

1. Introducción

El Salvador no es parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tuvo participación en la Conferencia Plenipotenciaria de Roma, en 1998, y votó, como el resto de los estados participantes, a favor de la aprobación del Estatuto. A pesar de esa aceptación, el Estado salvadoreño no firmó el convenio y hasta la fecha tampoco se adhirió, con el argumento de que existen disposiciones del tratado que contradicen normas de la Constitución de la República. En consecuencia, no existe todavía ningún proyecto de implementación.

Las contradicciones constitucionales señaladas por el Gobierno de El Salvador, son la pena de prisión perpetua, proscrita por la Constitución salvadoreña (artículo 77.1.*b* del ECPI frente al artículo 27, inciso 2.^º, de la Constitución); la extradición y la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional (artículos 89 y 90 del ECPI frente al artículo 28, incisos 2.^º, 3.^º y 4.^º, de la Constitución); la posible afectación al principio de prohibición de la persecución penal múltiple o *ne bes in idem* (artículo 20.3 del ECPI frente al artículo 11, inciso 1.^º, *in fine*, de la Constitución), y el desconocimiento de fueros, privilegios o inmunidades a funcionarios de gobierno, dado que la Constitución de El Salvador reconoce el privilegio de antejuicio (artículo 27 del ECPI frente a los artículos 236 a 238 de la Constitución).

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

No ha existido ni existe todavía una reforma constitucional, pero las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores consideran que sí será necesaria dicha reforma. Para ello se han revisado las soluciones adoptadas por países que tenían similares incompatibilidades con sus respectivas constituciones, como Costa Rica, Chile y Colombia. Sin embargo, la solución en El Salvador no puede ser igual a la de estos países, en que las incompatibilidades con las constituciones fueron superadas o podrían serlo (caso de Chile) por medio de decisiones jurisprudenciales previas pronunciadas sobre la constitucionalidad del Estatuto en sí mismo o sobre sus respectivos decretos de ratificación. Colombia, Chile y Costa Rica tienen la ventaja de contar con una especie de control de constitucionalidad *a priori*, en virtud del cual una ley o un tratado internacional puede ser sometido a dictamen previo de sus correspondientes tribunales de constitucionalidad antes de ser firmado y/o ratificado por el Estado respectivo, algo que no existe en El Salvador, donde el control de constitucionalidad es sólo *a posteriori*.

En Chile, el Tribunal Constitucional, en fallo del 8 de abril del 2002, decidió que varias disposiciones del Estatuto eran inconciliables con la Constitución Política y que, en consecuencia, la ratificación del tratado demanda una reforma constitucional.¹ En Costa Rica, la Sala de lo Constitucional estableció la constitucionalidad del proyecto de aprobación del Estatuto, mediante resolución de consulta preceptiva de fecha 1 de noviembre del 2000,² mientras que en Colombia la Constitución dispone que la ley aprobatoria de un tratado debe ser objeto de revisión constitucional, lo cual se hizo mediante providencia C-578 del 2002, de la Corte Constitucional, que no sólo declara la constitucionalidad del Estatuto, sino que busca aclarar fundamentalmente los límites estrictos dentro de los cuales se deben interpretar y aplicar las normas de éste.³

¹ Véase José Luis Guzmán Dálbora: "Informe sobre Chile", 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 para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, pp. 163 ss.

² Véase Paul Hernández Balmaceda: "Informe sobre Costa Rica", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 259 ss.

³ Véase Alejandro Aponte: "Informe sobre Colombia", en Ambos y Malarino, o. cit., pp. 201 ss.

En El Salvador, ante la imposibilidad de contar con un dictamen constitucional previo para superar las posibles contradicciones del Estatuto con la Constitución o del decreto de ratificación, el Gobierno está pensando que la solución puede ser una compatibilidad global, a través de una sola reforma constitucional, consistente en proclamar que el Estado salvadoreño puede reconocer la competencia jurisdiccional de la Corte Penal Internacional y que no se considerarán inconstitucionales las posibles contradicciones o diferencias entre el Estatuto y la Constitución de la República, de modo similar a como lo hizo Francia y, a partir de su ejemplo, otros países como Luxemburgo, Brasil y Colombia.

Sin embargo, hasta la fecha de este informe, aún no se ha presentado ninguna propuesta de reforma constitucional. En el año 2003, lo único que hizo el Ministerio de Relaciones Exteriores fue presentar a la Asamblea Legislativa una solicitud de opinión acerca de la viabilidad o no viabilidad de esa posible reforma constitucional única. Esta iniciativa no es una petición de ratificación del Estatuto de Roma, sino solamente una especie de consulta técnica sobre la posibilidad de llevar a cabo una sola reforma constitucional. No pude tener conocimiento directo del texto en el que se expone la posible reforma constitucional. Dadas las relaciones muy cercanas con Colombia, es posible que El Salvador intente seguir una fórmula similar a la de este país.⁴

Según la funcionaria encargada de este tema en el Ministerio de Relaciones Exteriores,⁵ existen varios obstáculos para lograr este tipo de reforma constitucional global. Uno de ellos, que podemos llamar *obstáculo cultural*, es el desconocimiento generalizado entre los legisladores de los contenidos del Estatuto de Roma; son pocos los diputados que conocen el texto del Estatuto. Ese desconocimiento los hace incurrir en temor, no por ellos, sino por otras personas o sectores sociales, de que se pudiera vulnerar el principio de irretroactividad, es decir, que la adhesión al Estatuto de Roma pudiese permitir el juzgamiento de hechos ocurridos durante el conflicto armado. Esto puede calificarse como un *obstáculo político*, en la medida en que inten-

⁴ Colombia introdujo en el artículo 93 de su Constitución la disposición siguiente: "El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él". Véase Aponte, o. cit., p. 202.

⁵ Entrevista telefónica con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora general de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores, San Salvador, 25 de febrero de 2005.

ta poner a salvo de cualquier jurisdicción a personas que en el pasado reciente ejercieron el poder o estuvieron vinculadas a su ejercicio y podrían resultar señaladas como autores de crímenes de competencia de la CPI.

Otro problema que señala la funcionaria citada es un *obstáculo jurídico constitucional*: la complicación y retardación de cualquier reforma constitucional que requiere de la concurrencia de voluntades de dos legislaturas consecutivas, una que acuerda y otra que ratifica la reforma.⁶ En efecto, el artículo 248 de la Constitución de la República de El Salvador establece un procedimiento engorroso de reforma constitucional, según el cual ésta sólo puede ser propuesta por un número de diez diputados y su decreto depende de dos momentos distintos: primero, el acuerdo de reforma constitucional, que puede aprobarse con el voto de la mayoría simple, es decir, la mitad más uno de los diputados electos; segundo, la ratificación por la siguiente Asamblea Legislativa, mediante voto calificado de dos terceras partes de los diputados electos.

No obstante, este proceso podría no ser tan prolongado como parece, ya que los períodos legislativos son de tres años y, por lo tanto, una reforma constitucional puede decretarse en menos de un mes, siempre que sea acordada por una legislatura al final de su período y la siguiente la apruebe en los primeros días de su mandato, tal como ya ocurrió con las reformas constitucionales que se derivaron de los Acuerdos de Paz. En el caso que nos ocupa, la reforma constitucional única que habilitaría la compatibilidad global del Estatuto de Roma con la Constitución podría ser acordada por la presente legislatura a más tardar al final de su período, que es abril del 2006, y luego ser aprobada por la legislatura siguiente en mayo del mismo año. Es decir, en el término de un año, contados a partir de la fecha de este informe, El Salvador podría llegar a superar las incompatibilidades constitucionales señaladas al Estatuto de Roma e inmediatamente emitir el decreto de adhesión y ratificación de dicho estatuto. Ahora bien, si los diputados que integran la actual Asamblea Legislativa no acuerdan esa reforma constitucional, entonces esta posible solución se prolongaría hasta el año 2009, cuando concurran de nuevo la finalización y el comienzo de otras legislaturas. Es decir, una nueva oportunidad de reforma constitucional tendrá lugar dentro de un plazo aproximado de entre cuatro y siete años (2009 ó 2012).

⁶ Ídem.

En mi opinión, una alternativa a la reforma constitucional, que podría ser una forma de conseguir una decisión jurisprudencial previa, sería que la Asamblea Legislativa emitiera un decreto en el que expresara que, para los efectos de la vigencia del Estatuto de Roma, se considerará que éste, en forma general, no contradice disposiciones de la Constitución, salvo que dichas contradicciones se demuestren en cada caso concreto. Una vez emitido, el decreto tendría que ser objeto de una demanda de inconstitucionalidad —que puede ser interpuesta por cualquier persona— para habilitar el proceso mediante el cual puede pronunciarse nuestro órgano de control concentrado de la Constitución, que es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Si la Sala considera que dicho decreto no es inconstitucional, entonces se habilitaría el camino a los órganos Ejecutivo y Legislativo para emitir los correspondientes decretos de adhesión y ratificación del Estatuto. Sin embargo, soy consciente de que éste sería un procedimiento engoroso, posiblemente incompatible con la Constitución misma, y que hace correr el riesgo de que la Sala de lo Constitucional termine admitiendo las contradicciones del Estatuto con la Constitución; de ese modo, en lugar de solución sería una complicación mayor, porque se prolongaría el proceso a la espera de la reforma constitucional, tal como ha ocurrido en Chile.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

El Salvador no ha suscrito el Estatuto de Roma ni adherido a él; por lo tanto, no cuenta con una ley ni con un proyecto de implementación del Estatuto en su legislación interna. En caso de que el país se adhiera, no se ha definido todavía si su implementación será por medio de una remisión directa a dicho Estatuto, por medio de una ley especial de implementación o a través de reformas a al Código Penal (CP) y al Código Procesal Penal (CPP).

Aunque El Salvador todavía no es parte del ECPI, se afirma que está haciendo una especie de estudio comparativo para su posterior implementación. En ese sentido, según información proporcionada por funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores,⁷ se han recopilado y estudiado las leyes de implementación nacional de varios países, de las cuales la de Uruguay es la que más ha llamado la atención. Asi-

⁷ Entrevista con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora de la Unidad de Asesoría Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, San Salvador, 4 de marzo de 2004.

mismo, se está estudiando el establecimiento de un procedimiento para hacer efectivas en el país las sentencias de tribunales internacionales, dado que no existe normativa al respecto. Sin embargo, no se ha elaborado aún propuesta de reforma alguna, ni menos se ha presentado algo concreto a la Asamblea Legislativa.⁸ No se puede afirmar entonces que el posible proyecto de implementación o algunas de sus soluciones concretas utilizarán como fuente los proyectos o leyes de Uruguay o de otro país en particular, porque, tal como lo informó una de las funcionarias responsables de esta materia, no se cuenta todavía con ningún proyecto; a lo sumo puede decirse que se está elaborando una especie de preproyecto.⁹

2.3. Problemas que podrían surgir en caso de realizarse la implementación y sus posibles soluciones

2.3.1. *El convenio bilateral entre El Salvador y los Estados Unidos de América para evitar la extradición de nacionales ante la Corte Penal Internacional*

Este convenio, cuyo título es “Convenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto del traslado de personas a la Corte Penal Internacional”, fue firmado el 25 de octubre de 2002 —apenas tres meses después del comienzo de la vigencia del Estatuto de Roma—, remitido por la ministra de Relaciones Exteriores a la Asamblea Legislativa para su estudio y posible ratificación el 22 de enero del 2003 y ratificado por este último órgano de Estado el 29 de abril del 2004, con los votos del partido de gobierno (ARENA) y dos de sus partidos políticos aliados (PCN y PDC), mediante decreto legislativo n.º 318, del 29 de abril del 2004, publicado en el diario oficial n.º 90, tomo n.º 363, de 18 de mayo del 2004, vigente ocho días después de su publicación, es decir, desde el 25 de mayo del 2004. Sus principales cláusulas dicen:

⁸ Cf. Jaime Martínez Ventura: *Ley de Amnistía General y Falta de Adhesión al Estatuto de la Corte Penal Internacional en El Salvador*, inédito, p. 28. Versión extensa de la ponencia presentada en el seminario internacional *La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional*, San Pablo (Brasil), 19 y 20 de marzo de 2004, organizado por el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales (IBCCRM) y la Fundación Konrad Adenauer (FKA), con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Georg-August Universität Göttingen (Alemania).

⁹ Entrevista telefónica con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora general de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores, San Salvador, 25 de febrero de 2005.

1. A los efectos del presente Convenio, por “personas” se entiende los funcionarios públicos, los empleados (incluidos los contratistas), el personal militar o los nacionales de una Parte, actuales o antiguos; y “trasladar” incluye extradición, entrega o traslado por cualquier medio.
2. Las personas de una Parte presentes en el territorio de la otra, no serán, salvo con el consentimiento expreso de la primera Parte,
Trasladas por ningún medio a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni
Trasladas por ningún medio a ninguna entidad ni a un tercer país, ni
expulsadas a un tercer país, con el propósito de trasladarlas a la Corte Penal Internacional.
3. Cuando el Gobierno de los Estados Unidos de América traslade a una persona de la República de El Salvador a un tercer país, el Gobierno de los Estados Unidos de América no convendrá en que el tercer país la traslade a la Corte Penal Internacional, salvo con el consentimiento expreso del Gobierno de la República de El Salvador;
4. Cuando el Gobierno de la República de El Salvador traslade a una persona de los Estados Unidos de América a un tercer país, el Gobierno de la República de El Salvador no convendrá en que el tercer país la traslade a la Corte Penal Internacional, salvo con el consentimiento expreso del Gobierno de los Estados Unidos de América.
5. Las partes convienen, sujetas a sus respectivas obligaciones jurídicas internacionales, no facilitar a sabiendas, ni consentir, ni cooperar con las gestiones de ninguna entidad o tercer país, incluyendo cualquier Estado Parte del Estatuto de Roma, para que se traslade a una persona de la otra Parte a la Corte Penal Internacional [...]

Según algunos funcionarios de gobierno, la posible solución a este problema estriba en que “independientemente de la expectativa que tenga el otro Estado parte, desde el punto de vista del Estado salvadoreño, este convenio bilateral solamente surtirá efecto mientras El Salvador no sea parte del Estatuto de Roma; una vez que nuestro país forme parte de dicho estatuto, éste prevalecerá sobre disposiciones de ese convenio bilateral; esta posición fue expuesta por la ministra del ramo a la Comisión de Relaciones Exteriores de la Asamblea Legislativa, en el momento que fue presentado el convenio bilateral solicitando su ratificación”.¹⁰

¹⁰ Entrevista con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora de la Unidad de Asesoría Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, San Salvador, 4 de marzo de 2004.

La interpretación anterior es cierta porque dicho instrumento, como todo convenio, puede ser denunciado por alguna de las partes; sin embargo, al igual que toda denuncia, tendría que pasar por un camino prolongado y difícil, puesto que la cláusula n.º 6 del convenio bilateral establece que éste permanecerá vigente hasta un año después de la fecha en que una de las partes notifique a la otra su intención de derogarlo y que sus disposiciones seguirán en vigor con respecto a todo acto que ocurra, o toda alegación que surja, antes de la fecha efectiva de la derogación.¹¹

Por ejemplo, en un caso concreto de posible traslado o entrega a la Corte Penal Internacional de un estadounidense que se encuentre en territorio salvadoreño, cuando el Estatuto de Roma esté vigente, El Salvador podría enfrentar un conflicto entre dos convenios, más aun si el hecho ocurre dentro del término de un año en el que se haya notificado a los Estados Unidos de América la intención de derogar el convenio bilateral, porque éste podría considerarse todavía vigente. Dados los antecedentes de proclividad de El Salvador hacia los intereses de Estados Unidos, es muy probable que en tal caso El Salvador se inclinaría por hacer la entrega a este país y no a la Corte Penal Internacional, sin importar que de ese modo se atente contra el artículo 86 del Estatuto de Roma, que establece como principio la obligación general de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

2.3.2. Objección de la competencia de la Corte Penal Internacional por inconstitucionalidades específicas en casos concretos

Dado que es probable que El Salvador, para adherirse al Estatuto de Roma, adopte la fórmula de una sola reforma constitucional que establezca en términos generales la compatibilidad del Estatuto de Roma con la Constitución salvadoreña, también es probable que, al presentarse determinados casos concretos, nuevamente surjan objeciones de inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones de dicho Estatuto, como la pena de prisión perpetua prevista en el Estatuto (artículo 77.1.b del ECPI) pero prohibida expresamente por la Constitución (artículo 27, inciso 2º); la posible afectación al principio de prohibición de la persecución penal múltiple o *ne bes in idem* (artículo 20.3 del ECPI frente al artículo 11, inciso 1º, *in fine*, de la

¹¹ Véase Martínez Ventura: o. cit., p. 29

Constitución) y el desconocimiento de fueros, privilegios o inmunidades a funcionarios de gobierno por el Estatuto (artículo 27), dado que la Constitución de El Salvador reconoce el privilegio de antejuicio (artículos 236 a 238).

Una solución preventiva a estas posibles objeciones sería que, en lugar de una reforma constitucional, se emitiera un decreto de ratificación que después fuese sometido a un proceso de inconstitucionalidad para lograr que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se pronunciara confirmado su constitucionalidad. Dicho decreto, además de la fórmula de compatibilidad global entre el Estatuto y la Constitución, debería hacer hincapié en las disposiciones antes mencionadas y expresar explícitamente que, a los efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional, se entenderá que no podrá alegarse la existencia de inconstitucionalidad alguna y en consecuencia la jurisdicción constitucional salvadoreña no podrá admitir ningún tipo de demanda o recurso en contra de tales disposiciones. Al contar así con jurisprudencia constitucional favorable, las objeciones tendrían poca probabilidad de prosperar. De lo contrario, es posible que este tipo de oposiciones prolonguen indefinidamente cualquier proceso ante la Corte Penal Internacional, ya que tendría que esperarse la sentencia de la Sala de lo Constitucional ante las posibles demandas interpuestas, que podrían ser de amparo o de inconstitucionalidad.

2.3.3. *Leyes de amnistía o indultos*

Otro problema que puede enfrentarse durante la implementación es que el Gobierno salvadoreño decrete una amnistía o indulto en favor de nacionales acusados de cometer alguno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esto es muy probable, ya que existen abundantes y lamentables antecedentes de leyes de amnistía que favorecen la impunidad de crímenes de este tipo; las más recientes han sido la Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional, de 1987,¹² la Ley de Reconciliación Nacional, de 1992,¹³ y la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz,¹⁴ que todavía se mantiene vigente.

La posible solución a este tipo de decretos podría estar en las propias disposiciones del Estatuto de Roma, puesto que en su artículo 29 se establece que los críme-

¹² Decreto legislativo 805, de 27 de octubre de 1987, *Diario Oficial* n.º 199, tomo 297, 28 de octubre de 1987.

¹³ Decreto legislativo 147, de 23 de enero de 1992, *Diario Oficial* n.º 14, tomo 314, 23 de enero de 1992.

¹⁴ Decreto legislativo 486, de 20 de marzo de 1993, *Diario Oficial* n.º 56, tomo 318, 22 de marzo de 1993.

nes de la competencia de la Corte no prescriben y, ya que el Estatuto es un tratado internacional, prevalecería sobre cualquier ley o decreto legislativo, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2.^º, artículo 144 de la Constitución de la República, que da prioridad al tratado sobre una ley cuando éstos entren en contradicción.¹⁵

Otra solución sería interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra del decreto de amnistía o indulto, para que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declare la inconstitucionalidad dicho decreto. Para ello habría que valerse de la doctrina y las recomendaciones de organismos internacionales que forman parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

De acuerdo con la doctrina de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, una amnistía no debe necesariamente ser incondicional y absoluta para cumplir con el propósito de reconciliación. En un reconocido estudio internacional sobre las leyes de amnistía, Louis Joinet advierte que, cuando un Estado cae en la tentación de promulgar una ley de amnistía recíproca, en realidad lo que busca es “organizar la impunidad de los agentes estatales o paraestatales, autores de graves atentados a la dignidad humana [...] la tortura, las desapariciones involuntarias o forzadas o las ejecuciones sumarias podrían en determinados casos y en determinadas condiciones, asimilarse a delitos internacionales o a delitos de lesa humanidad [...]”.¹⁶ Enseguida agrega:

[...] según el derecho internacional, esos delitos quedan excluidos de la categoría de delitos políticos, o más exactamente, sin negar su carácter político, las normas de derecho internacional se oponen a que surtan efecto determinadas protecciones vinculadas a la calificación de delitos políticos [...] Cuando reúnen esos elementos —acumulación de infracciones similares bastante numerosas y vinculadas entre sí y una tolerancia por parte de las autoridades superiores del país— tratándose de torturas, de desapariciones involuntarias o forzadas o de ejecuciones extrajudiciales, el atentado a la condición humana es tal que el derecho al olvido amenaza con transformarse en derecho a la impunidad.¹⁷

¹⁵ La disposición dice: “La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

¹⁶ Naciones Unidas: *Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos. Informe del Sr. Louis Joinet. Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías. E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 1985*, p. 14.

¹⁷ Ibídem, pp. 14 y 16.

Otro autor, refiriéndose a una de las leyes de amnistía de El Salvador, sostiene que las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura no pueden ser incluidas en leyes de amnistía porque violarían la imprescriptibilidad de tales crímenes, establecida en normativas como los artículos 4, 5, 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸ Según Robert Goldman:

[...] en lugar de consolidar la democracia y promover la reconciliación nacional, estas leyes a menudo han debilitado el Estado de Derecho y han dividido profundamente a la población [...]. Este tipo de olvidos oficiales convierten en ciudadanos de segunda clase a aquellos que, habiendo sufrido violaciones de sus derechos, encuentran que la democracia no les ofrece más recursos legales como demandantes que aquellos que tenían como víctimas o acusadas durante el régimen.¹⁹

En cuanto a las recomendaciones de organismos de los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos, tanto en el ámbito interamericano como en el universal, se ha recomendado al Estado de El Salvador derogar, suprimir o al menos sustituir la Ley de Amnistía General todavía vigente, a efectos de poder juzgar los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos durante el pasado conflicto armado.

En el sistema interamericano, en el informe 136/99, caso 10.488, de fecha 22 de septiembre de 1999, sobre las ejecuciones extrajudiciales de seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana (UCA) y dos empleadas,²⁰ perpetrado en noviembre de 1989, la Comisión Interamericana recomendó al Estado salvadoreño: “Adecuar su legislación interna a los preceptos de la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la ley conocida como de Amnistía General”. De igual manera, en el informe 37/00, caso 11.481, ejecución extrajudicial del arzobispo de San Salvador, Oscar Arnulfo Romero, la Comisión Interamericana formuló al Estado de El Salvador esa misma recomendación.

¹⁸ Howland, o. cit., pp. 279-290.

¹⁹ Citado por Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana (IDHUCA): “Amnistía: una cuestionable solución”, en *El Salvador Proceso. Informativo semanal*, vol. 13, n.º 555, San Salvador, 17 de marzo de 1993, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, p. 15.

²⁰ Las víctimas fueron los sacerdotes Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Armando López, Joaquín López y López, Juan Ramón Moreno; la señora Julia Elba Ramos y la hija de ésta, la menor Celina Mariceth Ramos.

En el caso *Barrios Altos*, la Corte Interamericana sentó su posición sobre las leyes de amnistía, al establecer:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²¹

En cuanto al sistema universal, en el documento “Examen de los informes presentados por los Estados partes, de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión del 50.^º período de sesiones, de fecha 18 de abril de 1994, sobre el Estado de El Salvador, recomendó: “Que el Estado parte examine el efecto de la Ley de Amnistía y que enmiende o derogue esa ley, según sea necesario”.²² Nueve años más tarde, el 22 de agosto del 2003, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ratificó las preocupaciones y recomendaciones expresadas en el documento anterior.²³

3. • Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

3.1. Regulación legal de El Salvador en cuanto a la aplicación espacial de la ley penal

Las disposiciones legales que regulan la aplicación espacial de la ley penal en El Salvador están previstas en el Código Penal (CP) y en el Código Procesal Penal (CPP).

²¹ Caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú*), sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, párrafo 2, citado por Pomi: o. cit., p. 60.

²² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos: 50.^º período de sesiones. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 18 de abril de 1994.

²³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos: 78.^º período de sesiones. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 22 de agosto de 2003.

Tales disposiciones son:

3.3.1. Código Penal

1.1. Principio de territorialidad

Artículo 8. La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

1.2. Principio personal o de nacionalidad

Artículo 9. También se aplicará la ley penal salvadoreña:

- 1) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo;
- 2) A los delitos cometidos por un salvadoreño en el extranjero o en lugar no sometido a la jurisdicción particular de un Estado; y,
- 3) A los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad, o por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños.

1.3. Principio de Universalidad

Artículo 10. También se aplicará la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente.

3.3.2. Código Procesal Penal (CPP)

2.1. Extensión

Artículo 48. La competencia penal se ejercerá por los tribunales y jueces de la República y estarán sujetos a ella los nacionales y los extranjeros.

La competencia se extenderá:

- 1) Al conocimiento de los delitos y faltas cometidas en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas por la Constitución de la República y el Derecho Internacional; y,
- 2) Al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio de la República conforme a lo establecido en el Código Penal.

El juez o tribunal con competencia para conocer de un delito o falta también podrá resolver todas las cuestiones incidentales que se susciten en el curso del

procedimiento, aunque no pertenezcan al orden penal. La resolución sobre tales incidentes producirá efectos únicamente en el ámbito penal.

Se exceptúan las cuestiones referentes a la determinación del estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en el caso de usurpación.

2.2. Reglas subsidiarias

Artículo 60. Si es desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, conocerá el juez a prevención.

Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el juez del lugar donde se inició la acción u omisión o, en su defecto, el juez del lugar donde se produjo el resultado o sus efectos.

En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

En los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas jurisdiccionales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

El único principio que no contempla ni el Código Penal ni el Código Procesal Penal es el principio de personalidad pasiva (cuando la víctima fuera nacional del Estado).

Al realizar una valoración de los principios aquí establecidos, se puede advertir que éstos rigen para los crímenes internacionales contemplados en la legislación salvadoreña o en la legislación internacional, siempre que exista un correlato interno que complemente su punibilidad. Los principios de nacionalidad y jurisdicción universal se aplican a los delitos cometidos fuera del territorio salvadoreño.

3.2. La aprobación del Estatuto de Roma y posibles modificaciones a las regulaciones legales sobre aplicación espacial de la ley penal

A mi criterio, una vez que El Salvador se adhiera al Estatuto de Roma, no será necesario que modifique las disposiciones legales antes citadas que regulan la aplicación espacial de la ley penal a los crímenes internacionales. A partir del principio de complementariedad de la jurisdicción de la CPI, puede afirmarse que los principios de territorialidad, nacionalidad y jurisdicción universal establecidos en el Código Penal (CP) salvadoreño, complementados por las disposiciones sobre extensión de la

competencia y subsidiariedad, prescritas en el Código Procesal Penal (CPP), son más que suficientes para que un crimen internacional, cometido en territorio salvadoreño o en cualquier parte del mundo, pueda ser perseguido y juzgado por El Salvador.

En cuanto al principio de jurisdicción universal, no existe ninguna norma interna que expresamente limite la actuación de este principio en los casos en que la CPI pudiera tener competencia; de este modo se confirma que, en el caso de El Salvador, en principio prevalecerá su jurisdicción y la CPI sólo podrá conocer de forma complementaria. El artículo 10 del CP introduce el principio de justicia universal de forma ilimitada, ya que no contempla ninguna restricción —espacial o temporal—.²⁴ Además, extiende a la jurisdicción salvadoreña el conocimiento de aquellas conductas que violenten tratados o normas del derecho internacional o sean un atentado contra los derechos humanos de reconocimiento universal. Es una regulación bastante amplia.

De conformidad con las disposiciones señaladas, la expresión “el Estado que tiene o tenga jurisdicción” sobre el asunto, establecida en el artículo 17.1 del Estatuto de Roma, se entiende que incluye tanto al Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen (principio de territorialidad), al Estado al que pertenezcan las personas que perpetraron el crimen (principio de nacionalidad) e incluso a un tercer Estado que tenga voluntad de perseguir el crimen y a la vez tenga contemplado el principio de jurisdicción universal.

Es decir, con base en el principio de complementariedad, la Corte Penal Internacional solamente podrá admitir un caso concreto, siempre que los diversos países que pudieran ejercer su propia jurisdicción basada en cualquiera de los tres principios antes explicados (territorialidad, nacionalidad o jurisdicción universal) no la hayan ejercido porque no quieren o porque no pueden, o se demuestre que el ejercicio (investigación o enjuiciamiento) sólo se haga con la intención de evadir el enjuiciamiento. Pero, si al menos uno de varios Estados que tienen jurisdicción emprende seriamente un proceso de investigación, la Corte no podría admitir ese caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.1.a del Tratado de Roma.

²⁴ Lógicamente, la única restricción temporal que deberá respetarse es la fecha a partir de la cual entró en vigencia el Código Penal (20 de abril de 1998).

Por ejemplo, supongamos que El Salvador, Haití y la República Dominicana son todos partes del Estatuto de Roma. Algunos soldados y oficiales salvadoreños que participan en una misión en Haití resultan posteriormente involucrados como autores o partícipes de varias masacres configuradas como genocidio. Haití declina al ejercicio de su jurisdicción territorial porque no tiene condiciones para realizar la investigación y el enjuiciamiento; El Salvador, que también tiene competencia en razón del principio de nacionalidad, se niega a enjuiciar a los militares acusados que ya se encuentran en territorio salvadoreño; pero la República Dominicana inicia un proceso serio de investigación y reclama para sí la competencia con base en el principio de jurisdicción universal. En este caso, la CPI deberá declarar inadmisible el caso si le fuese presentado, mientras se mantenga el proceso de investigación iniciado por la República Dominicana. Pero, si se llega a comprobar que este tercer país no puede o no tiene la voluntad real de enjuiciar a los imputados, entonces el caso sí podría ser admitido por la Corte.

4. Conclusiones

El Salvador no sólo sigue siendo uno de los países que no forman parte del Estatuto de Roma, sino que muestra un grave retraso en el proceso que lo llevaría a formar parte de él, ya que, al no haberlo suscrito en el momento oportuno, no le queda más que una posible adhesión, que podría estar todavía muy lejos.

La versión oficial acerca de la falta de adhesión al Estatuto de Roma pretende justificarse en las posibles contradicciones de algunas normas de dicho Estatuto con disposiciones de la Constitución de la República. Tal justificación es sólo aparente, porque esa misma dificultad fue enfrentada por muchos países del mundo, incluyendo varios de la región latinoamericana que, para superarlas, adoptaron diversas modalidades de reformas jurídicas, incluso de reforma constitucional. En consecuencia, existen amplias y diversas experiencias en el derecho comparado que pueden servir como orientación para que el Estado salvadoreño supere las dificultades constitucionales alegadas.

A sabiendas de esas experiencias, se tiene conocimiento de que el órgano Ejecutivo, a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores, ha hecho algunos esfuerzos

para encontrar una solución a las dificultades enfrentadas. Uno de ellos consiste en solicitar al órgano Legislativo un dictamen sobre la viabilidad de realizar una sola reforma constitucional que habilite la compatibilidad global del Estatuto con la Constitución de la República, como paso previo a la adhesión y posterior ratificación del Estatuto. Sin embargo, nos parece que esa propuesta ha complicado innecesariamente el procedimiento, porque sería mejor que el Ejecutivo se adhiriera al Estatuto y luego lo enviara a la Asamblea Legislativa para que ésta lo ratificara.

El debate sobre la necesidad o no de una reforma constitucional debería darse exclusivamente en el seno de la Asamblea Legislativa con miras a la ratificación del Estatuto. En este aspecto, el Gobierno de El Salvador debe darse prisa, porque cualquier reforma constitucional requiere del concurso de dos legislaturas sucesivas, una que aprueba la reforma mediante el voto de la mayoría simple —mitad más uno— de los diputados electos y otra que debe ratificarla con el voto calificado de dos terceras partes. Si la legislatura actual, cuyo período de funciones vence en abril del 2006, acordara la reforma constitucional, la siguiente legislatura podría ratificarlas en mayo de ese mismo año, y entonces la adhesión de El Salvador podría lograrse en poco más de un año a partir de la fecha de este informe. Si se pierde esta oportunidad, tendrá que esperarse cuatro años más, cuando se cuente con circunstancias similares en mayo del 2009, o siete años si la ratificación se deja para el final de la legislatura que terminaría su período en abril del 2012.

A mi criterio, un mecanismo alternativo a la reforma constitucional que puede llegar a convertirse en una especie de decisión jurisprudencial previa sería que la Asamblea Legislativa emitiera un decreto de compatibilidad global del Estatuto con la Constitución, y que, una vez emitido, dicho decreto fuera sometido a un proceso de control de constitucionalidad que le corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de una demanda de inconstitucionalidad que puede ser incoada por cualquier persona. Si la Sala de lo Constitucional no lo declara inconstitucional, entonces se habilitaría el camino a los órganos Ejecutivo y Legislativo para la emitir los correspondientes decretos de adhesión y ratificación del Estatuto.

Las contradicciones o incompatibilidades del Estatuto con las constituciones nacionales no son un obstáculo insuperable. Lo determinante es la voluntad política de los Estados de ser o no ser parte de dicho tratado internacional. El Salvador, a casi tres años de vigencia del Estatuto de Roma, todavía no ha dado suficientes muestras de voluntad para formar parte de él. Por el contrario, ha demostrado una voluntad

totalmente contraria, ya que el 29 de abril del 2004 la Asamblea Legislativa ratificó un convenio bilateral con los Estados Unidos de América para impedir que los nacionales de uno u otro país puedan eventualmente ser trasladados, es decir, entregados a la Corte Penal Internacional o extraditados a un tercer país que reconozca la jurisdicción de dicha corte.

Ese convenio bilateral con los Estados Unidos es uno de los principales obstáculos jurídicos y políticos que por ahora tiene El Salvador para adherirse al Estatuto de Roma; también, en caso de que finalmente se adhiera al Estatuto, ese convenio bilateral será un problema para la implementación, puesto que, aun si El Salvador decidiera denunciar el convenio, éste establece que sus efectos durarán un año después de comunicarse formalmente la voluntad de una de las partes por denunciarlo.

Si se presentara algún caso concreto de posible traslado o entrega a la Corte Penal Internacional de un estadounidense que se encuentre en territorio salvadoreño, El Salvador podría enfrentar un conflicto entre dos convenios. Dados los antecedentes de proclividad de El Salvador hacia los intereses de Estados Unidos, es muy probable que en tal caso se inclinara por hacer la entrega a este país y no a la Corte Penal Internacional, aun en contra del artículo 86 del Estatuto de Roma, que establece como principio la obligación general de cooperar plenamente con la Corte.

Otro problema que podría enfrentarse durante la implementación es que nuevamente surjan objeciones de inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones específicas de dicho Estatuto, como la pena de prisión perpetua prevista en el Estatuto pero prohibida expresamente por la Constitución, o el desconocimiento de fúeros, privilegios o inmunidades a funcionarios de gobierno por parte del Estatuto, dado que la Constitución de El Salvador reconoce el privilegio de antequicio a varios funcionarios.

Un decreto de ratificación que después fuese sometido a un proceso de inconstitucionalidad podría funcionar como una solución preventiva a estas posibles objeciones, siempre que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie confirmando la constitucionalidad del Estatuto. Para tal efecto, el decreto de ratificación, además de la fórmula de compatibilidad global, debería destacar las disposiciones posiblemente contrarias a la Constitución y expresar explícitamente que a los efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional se entenderá que no podrá alegarse la existencia de inconstitucionalidad alguna, y de esa manera cual-

quier proceso de inconstitucionalidad en la jurisdicción interna podría declararse inadmisible.

Un tercer obstáculo puede ser la emisión de leyes de amnistía o indultos para crímenes cometidos después de que El Salvador formara parte del Estatuto. En este caso, la solución está presente en el mismo Estatuto, que declara imprescriptibles los crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte. Otra solución sería presentar rápidamente demandas de inconstitucionalidad contra las leyes o decretos de amnistía o indultos, basadas en la amplia doctrina, la jurisprudencia comparada y las recomendaciones específicas al Estado salvadoreño por parte de organismos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos que han recomendado la derogación, anulación o sustitución de la Ley de Amnistía General todavía vigente.

Cuando El Salvador se adhiera al Estatuto de Roma no tendrá necesidad de modificar las disposiciones legales que regulan la aplicación de la ley penal a los crímenes internacionales. Los principios de territorialidad, nacionalidad y jurisdicción universal establecidos en el Código Penal (CP) salvadoreño, complementados por las disposiciones sobre extensión de la competencia y subsidiariedad, prescritas en el Código Procesal Penal (CPP), son más que suficientes para que un crimen internacional, cometido en territorio salvadoreño o en cualquier parte del mundo, pueda ser perseguido y juzgado por El Salvador, y de esta manera se convalida el principio de complementariedad que rige a la Corte Penal Internacional.

No existe ninguna norma interna referida al principio de jurisdicción universal que expresamente limite la actuación de este principio en los casos en que la CPI pudiera tener competencia; por el contrario, el artículo 10 del Código Penal salvadoreño, establece el principio de justicia universal de forma ilimitada, ya que no contempla ninguna restricción —espacial o temporal—. Además, extiende a la jurisdicción salvadoreña el conocimiento de aquellas conductas que violenten tratados o normas del derecho internacional o sean un atentado contra los derechos humanos de reconocimiento universal.