

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y CONSTITUCIÓN

PEDRO J. TENORIO

Profesor Titular de Derecho Constitucional
UNED

SUMARIO

I. ANTECEDENTES.- II. CUESTIÓN QUE SE PLANTEA.- III. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN.- A. Incorporación de los tratados al Derecho interno.- B. Reforma de la Constitución.- C. Mutación constitucional.- IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Y DE SU ESTATUTO.- V. COMPATIBILIDAD ENTRE PRECEPTOS CONCRETOS DEL ECPI Y NUESTRA CONSTITUCIÓN.- A. ECPI y parte orgánica de la CE.- A.1. Inviolabilidad del Rey.- A.2. Inviolabilidad de los parlamentarios.- A.3. Inmunidad de los parlamentarios.- A.4. Fuero especial de los parlamentarios.- A.5. Fuero especial de los miembros del Gobierno.- A.6. Competencias derivadas de la CE que se atribuyen al Fiscal de la CPI.- A.7. Discrecionalidad de la indemnización por error judicial.- B. ECPI y parte dogmática de la CE.- B.1. Retroactividad limitada de las normas favorables.- B.2. Imparcialidad y artículo 24 CE.- B.3. Complementariedad de jurisdicciones y principio «non bis in idem».- B.4. Principio de legalidad penal y garantías derivadas (artículo 25.1 CE).- B.5. Presunción de inocencia en el ECPI y artículo 24.2 CE.- B.6. Reclusión a perpetuidad.- VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. LA SITUACIÓN PLANTEADA TRAS LA RATIFICACIÓN DEL ECPI POR PARTE DEL ESTADO ESPAÑOL.- A. Posición de la ley orgánica (y del Consejo de Estado).- B. Postura que se mantiene.- C. La situación creada.-

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y CONSTITUCIÓN

POR

PEDRO J. TENORIO

Profesor Titular de Derecho Constitucional
UNED

I. ANTECEDENTES

La Ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE del jueves 5 de octubre de 2000) autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 (en adelante ECPI).

La Ley, aprobada por unanimidad por el Congreso de los Diputados, tras una exposición de motivos (larga comparada con su parte dispositiva pero no muy extensa si se tienen en cuenta sus consecuencias), contiene un artículo único, una disposición adicional y una disposición final.

El artículo único dice que «se autoriza la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado por España el 18 de julio de 1998».

Según la disposición adicional, «a efectos de lo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 103 del Estatuto se autoriza la formulación de la siguiente declaración: «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la

Corte Penal Internacional a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española».

La disposición final establece que la Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La ley orgánica tiene su fundamento en la aplicación del artículo 93 de la Constitución según el cual: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Sigue en ello el criterio del Consejo de Estado manifestado en dictamen de 22 de julio de 1999¹.

Se evidencia la firme voluntad de España de integrarse en el grupo de los primeros firmantes, manifestada tanto por el Gobierno como por el conjunto de las fuerzas políticas con representación parlamentaria.

Se pretende alcanzar el número de 60 ratificaciones entre los años 2001 y 2002, con objeto de que la Corte pueda entrar en funcionamiento en el plazo más breve posible².

II. CUESTIÓN QUE SE PLANTEA

La cuestión que queremos plantearnos aquí es si el procedimiento adoptado —ley orgánica de autorización— es el correcto.

Para ello se hace preciso, en primer lugar, considerar la regulación constitucional de los tratados internacionales y de la reforma de la propia Constitución; en segundo lugar, enunciar una serie de características generales del Estatuto y de la Corte; en tercer lugar, referirse a las posibles contradicciones entre el Estatuto y la Constitución. Se concluirá haciendo referencia a la situación creada con la ratificación del Estatuto.

¹ Vid «Extracto del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional», en *«Teoría y Realidad Constitucional»*, N^o 5, 1^{er} Semestre 2000, UNED-ECE Ramón Areces pp. 351 a 364, espec. p. 364.

² Sobre el proceso de ratificación, vid. YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, «El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma», *Revista española de Derecho Militar*, n^o 75, enero-junio 2000, Ministerio de Defensa, pp. 107-121.

III. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

A. Incorporación de los tratados al Derecho interno.

Nuestra Constitución es considerablemente abierta respecto del *Derecho Internacional*. En este sentido, cabe recordar que el *Preámbulo* señala la voluntad de la Nación española de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz colaboración entre todos los pueblos de la Tierra». Y el artículo 10.2 de la Constitución española (CE en lo sucesivo) dice que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Coherentemente con esta orientación internacionalista se regulan los mecanismos de recepción en los artículos 93 y siguientes CE³. Veámoslos, partiendo de los tratados menos relevantes para seguir con los que lo son más.

- a) Respecto de los tratados más sencillos, se prevé que el Gobierno debe simplemente informar de su conclusión al Congreso y al Senado (artículo 94.2 CE).
- b) Con referencia a determinado tipo de tratados (los de carácter político o militar, los que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que supongan modificación o renovación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución), el artículo 94.1 CE dispone que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse requerirá previa autorización de las Cortes Generales.
- c) Para los tratados por los que *se atribuya* a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, el artículo 93, inciso 1º CE establece la necesidad de ley orgánica que autorice su celebración. (Es patente la apertura de nuestro sistema al ordenamiento internacional).

³ Vid TORRES DEL MORAL, A. *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid 1998, pp. 229 ss.

- d) En el nivel más alto de relevancia jurídica-política de los tratados, encontramos que el artículo 95.1 CE dispone que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. El Gobierno —dice el artículo 95.2 CE— o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

B. Reforma de la Constitución⁴

Por lo que se refiere a *la reforma de la Constitución*, regulada en el Título X de la misma (artículos 166 a 169, ambos inclusive) ha de recordarse que se distinguen dos procedimientos. Uno, el procedimiento que podríamos llamar ordinario o de reforma parcial no relevante, implica la necesidad como mínimo de la conformidad por mayoría absoluta del Senado y, por mayoría de dos tercios, del Congreso, siendo potestativo (a solicitud de la décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras) el referéndum. Otro, relativo a una reforma total de la Constitución o a una parcial que afecte a las partes de la Constitución consideradas más relevantes (Título Preliminar; sección 1ª del capítulo II del Título I —es decir, derechos fundamentales y libertades públicas—; o Título II —la Corona—) es un procedimiento extraordinariamente agravado o rígido: exige mayoría de dos tercios de cada Cámara, disolución de las Cortes, aprobación por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras, y referéndum preceptivo (artículo 168 CE).

Pues bien, el Consejo de Estado entiende en su dictamen anteriormente citado⁵ que el ECPI es de los previstos en el artículo 93 de la Constitución, pero no requiere reforma constitucional. Es decir: es un tratado que requiere autorización de las Cortes Generales (pues, cuando menos, es susceptible de ser incluido en varios apartados del artículo 94.1 CE); pero dicha autorización debe realizarse mediante ley orgánica, conforme preceptúa el artículo 93 CE.

⁴ Vid TORRES DEL MORAL, A., *op.cit.*, pp.127 ss.

⁵ «Extracto...», *cit.*, p. 364.

C. La mutación constitucional.

Pero cabe también que una Constitución cambie su contenido normativo sin alterar sus enunciados. Es lo que la doctrina ha llamado, desde G. Jellinek⁶, mutación constitucional. Se han señalado diferentes supuestos: a) leyes ordinarias contradictorias con la Constitución que consiguen prevalecer sobre ella; b) enunciados o cláusulas constitucionales que caen en desuso; c) preceptos constitucionales que cambian de significado al cambiar los principios y convicciones que constituían su presupuesto o su contexto; d) imposición de la «fuerza normativa de lo fáctico» sobre el significado inicial de un precepto constitucional; e) convenciones constitucionales.

En última instancia, las mutaciones constitucionales encuentran su fundamento en la necesidad de actualizar un texto constitucional particularmente rígido a nuevas realidades históricas. Por eso, la Constitución de Estados Unidos, especialmente rígida, ofrece ejemplos espectaculares de mutaciones constitucionales⁷.

Pues bien, nuestra Constitución es también muy rígida, por lo que es una firme candidata a padecer mutaciones constitucionales. Y decimos que es muy rígida porque llega en sus exigencias más allá de lo necesario conforme a una teoría constitucional democrática. En efecto, es conforme con esta última que el cambio constitucional se someta, o a una mayoría reforzada de las cámaras, o a una intervención del electorado, bien eligiendo una asamblea constituyente, bien ratificando el cambio mediante referéndum. Nuestro procedimiento de reforma agravado que, como hemos visto, comprende amplios contenidos constitucionales, resulta muy rígido, cuando menos, por exigir dos intervenciones del electorado: una primera al elegir las segundas Cortes —las que han de aprobar el texto— y una segunda al ratificar preceptivamente el texto en referéndum. Añádase a ello que las diferentes Cortes han de aprobar de una forma u otra la reforma por mayo-

⁶ V. TORRES DEL MORAL, A, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, en Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, pp. 185 ss.

⁷ Por ejemplo, la misma construcción de la Federación frente a los poderes de los Estados miembros. En este sentido, S. Muñoz Machado recuerda la emisión de billetes de curso obligatorio por la Unión durante la Guerra de Secesión norteamericana, la creación de un Banco Central (respaldada por la Sentencia McCulloch v. Maryland de 1818) y la formación de una política sobre el comercio. Vid. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, S.A., Madrid 1993, pp. 44-46.

ría de dos tercios. De todos estos requisitos, quizá el que hace más difícilmente pronosticable una reforma constitucional es la exigencia de que las Cortes, una vez aprobado el «principio» de la reforma, sean inmediatamente disueltas (168.1 CE).

Se ha propuesto, sin embargo, una fórmula que haría vencible esta dificultad⁸. Se trataría de hacer coincidir las reformas constitucionales agravadas con el final de una legislatura. El último acto de la Cortes que fueran a ser disueltas por el agotamiento de la legislatura consistiría en la aprobación del «principio» de reforma. Las subsiguientes elecciones servirían para elegir las siguientes Cortes, llamadas a aprobar el texto (por mayoría de dos tercios) y a continuar existiendo como Cortes ordinarias.

Sin negar la corrección formal de la propuesta, hay que observar que no está exenta de dificultades. En concreto, puede volver confuso el procedimiento electoral en cuestión, en el que el votante estaría desconcertado entre los motivos que le inducen a un voto determinado por razón del debate constituyente en curso y los que hacen preferir acaso otro distinto para las Cortes de una legislatura. Pero conviene desde este momento advertir que este inconveniente no necesariamente se produce siempre, porque cabe que el consenso en torno a la reforma constitucional haga este inconveniente virtualmente inexistente.

Llegados a este punto hemos de señalar que nuestra joven Constitución ha padecido ya, al menos, una mutación de gran envergadura. Nos referimos a la que supuso la ratificación del Tratado de Maastricht. En efecto, como ha señalado S. Muñoz Machado⁹ el impacto constitucional efectivo de las regulaciones contenidas en el Tratado de Maastricht fue mucho más allá de la reforma constitucional que se hizo. Como se recordará, siguiendo el parecer del Tribunal Constitucional, para ratificar el Tratado de Maastricht se llevó a cabo la única reforma constitucional que ha sufrido nuestro texto constitucional, consistente en añadir las palabra «y pasivo» al sufragio, en la alusión al mismo que hacía el artículo 13.1 de nuestro texto constitucional. Ahora bien, como subraya el autor señalado, el Tribunal Constitucional se limitó a dictaminar sobre esta cuestión porque fue la única que se sometió a su consideración. Pero el impacto constitucional iba mucho más allá: a) de un lado, se acentuaron las tensiones constitucionales derivadas del déficit democrático del funcionamiento de la Comunidad;

⁸ V. TORRES DEL MORAL, A., *Principios...*, cit, p. 137.

⁹ *La Unión Europea...*, cit, pp. 40-54.

b) en segundo lugar, el Tratado de Maastricht (art. 102.A) ordena las políticas económicas de los Estados miembros a la realización de los objetivos de la Comunidad; además el establecimiento del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales dificultará enormemente la formulación de políticas económicas nacionales autónomas; c) en tercer lugar, el Derecho Comunitario introduce en los ordenamientos nuevos principios generales y margina los controles constitucionales; en particular, el Tribunal de Justicia hace primar las normas comunitarias sobre las de origen nacional, incluida la Constitución (y los Tribunales constitucionales han pasado de una postura beligerante a una resistencia retórica: sentencias Solange II de 22 de octubre de 1986 y Soweit de 12 de mayo de 1989, ambas del Tribunal Constitucional Federal alemán y Sentencias Granital de 8 de julio de 1984 y Fragd de 21 de abril de 1989, del Tribunal Constitucional italiano); d) por último, el crecimiento de las responsabilidades comunitarias repercute en el reparto del poder (o de las competencias), aunque en principio se pretenda evitar, en el seno del Estado, afectando al principio de autonomía, reconocido en el artículo 2 CE.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Y DE SU ESTATUTO¹⁰.

1.- El ECPI es el resultado de *largas negociaciones* que casi se remontan al origen de la ONU. Ahora bien, es la desaparición de la *guerra fría*, o si se prefiere, la desaparición de la estructuración del mundo en dos bloques enfrentados, lo que ha facilitado la posibilidad de encontrar un acuerdo al respecto.

Aprobado por una Conferencia de plenipotenciarios, celebrada en Roma, por una mayoría considerablemente amplia (120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones) la resistencia al mismo es todavía muy considerable: basta señalar que Estados Unidos, China y la India no lo han aprobado, lo que significa que afectará a más del 40 por ciento de la población mundial sólo indirectamente. Y ello porque los ciu-

¹⁰ Al respecto, v. PIGRAU SOLÉ, Antoni «Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 4, edición a cargo de Concepción Escobar Hernández, Madrid, 2000, pp. 63-74; y YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas», en *Creación...*, cit, pp. 17-28.

dadanos de países no firmantes pueden ser afectados por hechos cometidos en países distintos del suyo. Precisamente EE UU intenta evitar este efecto con tratados bilaterales¹¹.

2.- El Estatuto tiene como *precedentes*¹² remotos los Tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio (1945 y 1946 respectivamente) así como los más recientes Tribunales «ad hoc» creados para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia (resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su sesión nº 3.217, de 25 de mayo de 1993 (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1993)) y en Ruanda (resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

Pero la Corte Penal Internacional (CPI) creada por el ECPI, a diferencia de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, es un tribunal independiente, con vocación de generalidad y permanencia, cuyo alumbramiento pondría las bases de un nuevo Derecho internacional más humanizador, más centrado en la persona.

Su jurisdicción sería obligatoria para los Estados parte y no tendría efectos retroactivos.

3.- El Estatuto es un *texto extenso*, compuesto por un preámbulo y 128 artículos (algunos de ellos muy largos) agrupados en trece partes. No obstante, requiere normas de desarrollo: los Elementos de los Crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba, el Reglamento de la Corte, el Acuerdo de Relación con las Naciones Unidas, el Acuerdo de privilegios e inmunidades, los Reglamentos Financiero y de Personal, entre otras. Se reconocen importantes funciones a la Asamblea de los Estados parte.

Los idiomas oficiales son los seis de la ONU, pero sólo el inglés y el francés son reconocidos como lenguas de trabajo.

4.- La Corte es una institución independiente y complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. No juzga a Estados, sino a personas. La iniciativa de la acción penal corresponde en exclusiva al Fiscal.

¹¹ Sobre algunos de los complejos condicionamientos políticos del ECPI, vid. GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, «Los condicionamientos políticos y limitadas competencias del Tribunal Penal Internacional», *Revista española de Derecho Militar*, cit, pp. 123-154.

¹² Vid. al respecto GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio, «La creación de la Corte Penal Internacional: antecedentes», en *Revista española de Derecho Militar*, cit, pp. 159-170.

El Estatuto recoge los principios generales del Derecho penal. La estructura y el desarrollo del proceso combinan técnicas de Derecho anglosajón y de Derecho continental europeo, así como la experiencia de otros tribunales internacionales. Pero entre las penas se reconoce la reclusión a perpetuidad.

5.- La Corte se estructura en : Asamblea de Estados partes, órganos jurisdiccionales y Fiscal. En el ámbito de los órganos jurisdiccionales ha de distinguirse entre órganos jurisdiccentes y órganos administrativos. Los órganos jurisdiccentes son las Salas (de Asuntos Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones). Los órganos administrativos son la Presidencia y las Secciones.

6.- La Corte tiene jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia internacional¹³, que enumera el artículo 5 del estatuto: genocidio, lesa humanidad¹⁴, guerra¹⁵ y agresión. (A ellos han de añadirse los delitos contra la administración de justicia recogidos en el artículo 70 del ECPI).

España, como otros muchos Estados, tipifica estos delitos —los del artículo 5 ECPI— en su Derecho interno. Nuestro Código Penal los recoge en el Título XXIV del libro II, artículos 605 a 616, distinguiendo entre delitos contra el derecho de gentes (artículos 605 y 606), delitos de genocidio (artículo 607) y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Además, el artículo 24.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio) establece la extensión de la jurisdicción española a los hechos realizados en el extranjero que puedan ser calificados como genocidio o como cualquier otro delito que según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España.

7.- Son fuentes aplicables por la Corte, en virtud del artículo 21 ECPI y otros anteriores, en primer lugar, el propio Estatuto; en segundo lugar, normas escritas de desarrollo y complementarias: Reglas de Procedimiento y Prueba y Elementos de los crímenes; en tercer lugar, los tratados y principios y normas de Derecho internacional; y en cuar-

¹³ V. al respecto LIROLA DELGADO, Isabel, «La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», en *Creación...*, cit., pp. 45-62.

¹⁴ V. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro, «El concepto de crímenes de lesa humanidad», en *Revista española de Derecho Militar*, cit, pp. 217-228.

¹⁵ V. PIGNATELLI MECA, Fernando, «Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma», en *Rev. española de Derecho Militar*, cit, pp. 229-380.

to lugar los principios generales del Derecho de los sistemas jurídicos del mundo y los principios generales del Derecho de los Estados con jurisdicción.

8.- La Parte IX, relativa a la cooperación internacional y asistencia judicial, implica medidas legislativas para su ejecución. Estamos ante un supuesto del artículo 94.1. e) CE.

9.- La parte XIII (artículos 119 a 128 ECPI) recoge las cláusulas finales. Existe una prohibición absoluta de reservas en el artículo 120 ECPI. La Corte no es creada por la ONU, sino en virtud de un tratado multilateral¹⁶. El Tratado entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. El Estatuto ha recogido 139 firmas de Estados de todos los continentes y lo han ratificado o se han adherido a él 32 Estados¹⁷. La Unión Europea es favorable al ECPI¹⁸. Según el artículo 2. apdo I, de la Posición Común del Consejo de 11 de junio de 2001, relativa a la Corte Penal Internacional, «a fin de contribuir al objetivo de una pronta entrada en vigor del Estatuto, la Unión Europea y sus Estados miembros harán todo lo posible para potenciar este proceso, planteando, siempre que proceda, la cuestión de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión más amplia posible al Estatuto de Roma y su aplicación en negociaciones o en diálogos políticos con terceros Estados, grupos de Estados u organizaciones regionales pertinentes¹⁹». España ha querido, junto con los demás países de la Unión Europea y los países iberoamericanos, figurar entre los miembros originarios de la nueva institución.

10.- Debe recordarse que los Estatutos de creación de los Tribunales de la antigua Yugoslavia y de Ruanda (Resoluciones del

¹⁶ V. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional», en *Rev. española de Derecho Militar*, cit, pp. 171-205.

¹⁷ Posición Común del Consejo de 11 de junio de 2001 relativa a la Corte Penal Internacional, DOCE de 12.6.2001, segundo Considerando.

¹⁸ Los días 19 de noviembre de 1998, 6 de mayo de 1999 y 18 de enero de 2001, el Parlamento Europeo adoptó sendas Resoluciones sobre la ratificación del Tratado de Roma con objeto de establecer la Corte Penal Internacional permanente; y el 8 de mayo de 2001 la Comisión presentó al Parlamento Europeo y al Consejo su comunicación relativa al papel de la Unión Europea en el fomento de los Derechos Humanos y de la democratización en los terceros países (Posición Común del Consejo de 11 de junio de 2001, cit, considerando nº 7).

¹⁹ DOCE, 12.6.2001.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 1993 y 1994) entraron en vigor en España por su publicación, pero fueron necesarias leyes orgánicas para su ejecución: las leyes orgánicas 15/94 y 4/1998.

V. COMPATIBILIDAD ENTRE PRECEPTOS CONCRETOS DEL ECPI Y NUESTRA CONSTITUCIÓN.

Los principios del ECPI son compatibles con el espíritu y principios básicos de nuestra Constitución. El Consejo de la Unión Europea ha adoptado una Posición Común en la que sostiene la concordancia plena del Estatuto de Roma y de la Unión²⁰. Ahora bien, esta consideración de conjunto no puede descartar contradicciones concretas con la Constitución, y si estas existen, es necesaria la adecuación de la Constitución. Así lo exige la Constitución y ha venido a confirmarlo nuestro Tribunal Constitucional que, en la Declaración de 1 de julio de 1992, señaló que el artículo 93 CE, no puede ser un cauce legítimo para la reforma implícita o tácita de la Constitución. En otros países con Constitución democrático-liberal, se han detectado contradicciones concretas entre el ECPI y la correspondiente Constitución: es el caso de la decisión del Consejo Constitucional Francés de 22 de enero de 1999 o del Dictamen del Consejo de Estado Luxemburgués de 4 de mayo de 1999. En Francia se ha iniciado un procedimiento de reforma de la Constitución para ratificar el ECPI.

A continuación analizaremos algunos puntos en los que se detectan concretas contradicciones.

A. ECPI y parte orgánica de la CE

Las mayores dificultades se plantean con el artículo 27 ECPI, que establece «la improcedencia del cargo oficial»: «El presente Estatuto —dice el párrafo primero— 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

²⁰ «Los principios del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como los que rigen su funcionamiento, concuerdan *plenamente* con los principios y objetivos de la Unión (Posición común del Consejo de 11 de junio de 2001, cit, considerando nº 3) (cursiva nuestra).

ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá «per se» motivo para reducir la pena». Según el párrafo segundo, «las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.»

La razón de ser de este artículo no es sólo prevenir la alegación de «actos de Estado» o de soberanía, sino enervar las proclamaciones de irresponsabilidad que contienen los ordenamientos respecto de los Jefes de Estado y otras altas magistraturas. Encuentra antecedente en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

Ahora bien, su tenor literal presenta contradicciones con varios preceptos constitucionales: el 56.3, el 71, y el 102 de la CE.

A.1. *Inviolabilidad del Rey*

El artículo 56.3 CE dice que «la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos —añade— estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2.» El artículo 64 CE dispone que de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden (apartado segundo) y establece los sujetos refrendantes (apartado primero: Presidente del Gobierno, Ministros competentes, Presidente del Congreso de los Diputados).

Se podría intentar salvar la contradicción²¹ sosteniendo que más que irresponsabilidad de los actos regios, hay imputación de la responsabilidad al ministro —o sujeto— refrendante. Parece de este modo que la contradicción entre el Estatuto y el 56.3 CE debe resolverse en el sentido de reconocer que los actos del Rey son debidos y la responsabilidad por los mismos corresponde al refrendante. La enorme rigidez de nuestra Constitución induce a este enfoque.

Y se pueden encontrar preceptos en el ECPI que avalan el respeto al Derecho interno: recordemos que el artículo 21.1.c) ECPI dice que La Corte aplicará, en defecto del Estatuto y normas complementaria y de los Tratados, principios y normas de Derecho Internacional aplicables, «los Principios Generales del derecho que derive la Corte del

²¹ Es lo que hace nuestro Consejo de Estado, en su Dictamen. V. Extracto, cit., pp. 360-361.

derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni con las normas y principios internacionalmente reconocidos». Por su parte, el artículo 31.3 ECPI dice que «en el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo primero siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21...».

Además de estos preceptos generales, existen algunos específicos que podrían invocarse para avalar esta interpretación. En este sentido, el artículo 28.1 ECPI, al regular la responsabilidad de los Jefes y otros superiores, insiste en la efectividad del mando como requisito para localizar al responsable: el apartado a) establece la responsabilidad en determinados supuestos del jefe militar o el que actúe como jefe militar, «por crímenes que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control *efectivo* o su autoridad y control *efectivo*» (cursiva nuestra); y el apartado b) dice que el superior será responsable, cuando se den ciertas circunstancias por los crímenes que hubieren sido cometidos por subordinados «bajo su autoridad y control *efectivo*...»(cursiva nuestra).

En definitiva, ya para el Tribunal de Tokio sólo fueron responsables los autores de las decisiones efectivas (recuérdese la irresponsabilidad del Emperador Hirohito).

Ahora bien, ¿qué ocurre en los casos de refrendo tácito? En ellos, la regla general de irresponsabilidad de Rey sirve para fundamentar la responsabilidad del Gobierno para el Derecho interno, pero ¿qué fundamento se puede encontrar a esta construcción en el ECPI? Y sobre todo, ¿qué decir de los supuestos en que, de modo efectivo, hubiera sido el Jefe del Estado el que hubiera cometido hechos delictivos competencia de la Corte? Cuando la decisión efectiva haya correspondido al Jefe del Estado éste continuará siendo, para nuestro ordenamiento, irresponsable. Y sin embargo, sería responsable ante la Corte. Esta contradicción es insalvable. De las mismas facultades que se suelen atribuir a un monarca parlamentario que se condensan en la de «reinar», que no gobernar, o las de advertir, animar y ser consultado, podría la CPI derivar algún tipo de responsabilidad penal. El art. 56 CE no puede impedir que la CPI investigue quién es el auténtico responsable. Ni que, si éste es el Rey, lo condene. Los artículos 21.1.c), 31.3,

28.1 ECPI no sirven para evitar la contradicción frontal o evidente entre él y el artículo 27 ECPI.

La ratificación del ECPI afecta al artículo 56 CE. Parece, pues, necesaria la reforma de este último para la ratificación de aquél. Y nótese que ello implica reforma de la Constitución por el procedimiento reforzado del artículo 168 CE.

A.2. *Inviolabilidad de los parlamentarios*

Igualmente difícil de armonizar con el ECPI resulta el artículo 71 CE, en sus tres apartados primeros.

Dice el artículo 71.1 CE que «los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones».

Existe alguna sentencia (STC 243/88, FJ 3,B, en lo que consideramos un «obiter dictum») que limita, siguiendo el tenor literal del texto constitucional, esta prerrogativa al ámbito de la libertad de expresión. En tal hipótesis, esto es, limitando la inviolabilidad al ámbito de la libertad de expresión, podría sostenerse, hasta cierto punto²², que la inviolabilidad parlamentaria no entra en colisión con el artículo 27 ECPI.

Pero sólo hasta cierto punto; porque aun en este caso, el Estatuto pide hacer responsables a los parlamentarios en determinados supuestos: «de conformidad con el presente Estatuto —dice el artículo 25.3.e)— será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien...e) respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa».

A ello debe añadirse que la inviolabilidad parlamentaria, para la doctrina que podemos estimar dominante²³ y para la jurisprudencia y el Derecho positivo, comprende no sólo las manifestaciones de palabra, sino los votos. La STC 36/1981, de 12 de noviembre de 1981, FJ 1), párrafo primero, dice que «la inviolabilidad supone que [los diputados y senadores] no pueden ser sometidos a procedimiento alguno tanto por las referidas opiniones *como por los votos* que emitan en el seno de la Cámara de que forman parte» (cursiva nuestra).

²² V. Extracto del Informe del Consejo de Estado, cit., p. 359.

²³ Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio, «Principios...», cit., p. 573-574.

En esta línea, el artículo 21 del Reglamento del Senado dispone que «los Senadores gozarán aún después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo». Y en el mismo sentido se decantan los reglamentos de las Asambleas Legislativas de varias Comunidades Autónomas.

Pues bien, las normas contrarias al ECPI de rango infraconstitucional (esto es, los preceptos del Reglamento del Senado y de los reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas) no serán nunca alegables ante la CPI, pudiendo considerarse derogadas por la ratificación del Estatuto en tanto en cuanto excluyentes de la responsabilidad internacional de los senadores o los parlamentarios de las Comunidades Autónomas. *En cambio, el artículo 71.1 de la CE se vería afectado por el artículo 27 ECPI, lo que significa que, en cumplimiento del artículo 95.1 CE, debería ser modificado antes de proceder a la ratificación del Estatuto.*

Ahora bien, la reforma correspondiente podría introducirse por la vía del procedimiento ordinario de reforma constitucional (artículo 167 CE).

A.3. *Inmunidad de los parlamentarios*

El artículo 71.2 CE dice que «durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

En principio, el precepto es incompatible con el artículo 27.2 ECPI: «Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

Ratificado el Estatuto sin modificación del Texto Constitucional, surge una contradicción que habrá que intentar salvar²⁴ entendiendo que las prerrogativas del 71.2 CE operan como límite tan sólo de las autoridades estatales. Lo cual, por lo demás, puede ser coherente con la naturaleza funcional de las prerrogativas parlamentarias, orientadas

²⁴ Vid. «Extracto del Informe del Consejo de Estado», cit., p. 359.

a garantizar el buen funcionamiento del sistema parlamentario y no a crear un círculo de sujetos arbitrariamente privilegiados. Es cierto que estas prerrogativas tienen su origen histórico y su razón de ser en el Derecho interno y sería interpretarlas mecánicamente extenderlas a una instancia supranacional tan novedosa como es la CPI.

Pero la contradicción entre el tenor literal del ECPI y el 71.2 parece clara. Para ratificar el ECPI, lo correcto hubiera sido la reforma de la CE, bien estableciendo la correspondiente excepción del artículo 71.2, bien de alguna otra manera, reforma que se debería tramitar por el procedimiento ordinario de reforma constitucional (artículo 167 CE).

A.4. Fuero especial de los parlamentarios

Dice el artículo 71.3 CE que «en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». El Tribunal Constitucional considera este precepto entroncado con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del artículo 24.2 CE (STC 22/97 de 11 de febrero, FJ. 2, párrafo tercero). A diferencia de las otras prerrogativas parlamentarias, ésta tan sólo consiste en la atribución de la jurisdicción a un determinado órgano por lo que parece que para modificarlo basta una ley orgánica que lo autorice, conforme al artículo 93 CE.

A.5. Fuero especial de los miembros del Gobierno

Por lo que se refiere al artículo 102 CE, son distintas las cuestiones que plantean sus dos primeros párrafos.

Según el 102.1 CE, la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

De modo similar a lo que ocurría con el artículo 71.3 CE, este precepto no limita en ningún sentido la potestad jurisdiccional, sino que la asigna a un órgano del Poder Judicial. Parece que nada obsta a que esta competencia derivada de la Constitución española sea transferida, en determinados supuestos y mediante tratado autorizado por ley orgánica, a la CPI.

Mayores dificultades plantea el 102.2 CE, pues establece un sujeto concreto para la acusación del Presidente y demás miembros del Gobierno. «Si la acusación fuese por traición o por cualquier delito con-

tra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo». *(cursiva nuestra)*

Acaso la realidad nos depare —esperemos que no— supuestos en que unos mismos hechos, desencadenen tanto la actuación del 102.2 CE como la del ECPI. Pero ha de reconocerse que si se repasan los artículos reguladores del delito de traición (artículos 581 a 588 del Código Penal - Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) o de los delitos contra las instituciones del Estado (artículos 492 a 505 del mismo Código) parece claro que estos delitos tienen una orientación distinta, protegen bienes jurídicos distintos que los que protege el ECPI. No son delitos de la competencia de la Corte. Por ello, no parece necesaria la reforma del artículo 102.2 CE para ratificar el ECPI. Si bien quizás sería conveniente prever la posibilidad de concurrencia de ambas normativas.

A.6. Competencias derivadas de la CE que se atribuyen al Fiscal de la CPI

Según el artículo 99.4 a) ECPI, «sin perjuicio de los demás artículos de la presente parte (parte IX, «De la cooperación internacional y la asistencia judicial», artículos 86 a 102, ambos inclusive) 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 requerida si ello fuese 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 a cualquier condición u observación razonable que imponga o haga ese Estado Parte. Cuando el Estado Parte requerido considere 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». *(cursiva nuestra)*.

En definitiva, habilita al Fiscal para determinadas medidas, en el caso de que no sean coercitivas (entrevista a una persona, recepción de pruebas, reconocimiento de un lugar u otro recinto), sin la presencia de las Autoridades del Estado Parte requerido, cuando ello fuese esencial para la ejecución de la solicitud.

A estas funciones del Fiscal se refieren también los artículos 54.2, 93 y 96 ECPI. El artículo 54.2 ECPI dice que «El Fiscal podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado a) de conformidad con las disposiciones de la Parte IX; o b) según lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57 (según este último, «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 trate, que dicho Estado manifiestamente no esté 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»). El artículo 93 ECPI detalla diversas formas de cooperación por parte de los Estados Partes con la Corte o con el Fiscal: identificar y buscar personas u objetos, practicar pruebas, interrogar a una persona, notificar documentos, facilitar la comparecencia de testigos o expertos, trasladar a personas, realizar inspecciones oculares, practicar allanamientos y decomisos, transmitir registros y documentos, proteger víctimas y testigos, localizar o inmovilizar los bienes obtenidos del crimen y cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido. El artículo 96 ECPI regula el «contenido de la solicitud relativa a otras formas de asistencia de conformidad con el artículo 93».

Se trata, pues, de funciones que constituyen excepciones al carácter exclusivo con que corresponde a los Juzgados y Tribunales la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) o a la competencia del Ministerio Fiscal de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad...» (art. 124.1 CE).

Es decir, se trata de ceder competencias derivadas de la CE, lo que parece que se puede hacer como se ha hecho, esto es, por el procedimiento del art. 93 de la misma: autorización por ley orgánica.

A.7. *Discrecionalidad de la indemnización por error judicial*

El artículo 85.3 ECPI resulta contradictorio con el 121 de nuestra Constitución. Dice el artículo 85.3 ECPI que «en circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo error judicial grave y manifiesto tendrá la facultad *discrecional* de otorgar una indemnización...» (*cursiva nuestra*). En cambio, el art. 121 CE preceptúa que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

Ciertamente, ratificado el ECPI sin proceder a reformar el 121 CE nos encontramos con dos regímenes jurídicos distintos para el error judicial: el de la CPI y el de los tribunales españoles. Pero esta solución no salva la contravención de un precepto constitucional. Lo cierto es que, ratificado el Estatuto, el Estado español consiente en que la reparación del error judicial de determinado órgano jurisdiccional (la CPI) sea discrecional. Y esto entra en contradicción con el artículo 121 CE.

Lo correcto hubiera sido introducir una excepción a este último artículo mediante el procedimiento de reforma ordinario.

B. ECPI y parte dogmática de la CE²⁵

B.1. *Retroactividad limitada de las normas favorables*

A diferencia de los Estatutos de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), el ECPI no per-

²⁵ Las contradicciones que se señalan a continuación con la parte dogmática, e incluso la exposición que hacemos de las mismas son tomadas, con alguna diferencia de matiz, del excelente trabajo de CUERDA RIEZU, Antonio y RUIZ COLOMÉ, M^a Ángela, «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en *La Ley*, años XX, n.º. 4.724, lunes, 1 de febrero de 1999, pp. 1 a 5. En particular, los autores se refieren a la posible intervención del Consejo de Seguridad, al principio de legalidad y las garantías conexas (incluyendo la cuestión de si sólo el Tratado o la ley pueden ser fuente y el principio de garantía criminal), a la prohibición de la aplicación retroactiva de las normas penales desfavorables y la retroactividad de las favorables, al derecho a la presunción de inocencia (analizando la carga de la prueba, la presunción de inocencia durante la fase de investigación y la misma presunción durante la fase de juicio). La diferencia principal radica en que el análisis que hacen los autores de las contradicciones con la Constitución no se relaciona con los requisitos para la ratificación del Tratado como, en cambio, se hace en nuestro tra-

mite actuaciones retroactivas. El primero de los Estatutos mencionados, en el apartado 2 de la Resolución que lo instaura, establece, en efecto, su competencia para los hechos cometidos entre 1 de enero de 1991 y una fecha que corresponde fijar al Consejo de Seguridad una vez restablecida la paz. El Estatuto del tribunal para Ruanda, apartado 2 de la Resolución que lo crea (8 de noviembre de 1994), establece la competencia del Tribunal para conocer de los hechos cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Pues bien, la CPI no actuará retroactivamente. La Corte, dice el artículo 11.1 ECPI, tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto. Si un Estado se hace parte después de la entrada en vigor del Estatuto, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado « a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12» (artículo 11,2 ECPI). El mismo principio se recoge como garantía para los imputados en el artículo 24.1 ECPI: «Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor». Se trata por lo demás de un principio reconocido en el artículo 15.1 Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, este principio se completa con otro que sí presenta un matiz diferente con el reconocimiento del mismo en nuestra Constitución. Se trata del principio de retroactividad de las normas penales que sean favorables. Este principio se encuentra constitucionalizado implícitamente en los artículos 9.3 y 25.1, ambos de la CE. El primero de estos preceptos dice que la Constitución garantiza, entre otros principios, el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, con lo que permite la retroactividad de las favorables o reconocedoras de derechos individuales. El segundo precepto dice que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». De estos preceptos constitucionales se deriva la regla de la aplicación de la norma penal más favorable, que recoge nuestro Código penal. Este, en efecto, dice que, una vez que entre en vigor, si las disposiciones del mismo son

bajo. Los autores se limitan a señalar que sería deseable que lo que llaman excepciones de las garantías se vean superadas, bien por las futuras Reglas procedimentales complementarias del Estatuto, bien por vía de enmiendas al mismo.

más favorables para el reo, se aplicarán con preferencia sobre las del Código penal o leyes penales especiales derogadas (disposición transitoria primera) Las siguientes disposiciones transitorias van desgranando las consecuencias de esta regla y en particular la quinta establece que determinados Jueces y Tribunales «procederán a revisar las sentencias *firmes...* aplicando la disposición más favorable...» (cursiva nuestra).

Pues bien, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, en el Estatuto la retroactividad de las normas penales más favorables queda limitada a las que se dicten antes de ser aprobada la sentencia definitiva, con lo que resulta ser menos favorable al reo. Efectivamente, según el artículo 24,2 ECPI, de modificarse el Derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena. Habría que determinar si esta limitación contradice sólo el desarrollo que de la Constitución hace el Código penal o si contradice directamente la Constitución. Aceptemos, pues, que se trata de una norma que podría afectar al contenido de los artículos 9.3 y 25.1 CE. Y recordemos que toda excepción a los mismos debería haberse llevado a cabo por medio de una reforma constitucional, reforma que, por afectar a la sección 1ª del capítulo II del Título I, debía de haberse tramitado por el procedimiento agravado.

B.2. Imparcialidad y artículo 24 CE

A. A diferencia de lo que ocurría con los Tribunales de Nüremberg y de Tokio, la imparcialidad se garantiza mediante el procedimiento de selección de los magistrados (artículo 36,8 ECPI) y el reconocimiento de la independencia y la regulación de la recusación.

Según el artículo 36,8 ECPI, al seleccionar a los magistrados, los Estados parte tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya representación de los principales sistemas jurídicos del mundo, distribución geográfica equitativa y representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres.

Los magistrados, dice el artículo 40 ECPI, serán independientes en el desempeño de sus funciones y no realizarán actividad alguna que pueda menoscabar la confianza en su independencia, correspondiendo a la mayoría absoluta de los magistrados decidir sobre la aplicación de esta norma.

El artículo 41 ECPI regula la recusación. Un magistrado no participará, dice, en ninguna causa, en que por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad. Podrá ser recusado si hubiere intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de la que la Corte estuviere conociendo o en una causa penal conexa sustanciada al nivel nacional. Las Reglas de Procedimiento y Prueba establecerán motivos adicionales de recusación.

Ahora bien, ésta independencia queda empañada por lo dispuesto por el artículo 16 ECPI (suspensión de la investigación o enjuiciamiento): «en caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con la resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión. La petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones»²⁶. Se trata, obviamente, de una concesión a las potencias con asiento permanente en el Consejo de Seguridad que, al menoscabar la independencia judicial, contradice de alguna manera el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 CE, cuya reforma exige procedimiento agravado.

En cambio, existe otra concesión en el artículo 13.b) ECPI que no menoscaba la independencia judicial, por cuanto no condiciona la actuación del tribunal y ni siquiera la decisión del fiscal: la Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el art. 5 ECPI, si el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de La Carta de Las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

B.3. Complementariedad de jurisdicciones y principio «non bis in idem»²⁷.

El principio de complementariedad es, en el ámbito de la organización de los poderes lo que el principio «non bis in idem» en el

²⁶ Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas», en *Creación...*, cit., pp. 31-44.

²⁷ V. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, «Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales», en *Creación...*, cit., pp. 237-264; así como RODRÍGUEZ CARIÓN, Alejandro J., «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el

ámbito de las garantías jurisdiccionales. Por eso, las normas que regulan las relaciones entre los actos de la jurisdicción nacional y los actos de la CPI pueden implicar, por un lado, menoscabo de la exclusividad de la jurisdicción (recogida en el artículo 117 CE) o, por otro, del derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24 CE.

a) El principio de que no debe haber más que un proceso y una pena por un delito está presente en el ECPI, que reconoce la excepción de cosa juzgada en el artículo 20, y que establece coherentemente causas de inadmisibilidad en los artículos 17 y 18.

El artículo 20, en el apartado primero, dice que la Corte no puede volver sobre sus propios juicios y en el apartado segundo recoge la prohibición para los restantes tribunales de procesar a personas por hechos juzgados por la Corte. El párrafo tercero regula la posibilidad de actuaciones de la Corte subsiguientes a actuaciones de las jurisdicciones nacionales en términos tales que se configura más que una complementariedad en sentido estricto, una cierta preferencia de la jurisdicción internacional en determinados supuestos, en particular, en caso de incapacidad del Estado o de proceso fraudulento por parte del mismo. «La Corte (dice el artículo 20.3 ECPI) 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 hubiese sido instruida 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 de someter a la persona a la acción de la Justicia».

En cuanto a las causas de admisibilidad, interpretando «a contrario» el artículo 17 apartado 1, subapartados a), b) y c) ECPI, resulta que la Corte debe admitir un asunto en los siguientes supuestos: a) cuando el mismo sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, pero éste no esté dispuesto a

ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales», en *Creación...*, cit., pp. 167-190, y REMIRO BROTONS, Antonio, «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», en *Creación...*, cit., pp. 193-236.

llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) cuando el mismo haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él, y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate pero la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) cuando la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la renuncia pero se den los supuestos del artículo 20.3 ECPI (ya visto).

Ciertamente, las decisiones de la CPI sobre la admisibilidad son impugnables conforme al artículo 19 apartados 2 y 3 ECPI, pero la decisión al respecto corresponde a la propia Corte (artículo 19.6 ECPI), que de este modo podríamos decir que ostenta «la competencia de la competencia».

Pues bien, todo ello supone atribuir a un órgano internacional competencias jurisdiccionales frente a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE: «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos... corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...».

Por eso, parece que la autorización para la celebración del Tratado ha de hacerse, como se ha hecho, mediante ley orgánica, según dispone el ya visto artículo 93 de la CE,

b) Pero por otro lado, resulta que la Corte, al enervar la cosa juzgada en el ámbito nacional, entra en colisión con el principio «non bis in idem» y en definitiva con el artículo 24 CE.

La contradicción puede intentar salvarse acudiendo a construcciones más o menos artificiosas. En este sentido, cabe argumentar que el derecho a la tutela judicial efectiva se refiere también a los tribunales internacionales admitidos por España. También podría señalarse que nuestro Tribunal Constitucional (STC 135/1994, FJ 2 y STC 59/1996, FJ 2) ha declarado que el respeto a la intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en las resoluciones judiciales debe entenderse sin perjuicio de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos; y que la ley que incorporase el tratado internacional legitimaría a la Corte Penal Internacional.

Pero esta contradicción, sumada a otras, acabará haciendo preferible una reforma de la Constitución a una interpretación de la misma que pudiera acabar resultando especiosa.

B.4. Principio de legalidad penal y garantías derivadas (artículo 25.1 CE)

Procede ahora dilucidar si el ECPI entra o no en contradicción con los principios y garantías penales explícitas o implícitas en el artículo 25.1 de nuestra Constitución. Y ello porque el Estatuto, a pesar de su intitulación, contiene Derecho penal sustantivo en algunos preceptos²⁸.

a) El ECPI como fuente única de los delitos

Un entendimiento del principio de legalidad penal al modo europeo continental implicaría que el *Tratado* fuera la *única fuente* de tipificación de los delitos. Sin embargo, a esta idea sólo puede llegarse con una cierta labor interpretativa. Esto no debe asombrarnos si tenemos en cuenta que estamos ante un texto de alcance jurídico planetario. Y es que, en efecto, la idea según la cual los delitos deben ser tipificados exclusivamente en normas con rango de ley, con exclusión de reglamentos, costumbre y principios generales del Derecho, no es una idea universal, sino propia de la Ilustración europea continental. Ni siquiera es compartida por los países del ámbito del «Commom Law». Por eso, no es difícil encontrar tratados internacionales que se limiten a exigir que las penas estén previstas en el «Derecho nacional o internacional», incluyendo, por tanto, costumbre y principios generales del Derecho, tanto nacionales como internacionales²⁹. En este sentido, por ejemplo, el artículo 15.1, inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 dic. 1966) dice que «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional» y en el mismo artículo, en su párrafo segundo, se preceptúa que «nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según

²⁸ V. BUENO ARÚS, Francisco: «Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998», en *Creación...*, cit., pp. 117-133; QUEL LÓPEZ, F. Javier: «La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados», en *Creación...*, cit., pp. 79-104; y RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis, «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Creación...*, cit., pp. 133-162.

²⁹ V. HUESA VINAIXA, Rosario, «Incrimination universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)», en *Creación...*, cit., pp. 107-117.

los principios generales del Derecho reconocidos por la Comunidad Internacional³⁰. Criterio que encuentra un antecedente en los principios del Tribunal de Nüremberg.

Acaso por este motivo, el ECPI no proclama el principio «nullum crimen nulla poena sine tractatu», sino, como dice el propio tratado en el Título del artículo 22, el principio «nullum crimen sine lege»: «Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte». El artículo 23, titulado «nulla poena sine lege» sí formula un principio «nulla poena sine tractatu» (que, dicho sea de paso y como veremos posteriormente, se desdibuja por otros preceptos del propio ECPI): «quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto».

A mayor abundamiento, el artículo 21 ECPI dice que la Corte no aplicará sólo el Estatuto (y otras normas escritas como los Elementos de los crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba) sino también, en segundo lugar, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables (artículo 21.1.b) y en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen (artículo 21.1.c) ECPI)

Ahora bien, como anunciábamos más arriba, es posible una interpretación de los artículos 22 y 23, en relación con el 21, en el sentido de configurar un principio «nullum crimen, nulla poena sine tractatu». Cabe, en efecto, entender que la competencia del Tribunal no se extiende sino a los delitos tipificados en el Estatuto y que sólo puede imponer las penas recogidas en el mismo. Las restantes fuentes enumeradas en el artículo 21 completarían los tipos y penas, incorporando elementos no esenciales.

³⁰ El art. 11.2, inciso 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 dic. 1948) dice que «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o Internacional». La Convención Europea para la protección de los derechos del hombre y libertades fundamentales (4 nov. 1950), tras consagrar en términos similares a la anterior el principio de legalidad penal, (art. 7,1, inciso 1º) añade (art. 7.2) que «el presente artículo no impedirá el juicio o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión, constituía delito según los *principios generales del Derecho* reconocidos por las naciones civilizadas» (cursiva nuestra).

Esta interpretación se ve confirmada por algún otro precepto: la prohibición de la analogía (del artículo 22.2 ECPI) o el que autoriza la aplicación de una eximente establecida en alguna fuente subsidiaria (artículo 31.3 ECPI). Efectivamente, el artículo 22.2 ECPI, dice que «la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía...». Y el artículo 31.3 ECPI preceptúa que «en el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21...». (Las indicadas en el párrafo primero son: enfermedad o deficiencia mental, intoxicación, defensa propia o de tercero y coacción).

Ahora bien, este régimen jurídico entraña una cierta matización del principio de legalidad que hace cuando menos dudoso que no se vea afectado el artículo 25 CE, con lo que resulta susceptible de plantearse por este capítulo si no hubiera hecho falta una reforma de la Constitución, cuyo contenido veremos más adelante.

b) Tipicidad

Así salvado, aunque sea en términos discutibles, el principio de legalidad como principio «*nullum crimen sine tractatu*», hemos de preguntarnos si el Estatuto respeta el *principio de tipicidad*, si éste aparece establecido con contornos definidos o no y si el Estatuto contiene algún precepto que entre en contradicción con dicho principio.

Hemos visto que esta garantía se concreta en la prohibición de la analogía que recoge el artículo 22 ECPI. Pues bien, los delitos de competencia de la Corte son básicamente los enumerados en el artículo 5 ECPI: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. A ellos se añaden en el artículo 70 ECPI, los «delitos contra la administración de justicia», que están orientados a garantizar el funcionamiento de la Corte: a) falso testimonio; b) presentación de pruebas falsas; c) corrupción de un testigo, obstrucción de su comparecencia o testimonio o interferencia en ellos, represalias contra un testigo por su declaración, destrucción o alteración de pruebas o interferencia en las diligencias de prueba; d) trabas, intimidación o corrupción a un funcionario de la Corte; e) solicitud o aceptación de soborno en calidad de funcionario de la Corte, etc.

Por cierto, que el artículo 22.2, inciso segundo, ECPI recoge una peculiar versión del principio «*in dubio pro reo*», erigiéndolo en princi-

pio interpretativo de las normas. En efecto, tras decir en el inciso primero que «la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía» añade en el inciso segundo que «en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena».

Ahora bien, el principio de tipicidad no tiene su contorno todo lo preciso que sería de desear a la luz de nuestros principios constitucionales penales y además encuentra contradicción en algún precepto del Estatuto.

Decimos que no tiene contorno preciso porque la precisión de algunos extremos queda pospuesta a otras normas. En este sentido, en primer lugar, el artículo 5.2 ECPI dice que la Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen... (El artículo 121 es el que regula las enmiendas al Estatuto y el 123 la revisión). Y en el mismo sentido, en segundo lugar, el artículo 9 ECPI remite a una concreción posterior ciertos tipos penales: «los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados partes». Se ha señalado que estas remisiones recuerdan «leyes penales en blanco»³¹.

Y decimos que encuentra contradicción con algún precepto porque el artículo 9.1, que define qué se entiende por «crimen de lesa humanidad», incluye un apartado k) que considera tales «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física». Se trata de una indeterminación contraria a la prohibición de la analogía y, por tanto, al artículo 25.1 CE.

Pues bien, de lo examinado con referencia a la parte dogmática de nuestra Constitución se desprende que para armonizar ésta con el ECPI habría que haber entrado en detalles en los artículos 9, 24 y 25 CE, a lo que habría que añadir los retoques de la parte orgánica, dando lugar a un texto constitucional complejísimo y abigarrado. Parece más conveniente mantener el texto de la Constitución tal como está y añadir una disposición adicional que proclamara que los principios y derechos constitucionales tendrán las excepciones que conlleve el ECPI.

³¹ V. CUERDA Y RUIZ, op. cit., p.2.

Esa disposición adicional, por afectar al título preliminar, al Título II y a la sección 1ª del Capítulo II del Título I, habría de haberse tramitado por el procedimiento agravado.

Naturalmente, esa modificación hubiera hecho innecesaria las reformas que hemos indicado como obligadas por el procedimiento ordinario.

Cuestión adicional que se plantea es si esa disposición adicional quedaría protegida por el procedimiento de reforma agravado. Y si se debería hacer constar así en su propio tenor literal. Entendemos que sí, pero que con ello no se incrementaría la parte de la Constitución protegida por el procedimiento de reforma agravado. Queremos decir con ello que, esa disposición adicional afectaría, por ejemplo, al artículo 71 CE, pero no por ello «congelaría el rango» del mismo convirtiéndolo en parte *superprotegida* de la Constitución.

c) Indeterminación de las penas

Hemos visto que la garantía penal («*nulla poena sine lege*») parece proclamada en el artículo 23 del ECPI: «quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto».

Sin embargo, el Estatuto adolece de una notable vaguedad que lo hace difícilmente compatible con el artículo 25 CE (que recoge implícitamente el principio de garantía penal). Veamos lo que dice el artículo 77 ECPI: «La Corte podrá con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110 [es el relativo al examen de una reducción de la pena], imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado» (apartado primero). «Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en la Las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe» (apartado segundo).

Así pues, el Estatuto enumera las penas existentes, sin precisar el delito al que corresponden, su duración o su contenido. Todo lo más cabe deducir un principio de proporcionalidad entre el crimen y la pena, que está presente en otros preceptos del Estatuto: el 78.1, el

81.2.a) y el 83.3. Según el artículo 78.1, «al imponer una pena, La Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado». El artículo 81.2. a), por su parte, dice que «el Fiscal o el condenado podrán apelar una sentencia, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en razón de una desproporción entre el crimen y la condena». A tenor del artículo 83.3, «La Sala de Apelaciones, si al conocer de una apelación contra la pena, considera que hay una desproporción entre el crimen y la pena, podrá modificar ésta de conformidad con lo dispuesto en la Parte VII».

Esta indeterminación, de nuevo, se corresponde con la tradición en la justicia penal internacional. En este sentido, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg establecía en su artículo 27 que «el Tribunal tiene derecho a imponer a un acusado, una vez convicto, la pena de muerte o cualquier otra pena que el mismo Tribunal considere justa». El artículo 24 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia no preve el máximo imponible de la pena privativa de libertad, como tampoco lo hace el artículo 23 del Estatuto del Tribunal para Ruanda.

La doctrina está dividida entre quienes aceptan esta indeterminación y los que la critican. Desde el punto de vista constitucional, resulta evidente que semejante indeterminación no se compadece con lo que nuestro ordenamiento entiende como principio de legalidad de la pena. De nuevo, la ratificación del tratado parece requerir o retoques en el artículo 25 CE o, lo que parece más recomendable si tenemos en cuenta que no es la única contradicción con la Constitución, una disposición adicional que salve la constitucionalidad del ECPI. Disposición adicional que, a pesar de su emplazamiento, requeriría tramitación por el procedimiento de reforma agravado, como hemos visto anteriormente.

d) Finalidad de la pena

En cuanto a la *finalidad de la pena*, no es predominantemente retributiva, sino que pueden tener entrada consideraciones de prevención especial. Así se desprende del artículo 110.4 ECPI, que establece, como criterios para una posible reducción de la pena, la estimación de circunstancias de índole personal: «Al proceder a la revisión examen con arreglo al párrafo 3 [cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua], la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha mani-

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

No plantea este artículo contradicciones propias de inconstitucionalidad, en cuanto resulta compatible con el fin de la pena ex artículo 25 CE, pero abunda en la inconcreción de las penas, con lo que procede remitir a las observaciones realizadas en el apdo. anterior (c).

B.5. Presunción de inocencia en el ECPI y artículo 24.2 CE.

El derecho a la presunción de inocencia está garantizado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Es una característica fundamental en las orientaciones de reforma procesal del siglo XX (y comienzos del XXI), que pretenden que el progreso de una justicia eficaz sea compatible con las garantías del acusado.

Siguiendo a nuestro Tribunal Constitucional (Auto 214/1998, de 13 de octubre), el derecho a la presunción de inocencia no permite ni una condena sin pruebas (primera consecuencia) ni una condena anticipada (segunda consecuencia). *La primera* consecuencia de la presunción de inocencia es su dimensión de regla de juicio y supone que cuando se ejercita el «ius puniendi» a través de un proceso, es preciso acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria; en este sentido, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en *pruebas de cargo válidas*, correspondiendo la *carga* de la prueba a *quien acusa*. *La segunda* consecuencia de este derecho consiste en que no permite una condena anticipada, lo que se relaciona con la

dimensión del mismo consistente en ser una regla de tratamiento del acusado: de acuerdo con esta perspectiva, las medidas cautelares en el proceso penal, y en particular en la prisión preventiva, *no* pueden ser impuestas como *un castigo prematuro*, toda vez que el afectado sigue gozando de la consideración de inocente en tanto en cuanto no se ha producido una declaración definitiva de culpabilidad con efecto de cosa juzgada.

El principio de presunción de inocencia se recoge en el ECPI en el artículo 66 («presunción de inocencia»): se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable, (apartado primero). Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado, (apartado segundo). Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, (apartado tercero).

Antes de entrar a examinar cómo recoge el Estatuto las consecuencias de la presunción de inocencia, ha de subrayarse que las normas del Estatuto en este punto se desarrollan en «Las Reglas de Procedimiento y Prueba» (que, conforme al artículo 51, se aprueban por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes).

a) Carga de la prueba

Pasando a considerar, en concreto, la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio, o lo que es lo mismo, la cuestión de la carga de la prueba, ya hemos visto la claridad con que el artículo 66.2 ECPI dice que «incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado». Por su parte, el artículo 67.1.i) confiere a este último como garantía mínima, el derecho «a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas».

El acusado no tiene obligación (sí el derecho) de probar su inocencia, pudiendo permanecer pasivo como estrategia de defensa. Incluso las eximentes deben ser probadas por el Fiscal. Existen sin embargo algunas excepciones, unas discutibles y otras claras, al principio del artículo 66.2 ECPI.

- 1º) El artículo 33 ECPI recoge en el párrafo primero la exención de responsabilidad criminal de quienes obedecieran órdenes estando obligados por ley a cumplirlas, quienes no supieran

que la orden era ilícita y quienes no obedezcan órdenes manifiestamente ilícitas. Y el párrafo segundo dice que: «a los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas». Se ha dicho³² que se trata de una presunción «iuris et de iure» que, al impedir una prueba de descargo «puede ser contraria al derecho a la presunción de inocencia». No se entiende que sólo «pueda ser contraria», si es que impide una prueba de descargo. En realidad, las presunciones «iuris et de iure» más que presunciones, son mandatos al juzgador. Aquí el legislador manda al juzgador que entienda que la orden de cometer genocidio o crimen de lesa humanidad es manifiestamente ilícita; lo que, en nuestra opinión, no obsta a la presunción de inocencia, en su dimensión de regla de juicio.

- 2º) Hay otro supuesto en el que, en cambio, se permite a la Corte inferir el hecho punible a partir de indicios y mediante un razonamiento acorde con las reglas de la lógica y la experiencia. Se trata del supuesto previsto en el artículo 72.7 a) iii) en relación con el artículo 93.4, ambos ECPI. Según este último, «El Estado Parte podrá no dar lugar a una solicitud de asistencia, en su totalidad o en parte, de conformidad con el artículo 72 y únicamente si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a su seguridad nacional». Según el artículo 72.7 a) iii) en estos supuestos «la Corte, en el juicio del acusado, podrá establecer las presunciones respecto de la existencia o inexistencia de un hecho que sean apropiados en razón de las circunstancias,...»
- 3º. Existen otros casos en que la iniciativa de los actos probatorios no corresponde al Fiscal sino a las Salas. Esto impide que el órgano jurisdiccional actúe con plena imparcialidad. Lo que resulta grave si las pruebas así definidas resultan ser pruebas de cargo.

En este sentido, *en primer lugar*, la Sala de Cuestiones Preliminares puede sugerir al Fiscal que presente nuevas pruebas. En efecto, dispone el artículo 61.7.c)i) que «la Sala de Cuestiones

³² CUERDA y RUIZ, op. cit., p.3.

Preliminares determinará, sobre la base de audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió... el crimen que se le imputa. Según cuál sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares:...c) Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de: i) Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo...». *En segundo lugar*, la Sala de Primera Instancia puede ordenar la práctica de medios de prueba adicionales. Según indica el artículo 64. 6.b) y d): «Al desempeñar sus funciones antes del juicio o en el curso de éste, la Sala de Primera Instancia podrá, de ser necesario:...b) Ordenar la comparecencia y la declaración de testigos y la presentación de documentos y otras pruebas, recabando, de ser necesario, la asistencia de los Estados con arreglo a lo dispuesto en el presente Estatuto...d) Ordenar la presentación de pruebas adicionales a las ya reunidas con antelación al juicio o a las presentadas durante el juicio por las partes...». *En tercer lugar*, cuando medie declaración de culpabilidad del acusado, la Sala puede pedir al Fiscal que presente pruebas adicionales (artículo 65. 4. a)); «La Sala de Primera Instancia, cuando considere necesaria en interés de la justicia y en particular en interés de las víctimas, hará una presentación más completa de los hechos de causa, podrá: a) Pedir al Fiscal que presente pruebas adicionales, inclusive declaraciones de testigos...». *En cuarto lugar*, también La Sala de Apelaciones puede pedir pruebas para dirimir una cuestión de hecho. En este sentido el artículo 83,2,b) dice que: «La Sala de Apelaciones, si decide que las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta a la regularidad del fallo o la pena o que el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho o de vicios de procedimiento, podrá: a) Revocar o enmendar el fallo o la pena; o b) Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia. A estos efectos, la Sala de Apelaciones podrá devolver una cuestión de hecho a la Sala de Primera Instancia original para que la examine y le informe según corresponda, o podrá ella misma pedir pruebas para dirimirla...».

De nuevo nos encontramos con una serie de excepciones a un precepto constitucional que no se pueden incluir minuciosamente en el texto. Habría que hacer una alusión genérica, en el artículo 25 CE, a las excepciones del ECPI o mejor, teniendo en cuenta que habría otra igual en los artículos 9 y 24, una adicional, por el procedimiento de reforma agravado.

b) Prohibición de castigo prematuro.

Pasando a considerar la presunción de inocencia como regla de tratamiento del acusado, hemos de referirnos, en primer lugar, a la fase de investigación (y sus consecuencias para la detención) y en segundo lugar, a su proyección en la fase del juicio.

b) 1. Fase de investigación.

Comenzando con la fase de investigación, pueden servirnos como síntesis doctrinal de lo que comporta la presunción de inocencia las «Recomendaciones de Toledo para un procedimiento penal justo aprobadas por la Asociación Internacional de Derecho Penal en 1992. En ellas se dice, en la Recomendación número dos, que « el inculpaado debe beneficiarse de la presunción de inocencia a lo largo de todo el procedimiento, que cesa sólo cuando la sentencia adquiere el valor de cosa juzgada...». Conforme a la Recomendación número tres, «en la fase preparatoria que preceda al juicio la presunción de inocencia requiere la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se adoptan medidas coercitivas...» Según la Recomendación número 5, «En virtud del principio de presunción de inocencia, ha de estar prohibido ordenar y/o mantener la prisión provisional si no existen indicios serios de culpabilidad y una voluntad real por parte de las autoridades competentes para llevar a cabo el proceso o continuarlo. La prisión provisional es también ilícita cuando su duración sea mayor a la pena que presumiblemente impondrá el Tribunal a tenor de las circunstancias del caso»³³.

Por tanto, el principio de presunción de inocencia debe aplicarse también en la fase de investigación, lo que *no es recogido por el ECPI expresamente y de forma general*. Si bien sí aparecen garantías muy vinculadas a dicho principio. Así, según el artículo 55 ECPI (Derechos de las personas durante la investigación), apartado 1.a) «en las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable». En el mismo sentido, la detención indefinida no cabe, toda vez que el artículo 55.1.b) ECPI, dice que: «Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros *tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes*» (cursiva nuestra); y el aparta-

³³ Citado por CUERDA y RUIZ, op. cit., p.3 y nota 32.

do d) dice que «nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él».

Y es que la detención puede ser una consecuencia del espíritu del Estatuto, conforme al cual el juicio de *primera instancia* debe celebrarse en presencia del acusado: artículo 63 («Presencia del acusado en el juicio»), apartado 1: «El acusado estará presente durante el juicio». Para ello prevé la Parte IX (titulada: «de la cooperación internacional y la asistencia judicial»), y en concreto los artículos 91 y siguientes, la detención y entrega por parte de un Estado, entrega que es distinta de la extradición conforme al artículo 102 («A los efectos del presente Estatuto: a) Por «entrega» se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado.....»).

La detención ha de ser acordada por la Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 58.1 ECPI) cuando estime que hay motivo razonable para creer que ha cometido la persona un crimen de la competencia de La Corte y la detención parezca necesaria para asegurar que la persona comparezca en juicio, o que no obstruya las actuaciones de la Corte o para impedir que siga cometiendo el crimen.

La detención no tiene señalado límite temporal específico máximo, pudiendo durar durante la investigación y el juicio. Ahora bien, según el artículo 60, apartado cuarto, ECPI «la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal. Si se produjere dicha demora, La Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones».

En cambio, sí tiene límite la detención provisional del artículo 92 ECPI. Esta es la que, en caso de urgencia, puede solicitar a la Corte hasta que se presenten la solicitud de entrega y los documentos que lo justifiquen. Según el párrafo tercero «La persona sometida a detención provisional podrá ser puesta en libertad si el Estado requerido no hubiere recibido la solicitud de entrega y los documentos que lo justifiquen, de conformidad con el artículo 91, dentro del plazo fijado *en las Reglas de Procedimiento y Prueba...*» (cursiva nuestra). Ya hemos visto que no puede prolongarse indefinidamente, como consecuencia de lo que disponen el artículo 55.1.b) y d) ECPI.

Por lo que se refiere a la fase de apelación dice el artículo 83.5 que «la Sala de Apelaciones podrá dictar sentencia en ausencia de la persona absuelta o condenada». En efecto, el artículo 81.3, regula la

duración de modo matizado: aunque la Sala puede acordar otra cosa, la regla general es que el condenado permanecerá privado de libertad (salvo que la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, en cuyo caso será puesto en libertad); si la sentencia fue absolutoria el acusado será, en principio, puesto en libertad.

b) 2. Fase de juicio

Pasando a considerar la presunción de inocencia durante la fase del juicio, los Estatutos para la antigua Yugoslavia y para Ruanda tan sólo recogen un elenco de derechos del acusado y habilitan a los Magistrados del correspondiente Tribunal para redactar las reglas sobre procedimiento y prueba. El ECPI se remite a las Reglas de Procedimiento y Prueba, cuya aprobación corresponde a la Asamblea General de los Estados Parte y además el Estatuto recoge las reglas fundamentales en que se concreta el principio de presunción de inocencia. Veámoslas:

En primer lugar, el artículo 74.5 dice que «El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones....» Por tanto, se exige motivar por qué los hechos se consideran probados, *aunque no se formule el principio «in dubio pro reo»*.

En segundo lugar, el artículo 69 («práctica de las pruebas») dice que «no serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscita serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) su admisión atente contra la integridad del principio o redunde en grave descrédito de él».

En tercer lugar, no está claro si las decisiones pueden basarse en todas las pruebas y en la totalidad del proceso; o si sólo en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio. Quizás como consecuencia del cruce de sistemas jurídicos e idiomas, el artículo 74.2 resulta tener al respecto dos incisos contradictorios. Según el primero, «la Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio» (En versión inglesa: «The Trial Chamber's decision shall be based on its evaluation of the evidence and the entire proceedings»). Su tercer inciso dice que «la Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio». (En la versión inglesa: «The Court may

base its decision only on evidence submitted and discussed before it at the trial»). Se ha interpretado que no se limita al juicio, si bien las Reglas de Procedimiento y Prueba podrían hacerlo.

En definitiva, encontramos excepciones a principios incluidos en el artículo 25 CE como las vistas a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio (en los artículos 33; 72.7.a) en relación con el 93.4; 61,7.c) i); 64.6.b) y d); 65,4.a); y 83.2.b)). No se formula expresamente el principio de presunción de inocencia en la fase de investigación, por más que aparezcan garantías muy vinculadas a dicho principio [artículo 55.8.a) y b)] y la detención puede extenderse más de lo que la presunción de inocencia querría como consecuencia de la filosofía según la cual el juicio de primera instancia ha de celebrarse en presencia del acusado. La detención no tiene límite temporal específico máximo.

Este conjunto de contradicciones con el artículo 25 CE, es tan prolijo que no puede ser incluido en el texto de la Constitución expresamente formulado. Tan sólo cabe una alusión genérica al Estatuto de Roma de la CPI, como venimos repitiendo. Más aún si recordamos la contradicción con los artículos 9 y 24 CE. Lo adecuado es, pues, formular la salvedad en una disposición adicional a la CE, tramitada por el procedimiento de reforma agravado.

B.6. Reclusión a perpetuidad

El artículo 77.1.b) ECPI establece que «La Corte podrá....imponer a la persona declarada culpable....la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado».

Pues bien, la cadena perpetua está pacíficamente considerada contraria a nuestra Constitución toda vez que su artículo 25.2 dice que «las penas privativas de libertad... estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...».

Ahora bien, antes de pronunciarse por la necesidad de una modificación del artículo 25.2 CE han de tenerse presente las siguientes consideraciones:

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el artículo 25.2 CE no prohíbe literalmente la cadena perpetua, y que al afirmar la incompatibilidad entre una y otro estamos aplicando razonamientos de nuestra propia órbita cultural jurídica, sin tener en cuenta que en otros orde-

namientos la reclusión perpetua no es incompatible con la libertad condicional, con lo cual podría afirmarse que no es incompatible con una ejecución de la pena orientada hacia la reeducación y reinserción social.

En segundo lugar, España no parece estar obligada a ejecutar pena alguna de cadena perpetua. En este sentido, ha de señalarse que según el art. 80 ECPI, «Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte».

En tercer lugar, el art. 103, 1, b) ECPI establece que «en el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte» (esto es, la parte X, arts. 103 a 111, «De la ejecución de la pena»).

Con base en este precepto, la ley orgánica por la que se autoriza la ratificación por España del ECPI, en su disposición adicional, dice que «A efectos de lo previsto en el apartado b) de párrafo 1 del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente Declaración: «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española»»

En cuarto lugar, la regulación que hace el ECPI de la cadena perpetua relativiza la contradicción de esta pena con el art. 25.2 CE. En efecto, según el art. 110.3, «cuando el recluso haya cumplido 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse» y según su párrafo cuarto «la Corte, si en su revisión inicial con arreglo al párrafo 3 determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba».

Ahora bien, en nuestra opinión, no obstante todos estos argumentos, lo cierto es que la ratificación del ECPI supone aceptar que, por hechos cometidos en España, se puede recluir a alguien a perpetuidad, lo que no es permisible a la luz del art. 25.2 de nuestra Constitución. La declaración que propone la Ley orgánica es necesaria, pero no suficiente. Casi nos inclinamos a pensar que pone de manifiesto la mala conciencia de nuestro legislador.

De nuevo resultaba necesaria una reforma agravada de la Constitución.

VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. LA SITUACIÓN PLANTEADA TRAS LA RATIFICACIÓN DEL ECPI POR PARTE DEL ESTADO ESPAÑOL.

Llegados a este punto procede, ante todo recapitular lo ya examinado.

A. Posición de la ley orgánica (y del Consejo de Estado).

De acuerdo con la ley orgánica de ratificación, tan sólo era necesaria ella misma para la ratificación del ECPI conforme al artículo 93 CE, toda vez que la ratificación comportaba ceder facultades jurisdiccionales a un órgano internacional. [Esta exigencia absorbía la necesidad de ley para la ratificación, necesidad derivada de la concurrencia de varias de las circunstancias enumeradas en el artículo 94.1.CE: tiene carácter político (apdo. a) , afecta a los derechos fundamentales establecidos en el Título I (apartado c), implica obligaciones financieras para la Hacienda Pública (apartado d) y supondrá modificación o derogación de alguna ley y exigirá medidas legislativas para su ejecución (apartado e), ya que es necesario legislar la cooperación internacional y asistencia jurídica].

Resulta significativo en esta ley la declaración en el sentido de que, para recibir a personas condenadas, la duración de la pena impuesta no exceda el máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española. Se intenta paliar con ello el hecho de que el Estatuto recoja como pena la reclusión a perpetuidad.

Se echa de menos una declaración interpretativa del artículo 27 ECPI en el sentido de respetar el artículo 56.1 CE, que establece, como hemos visto, la irresponsabilidad del Rey.

B. Postura que se mantiene

En nuestra opinión la tesis adoptada es forzada y está condicionada a la vez, por una parte, por la enorme rigidez de nuestra Constitución, (sobre todo cuando la reforma afecta al Título preliminar,

a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, o al Título II). Y por otra, por el interés político —cuya legitimidad no discutimos— en ratificar cuanto antes el ECPI.

Si contemplamos las posibles contradicciones, sin dejarnos condicionar por el prejuicio de la conveniencia de que España ratificara, y pronto, el Estatuto, vemos que son considerables. Repasémoslas.

a) Comenzando por la parte orgánica de la Constitución, hemos visto que el art. 27 ECPI, al establecer la improcedencia del cargo oficial como excusa, contradice: el 56.3 CE, que establece la irresponsabilidad del Rey; el artículo 71, apdos. 1, 2 y 3 CE que establecen respectivamente la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero propio de diputados y senadores; y el art. 102, apdo. 1, que establece el fuero propio del Presidente y los demás miembros del Gobierno.

No todas estas contradicciones tienen las mismas consecuencias jurídicas. La contradicción con el 102.1 y 71.3, ambos CE, se podía salvar efectivamente con una ley orgánica que transfiriera competencias a la CPI (con base en el artículo 93 CE). La contradicción con el art. 71.1 haría necesario añadir en este punto 1 la frase «... sin perjuicio de las competencias de la Corte Penal Internacional». La del 71.2 se podría salvar por vía interpretativa, de manera algo forzada.

Pero si se acepta que la contradicción se extiende al 71.1 y 2 y en cierto sentido 3 CE, habría que haber procedido a reformar la CE. Por ejemplo, incluyendo en el artículo 71 un apdo. 5 que señalara que «lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se entenderá sin perjuicio de las competencias de la Corte Penal Internacional». Esta reforma se habría debido tramitar por el procedimiento de reforma constitucional ordinario: el del art. 167 CE.

En cuanto a la contradicción con el art. 56.3 CE, se podría haber salvado, por ejemplo, con un apartado cuarto que estableciera que «lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las competencias de la Corte Penal Internacional». Pero esta reforma no se habría podido tramitar por el procedimiento ordinario de reforma constitucional, sino por el agravado: el del artículo 168 CE.

Siguiendo con la parte orgánica, la contradicción entre el artículo 99.4.a) ECPI (habilitación al Fiscal para adoptar medidas propias del poder judicial o del Fiscal del Estado) y los artículos 117.3 y 124.1 CE podía quedar salvada por una ley orgánica de ratificación del ECPI.

En cuanto a la contradicción entre el artículo 85.3 ECPI (discrecionalidad de la indemnización por error judicial) y el 121 CE

(indemnización legal por error judicial) se podría haber salvado, por ejemplo, añadiendo en un apartado segundo que «lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por el Estatuto de la Corte Penal Internacional». La reforma habría de llevarse a cabo por el procedimiento ordinario de reforma constitucional. Como no se ha hecho, debería establecerse la indemnización por parte del Estado español de los errores judiciales que afecten a hechos que, de no existir el ECPI, hubieran sido competencia de los Tribunales españoles.

Hasta aquí, pues, haría falta desde el punto de vista de la armonización del ECPI con la Constitución: 1) Una reforma agravada —la del artículo 56.3 CE; 2) Varias reformas ordinarias —la de los artículos 71 y 121 CE; 3) Una ley orgánica de ratificación del Tratado que salvara las contradicciones del artículo 27 ECPI con el art. 71,3 y 102,1 CE o la del 99,4 a) ECPI con los artículos 117,3 y 124,1 CE.

b) Como vamos a ver, el panorama primero se complica y luego acaba por simplificarse si contemplamos la parte dogmática de nuestra Constitución. Subrayemos antes que ya el artículo 56.3 CE nos obliga a plantearnos una reforma de la Constitución por el procedimiento agravado.

En primer lugar, hemos visto que el 24.2 ECPI recoge el principio de retroactividad de las normas favorables en términos más limitados que el artículo 9.3 CE. Se podría añadir en el artículo 9 un apartado aludiendo a la salvedad del Estatuto, pero empiezan a ser demasiados los preceptos de este tipo. En todo caso, la reforma tendría que realizarse por el procedimiento agravado, al recaer en el Título Preliminar.

En segundo lugar, veíamos que la intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas prevista en los artículo 16 y 13 b) supone perjudicar la imparcialidad de los jueces y por tanto incide de modo reflejo en el artículo 24.1 CE. De nuevo habría que añadir un apartado excepcionando lo dispuesto por el ECPI, reforma que habría de hacerse por el procedimiento agravado.

En tercer lugar, hemos visto que la regulación de la complementariedad, del principio «non bis in idem» y de respeto a la cosa juzgada, artículos 17 y 19 y 81 y ss ECPI, puede salvarse con ciertas interpretaciones, pero no tiene un fácil encaje con el art. 24 CE. El párrafo propuesto en el apartado anterior solventaría la cuestión.

En cuarto lugar, hemos visto cómo el principio de legalidad de los delitos encuentra insuficiente plasmación. El principio de tipicidad

no se da con todo su rigor (artículos 5.2, 9.1 ECPI) y las penas se configuran con vaguedad (artículo 77 ECPI). Lo cual exigiría hacer también la salvedad de lo dispuesto por el ECPI en el artículo 25.CE, por el procedimiento agravado.

En quinto lugar, hemos visto que hay excepciones a la presunción de inocencia (v. gr. artículos 33, 1 y 2 ECPI, falta de reconocimiento de la misma en su plenitud durante la investigación, confuso reconocimiento del mismo durante el juicio) que confirman la necesidad de excepcionar el artículo 24.2 CE.

En sexto lugar, la existencia de la pena de cadena perpetua (art. 77 ECPI) hace conveniente salvar del artículo 25.2 CE lo dispuesto por el ECPI, añadiendo un apartado.

c) Pues bien, si hacen falta apartados que salven lo dispuesto en el Estatuto en los artículos 9, 24, 25, 56, 71 y 121 de la Constitución, y de ellos, los cuatro primeros debieran tramitarse por el procedimiento de reforma constitucional reforzado; si además sería necesaria una ley orgánica de autorización como consecuencia de la incidencia del Estatuto en otros preceptos de la Constitución, (artículos 117 y 124)... Está claro que sería más sencillo, en lugar de todas estas normas, añadir a la Constitución una disposición adicional, que sería la quinta y que establecería que «lo dispuesto en la presente Constitución se entenderá sin perjuicio de las competencias reconocidas a la Corte Penal Internacional conforme a su Estatuto de 17 de julio de 1998», o bien «lo dispuesto en la presente Constitución se entenderá sin perjuicio de las competencias de Tribunales Internacionales cuyos Tratados constitutivos ratifique España por el procedimiento previsto en el artículo 93».

Este precepto, a pesar de su colocación en la Constitución, como implica modificaciones en el Título Preliminar, (art. 9), en la Sección 1ª del Cap. 2º del Título I (artículos 24 y 25) y en el Título II (artículo 56) habría de tramitarse por el procedimiento de reforma agravado. Y él mismo pasaría a ser irreformable salvo por el procedimiento de reforma agravado, en la medida en que incidiera en partes de la Constitución de protección máxima.

d) La extraordinaria dificultad del mismo hubiera podido suavizarse si se hubiera iniciado al final de una legislatura. Entonces las Cortes habrían iniciado el procedimiento de reforma constitucional de forma tal que la disolución en aplicación del artículo 168 coincidiera con la de final de legislatura.

C. La situación creada

Ahora bien, el hecho es que todo esto no ha sucedido. El hecho es que España ha ratificado el Estatuto por el procedimiento del artículo 93 CE sin que ningún agente político o autoridad jurídica relevante haya cuestionado la constitucionalidad del procedimiento, y sin que esto parezca que verosímilmente pueda suceder.

Esto nos sitúa ante la siguiente disyuntiva: o entendemos que la ley orgánica 6/2000 de 4 de octubre que autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional es inconstitucional o aceptamos que está en vías de producirse una mutación constitucional (que se consumará el día que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o bien el día en que comience a funcionar la CPI).

Creemos que no se debe optar por la primera solución, porque la segunda es más conforme con el espíritu de la Constitución considerado globalmente. Si hay que optar entre la nulidad de la ratificación o la aceptación de ciertas contradicciones concretas con la Constitución, resulta más conforme con la Constitución lo segundo.

Ahora bien, no cabe desconocer, de cara al futuro, que pende sobre la ratificación lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual la violación manifiesta de normas de Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar Tratados da lugar a la nulidad³⁴. En efecto, aunque seguramente ese precepto no esté concebido para casos como éste³⁵,

³⁴ El mencionado artículo, titulado «Disposiciones de Derecho interno concernientes a la competencia para celebrar Tratados», dice «1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado haya sido manifestado en violación de una Disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe».

³⁵ Vid. PUENTE EGIDO, J. «Lecciones de Derecho internacional público», Vol I,1, Madrid 1997, pp. 197-198, que señala que el precepto, más que a un vicio del consentimiento, se refiere a una regla de responsabilidad: sanciona la mala fe de un Estado que concluye un Tratado sabiendo que, por parte del otro Estado, no está actuando la autoridad competente según su Derecho interno.

podría sostenerse que el órgano competente cuya voluntad era decisiva para la conclusión del Tratado era el poder constituyente, y no el legislativo ordinario.

Por estas razones, sostenemos que estamos ante una mutación constitucional.