fuerzas de paz, poderes presidenciales para liberar a funcionarios o dependientes del Gobierno de los Estados Unidos detenidos con motivo de un procedimiento ante la Corte.

Todo esto nos devuelve a la realidad. Es aquí, precisamente, donde se reproduce el perseverante destino de Sísifo, con el que inicié estas notas. El antiguo Presidente de la Corte para la ex Yugoslavia, Antonio Cassese, refirió ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de noviembre de 1994, un diálogo epistolar entre Einstein y Freud, en 1932, cuando el mundo se hallaba a un paso del abismo.

Einstein preguntó si habría algún medio para eliminar la guerra; Freud repuso que difícilmente se podría suprimir las tendencias agresivas del ser humano; pero siempre existiría la posibilidad de recurrir a “medidas paliativas” que las mitigaran. Cassese sostuvo que la Corte para la ex Yugoslavia era una de esas medidas. Tal puede ser, igualmente, la función de la Corte Penal Internacional. Y no sería poca cosa.

Para establecer un punto de vista propio, hay que imaginar el mundo sin la Corte y con ella. Ya lo hemos conocido sin ésta; lo

vemos ahora mismo; sabemos cuáles son los medios para enfrentar y resolver los conflictos, cuando no también para crearlos. Por ende, habrá que ensayar la experiencia de un mundo con la Corte; constituiría la oportunidad de animar una nueva esperanza, a sabiendas de que sería, por lo pronto, incipiente y discreta.