

1 • Aspectos generales

En no pocas ocasiones un Estado se compromete internacionalmente a cumplir con una serie de compromisos que le pueden ser exigibles en ese nivel,¹ cuando en la realidad no resulta infrecuente que el proceso se quede en la simple ratificación del tratado, sin que se brinden los instrumentos jurídicos en lo interno que permitan hacer efectivos dichos compromisos, omisión que los vacía de contenido, creando antinomias y lagunas legales.

Esto tiene relevancia desde varios ángulos. Desde la óptica del derecho internacional público se parte del presupuesto de que los tratados se celebran para ser ejecutados y su ejecución presupone, a la vez, que los tribunales nacionales puedan aplicarlos.² Ello implica que ante la comunidad internacional se ha asumido un compromiso, frente al cual, tal y como lo ha dispuesto el numeral 27 de la Convención de Viena de 1969, cuando hay incumplimiento no cabe siquiera alegar como justificación el propio derecho interno.³

¹ Desde vieja data se ha sostenido en la doctrina iusinternacionalista que “El tratado vincula a los Estados porque han consentido en vincularse por él. Por tanto, el tratado es un acto jurídico en el que intervienen voluntades humanas y por esa razón podemos hablar a este propósito del mecanismo convencional o de su carácter operativo. La palabra ‘tratado’, pues, incluye tanto el acto como su resultado, a saber: la norma” (Chailley, 1932: 110).

² En igual sentido: Reuter, 1999: 34.

³ “El principio básico que opera en estos casos es que el derecho internacional público permite que el derecho constitucional de cada Estado solucione los problemas derivados de la aplicación, por parte de sus tribunales, de las normas del derecho internacional, en particular de las normas que incluye un tratado” (ibídem: 35).

Ya en este plano no es posible, o al menos no es recomendable, esperar hasta que se presente un caso concreto para tratar de dotar al operador jurídico de los instrumentos que conviertan el tratado en algo más que un simple enunciado general de principios y obligaciones.

En el ámbito interno parece ser la tónica que a tales tratados, por tener un carácter internacional, se los mire como algo alejados de nuestra realidad cotidiana, olvidándose el hecho de que son normas que establecen una serie de compromisos en diversos ámbitos, uno de los cuales es precisamente su aplicación en el ámbito interno. Esto tiene incidencia indudablemente en la política-criminal, que a su vez delinea la forma de aplicación dentro del sistema de administración de justicia de los compromisos internacionalmente asumidos.⁴

En todo caso, frente a un tratado internacional el enfoque que desde la órbita interna se pueda llevar a cabo comprendería aspectos de constitucionalidad, de legalidad (positiva u omisiva), de fondo o de forma (procesal, normas de cooperación). En esta ocasión nuestro interés será enfocar algunos de los eventuales cuestionamientos que en el orden constitucional interno de Costa Rica se le han hecho al ECPI y cómo se han ido solventando.

El Estatuto de Roma fue firmado por el Poder Ejecutivo el 7 de octubre de 1998; la Sala Constitucional de Costa Rica votó favorablemente acerca de su constitucionalidad en consulta preceptiva previa⁵ del proyecto de aprobación del tratado en resolución de catorce y cincuenta y seis horas de 1 de noviembre de 2000; a su vez, fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 7 de febrero de 2001 (ley 8083) y finalmente ratificado por el Poder Ejecutivo el 7 de junio de 2001.⁶

⁴ Para el derecho internacional público ni siquiera es admisible un trato diferenciado o una aplicación parcial de la norma de derecho internacional en el derecho interno, una vez suscrito el tratado. Así: Starozzi, 1999: 137. Un caso concreto se observa claramente cuando el ECPI supedita la intervención de la CPI a la eficacia de la persecución interna de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto (principio de complementariedad).

⁵ Sobre la conveniencia de un sistema previo de control de constitucionalidad de los tratados se sostiene: “[...] una vez que el instrumento internacional en cuestión se encuentre en vigor y plenamente integrado en el ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente la posibilidad de habilitar a su respecto un control de constitucionalidad a posteriori, pues —hipotizando—, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional pertinente concluyera que éste es total o parcialmente inconstitucional? Percibimos que tal alternativa podría coadyuvar al vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado en punto a honrar sus compromisos internacionales [...]” (Bazán, 2003: 111). Igualmente, acerca del funcionamiento en Costa Rica del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales se puede consultar Lösing, 2002: 106.

⁶ Al respecto: www.Asamblea.go.cr; www.Poder-Judicial.go.cr/despachos/Sala_Tercera; www.iccnw.org; Polo Gálvez, 2002: 443; Hernández Balmaceda, 2003: 262.

Como un balance general de todo este proceso es posible afirmar que en su momento propició una resolución de la Sala Constitucional⁷ y una reforma de la ley penal sustantiva que tiende a adaptar el ordenamiento jurídico penal nacional,⁸ lo que resultó claramente deficitario respecto de los compromisos asumidos, tanto en lo que toca al derecho penal general y especial, como al proceso penal.⁹

En esa primera confrontación del ECPI con la Carta Magna costarricense surgen varios aspectos que reclaman atención, a saber: un primer problema esencial, cual es el de la jerarquía en el ordenamiento interno; posteriormente, el tema de la complementariedad del ECPI; la obligatoriedad en la persecución de los crímenes internacionales; la entrega de nacionales, las inmunidades; y las penas de prisión a perpetuidad.

2 • Jerarquía interna del Estatuto

La Sala Constitucional de Costa Rica se planteó tal inquietud en un primer examen de dicha norma convencional, cuando resuelve la consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de Ley de Ratificación del ECPI en el voto 2000-09685, resaltando incluso que en otro precedente (voto 2313-95)¹⁰ se había asentado la jurisprudencia de que en tratándose de derechos humanos los instrumentos internacionales “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman por sobre la Constitución”.

⁷ Consulta preceptiva de constitucionalidad de catorce y cincuenta y seis minutos del primero de noviembre de dos mil sobre el proyecto de Ley de Aprobación del Estatuto de Roma.

⁸ Proyecto de ley publicado para su estudio y debate en la Asamblea Legislativa en el periódico oficial *La Gaceta*, n.º 1 29 del jueves 5 de julio de 2001, www.imprenal.go.cr, que se convirtió finalmente en ley ordinaria n.º 8272 de 2 de mayo de 2002.

⁹ Sobre las deficiencias del sistema penal costarricense frente al ECPI véase: Hernández Balmaceda, 2003: 259-304. Cabe agregar a lo que ahí se anota que al día de hoy no existe una normativa que realmente implemente el ECPI en el ordenamiento interno costarricense y ni siquiera se ha ratificado el Convenio de Inmunidades y Privilegios de la ECPI, mucho menos una normativa que prevea la implementación del ECPI.

¹⁰ Ambos se pueden consultar en la página www.Poder-Judicial.go.cr, enlace: SCIJ (Sistema Costarricense de Información Jurídica). Igualmente, tal posición la ha esbozado la Sala Constitucional en otros votos —3435-92, 5759-93 y 2313-95— que también pueden ser consultados íntegramente en el enlace mencionado.

No obstante, a la fecha nunca la jurisprudencia constitucional ha fijado una posición clara y contundente en el sentido de que el ECPI o alguna de sus disposiciones encuadran dentro de la clasificación de un instrumento internacional de derechos humanos, y en consecuencia se extraña un examen acerca de si en realidad en aquel se otorgan mayores derechos o garantías que los que garantiza la Constitución costarricense. Parecería que ello es una tarea pendiente que queda para el juez o para la academia.¹¹ Ello no obsta para que en algún caso concreto en el futuro la misma Sala Constitucional pueda dilucidar el punto.

No se trata de un punto baladí, ya que adoptar una u otra posición implicaría que el ECPI tenga o no un valor supraconstitucional, constitucional o superior a la ley e inferior a la Carta Magna. Aún así en el voto 2000-09685 la Sala Constitucional parece sugerir que podría llegar a tener un valor por sobre la Constitución o a la par de ésta.

En todo caso, e independientemente de cómo se llegue a solventar el punto, el ECPI tiene en el ordenamiento costarricense indudablemente una jerarquía superior a la de la ley ordinaria, de conformidad con lo que dispone nuestra Constitución Política (artículos 7 y 48). Esto significa que prevalece sobre la normativa penal (formal y material).

Por de pronto, podemos afirmar que el valor constitucional o supraconstitucional del Estatuto es un punto que no ha sido abordado por la jurisprudencia constitucional y que tampoco ha sido analizado ampliamente por nuestra doctrina.

3. Complementariedad

A diferencia del tema de la jerarquía del ECPI, la jurisprudencia constitucional costarricense sí ha adoptado una posición definida con respecto al tema de la complementariedad del Estatuto.

La Sala Constitucional, en la consulta preceptiva a la que ya hemos aludido,¹² hace referencia a un tema harto conocido, como lo es el principio de complementariedad. Se reitera, y así se establece claramente en el voto ya indicado, que el ECPI es

¹¹ Un pequeño análisis con relación a Costa Rica se puede encontrar en Hernández Balmaceda, 2003: 262; en un ámbito general, Salado Osuna (2000: 267-299) sostiene que el ECPI podría considerarse parcialmente un tratado de derechos humanos.

¹² Voto 2000-09685.

un instrumento internacional que tiene por finalidad crear la Corte Penal Internacional, el cual será un órgano complementario a las jurisdicciones penales nacionales y no un sustituto de éstas.

En ese mismo precedente se establece que la persecución de estos delitos se haría por dos vías: una nacional, cuya competencia es propia de cada Estado, y otra internacional, cuya competencia corresponde a la Corte.

Asume la Sala Constitucional de Costa Rica como algo fundamental para la eficacia del ECPI dos aspectos: la aplicación del principio de complementariedad y la obligación de perseguir los crímenes internacionales. Efectivamente, ambos resultan de vital importancia para su puesta en vigencia, por lo que una apuesta clara a favor de ambos se fija un norte en la interpretación que de aquel puedan llevar a cabo tanto el legislador ordinario como los tribunales.

Tampoco podemos obviar el hecho de que las decisiones que adopta la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes* y su incumplimiento constituye un delito.¹³

4. Obligatoriedad de la persecución de los crímenes internacionales

Este tema, tampoco pasa por alto cuando se realiza la consulta preceptiva previa de constitucionalidad del proyecto de Ley de Aprobación de ECPI por la Sala Constitucional de Costa Rica. De hecho, se fija una posición importantísima que no deberán pasar por alto los operadores del sistema ni, en especial, el propio legislador.

Tal órgano de control de constitucionalidad en la decisión aludida hace referencia directa al tema de la obligatoriedad de la persecución de los crímenes internacionales. Literalmente en dicho voto se indicó: “[...] estima la Sala que tanto la prevención como la persecución de tales delitos ha sido y es *un deber nacional* respecto del cual ha existido conciencia plena aun desde antes de la ratificación del Estatuto consultado”.

¹³ Así lo establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional (n.º 7135)

Esta posición es conforme a lo que dispone el numeral 1, párrafo 3, de la Carta de la ONU, lo que se ha plasmado en las Convenciones de Ginebra de 1949, en el protocolo adicional 1, en el preámbulo y en el artículo 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en variada jurisprudencia internacional pasando por Núremberg o por el Caso *Nicaragua contra Estados Unidos* de la Corte Internacional de Justicia, entre muchos otros instrumentos internacionales y precedentes.¹⁴

En todo caso, la decisión adoptada por la Sala Constitucional costarricense va en línea directa con lo que ya de por sí establece el artículo 86 del ECPI, reafirmando así su vigencia en el plano interno, tanto respecto de su interpretación y aplicación en el ámbito judicial, como del desarrollo legislativo posterior.

5 ● Entrega de nacionales

Este tema, que no deja de ser controvertido, efectivamente suscitó discusión dentro de la propia Sala Constitucional. Ello por cuanto el artículo 32 de la Constitución Política de Costa Rica dispone: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional”.

Frente a tal dificultad, la Sala Constitucional argumentó en el sentido de que tal garantía no es absoluta y, por lo tanto, ante la gravedad de los delitos que se pretende perseguir, resulta proporcional y razonable limitarla cuando los fines que se persiguen tienden a garantizar los derechos humanos.

No podría convertirse dicha norma¹⁵ en un impedimento en la lucha por la tutela de los derechos humanos, máxime porque “Al desarrollo de este nuevo orden internacional de protección de derechos no se opone la Constitución; por el contrario, lo propone [...]”, según sostienen los magistrados constitucionales costarricenses en el voto 2000-09685 ya citado.

¹⁴ Al respecto: Garzón Clariana, 1976: 67; Hernández Balmaceda, 2005: 153-154.

¹⁵ El artículo 34 de la Constitución Política costarricense que prohíbe obligar a un costarricense a abandonar territorio nacional.

Hay una apuesta clara en este sentido a favor de la tutela de los derechos fundamentales, donde incluso garantías específicas contenidas en la propia Constitución se limitan, lo que a todas luces es consecuente con un compromiso en la protección de otros derechos y garantías cuya tutela y persecución no deben encontrar obstáculos, ni siquiera en la Carta Magna, ya que ello atentaría contra la dirección que aquella ha fijado claramente en favor de la tutela, de la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, esta posición favorable a la entrega de nacionales no fue unánime; hubo un voto salvado de dos magistrados, quienes consideraron que había una clara antinomia entre el artículo 89 del ECPI y el numeral 32 de la Constitución Política, por lo que la única posibilidad sería que se llevara a cabo la entrega de extranjeros, pero no de nacionales.

6. Las inmunidades

Este tema tampoco pasó desapercibido en este primer enfrentamiento del ECPI con la Constitución de Costa Rica. No se puede obviar, primeramente, que el numeral 27 del Estatuto de Roma preceptúa: “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 [...]”. Al respecto el Tribunal Constitucional de Costa Rica optó por una tesis que descarta la existencia de una antinomia, concretamente una inconstitucionalidad con relación al tema de las inmunidades.

A pesar de lo anterior, el análisis que se hace en el precedente aludido se queda bastante corto, ya que, si bien se citan normas que establecen cuál es el procedimiento cuando se persigue penalmente a miembros de los supremos poderes, en realidad tales normas lo que disponen es cuál es el procedimiento a seguir en lo interno.¹⁶ Para la Sala

¹⁶ Se hace referencia en el voto 2000-9685 de la Sala Constitucional de Costa Rica a otros precedentes con respecto del tema de las inmunidades o los fueros de improcedibilidad de los miembros de los supremos poderes (votos 428-93; 1072-93) y a lo que disponen los numerales 110 y 121 de la Carta Magna, entre otros, y el numeral 336 del Código Penal.

Constitucional, la existencia de un privilegio de este tipo en nada obsta a que se inicie un proceso en la CPI y a la vez en el ámbito interno se lleve a cabo un proceso de desafuero.

Varios problemas pueden surgir, primeramente, cuando no se levanta el fuero y a su vez en el seno de la Corte Penal Internacional existe un proceso abierto. Sobre ese punto no hay un pronunciamiento concreto de la Sala Constitucional; únicamente se indica que como salvedad no se podría condenar en ausencia del acusado, en tanto eso violentaría garantías constitucionales reiteradas en Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente la garantía del debido proceso.

Sería este el principal obstáculo que no se soluciona y sobre el cual tampoco se brinda luz alguna, por lo que es posible afirmar que en esto caeríamos en un vacío legal.

Al igual que en el voto disidente, en relación con este tema hemos de indicar que, como se mencionó, en el proyecto de Ley de Aprobación del Estatuto¹⁷ se incluye el artículo 3, que dispone que lo preceptuado en el párrafo II del artículo 27 del ECPI no se interpretará en perjuicio de lo que dispone la Constitución Política de Costa Rica en los artículos 101, 110, 121 inciso 9 y 151, que son las reglas en materia de inmunidades.

Hecha esta salvedad en el proyecto de aprobación, el voto de minoría de la Sala Constitucional sostiene que de esta forma se solventaría el problema que para algunos magistrados representa el artículo 27 del ECPI.

Esta posición no prevaleció a la hora de analizar la constitucionalidad del ECPI; aun así, la ley de aprobación del ECPI mantuvo esta limitación.¹⁸ Podríamos considerar, incluso, que esa solución fue poco consecuente con relación a la asumida por la Sala Constitucional en el voto de mayoría, tanto respecto a este tema en particular como en cuanto al fundamento para admitir la entrega de nacionales a la CPI.

Esto así pues este fuero no podría constituirse en un obstáculo y casi un escudo irrestricto que impida la persecución de las graves violaciones a los derechos humanos. Si la garantía de no entrega de nacionales se encuentra limitada porque en una

¹⁷ Ley 8083.

¹⁸ En la ley 8083 de aprobación del ECPI en su artículo 3, se dispuso: “El Gobierno de la República de Costa Rica interpreta que lo preceptuado en el segundo párrafo del numeral 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no se aplicará en perjuicio de lo dispuesto en la Constitución Política, en los artículos 101, 110 y 151, así como en el inciso 9 de su artículo 121”; esto es, las normas internas con respecto a inmunidades.

ponderación de intereses se apuesta claramente por la tutela de los derechos humanos, con mucha mayor razón debería excluirse a tales graves delincuencias del fuero de improcedibilidad que establece la propia Constitución Política nacional, dado que existe una jerarquía, un énfasis o un norte fijado ya por el constituyente y reconocido y reafirmado por el juez constitucional, a favor de aquellos.

7 • Penas a perpetuidad

Otro aspecto que ameritó la atención de los magistrados constitucionales fue el de la posibilidad de aplicar penas perpetuas, como lo preceptúan los numerales 77 y 78 del ECPI. El primer obstáculo constitucional al que se enfrentan tales previsiones es lo que dispone el artículo 40 de la Constitución Política de Costa Rica, que expresamente prohíbe esta clase de penas. Para la Sala Constitucional de Costa Rica es claro que, frente a tal antinomia, lo que salva la eventual inconstitucionalidad de esa previsión del Estatuto es lo que prevé el artículo 80 del mismo cuerpo normativo, en el sentido de que nada de lo dispuesto en la parte VII se podrá interpretar en perjuicio de la legislación interna de los Estados en materia de penas.

Es de esa manera, y únicamente por esa vía, que para la Sala Constitucional de Costa Rica se puede llegar a concluir que tal previsión (artículos 77 y 78 del Estatuto, que prevén la pena de prisión perpetua) no es inconstitucional. Esto tiene un efecto práctico que bien lo hizo ver el voto minoritario: no podría hacerse entrega a la ECPI del perseguido si no se brindan las garantías suficientes de que no se aplicará una pena de ese tipo, en tanto la Constitución Política costarricense la prohíbe.

Bibliografía

- BAZÁN, Víctor: "La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de derecho comparado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- CHAILLEY, P.: *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, París: Sirey, 1932.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio: "Sobre la noción de cooperación en el derecho internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, n.º 1, Madrid, 1976.
- HERNÁNDEZ BALMACEDA, Paul: "Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, IBCCRIM, y Universidad de Gotinga, 2005.
- "Costa Rica", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003.
- LÖSING, Norbert: *La jurisdiccionalidad constitucional latinoamericana*, trad. de M. Anzola Gil, Madrid: Dykinson, 2002.
- POLO GÁLVEZ, Luis F.: "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002.
- SALADO OSUNA, Ana: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Barcelona: Bosch, 2001.
- STAROZZI, Giorlamo: *Il diritto dei trattati*, Turín: Giappichelli, 1999.