

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL JEFE DE ESTADO, JUSTICIA UNIVERSAL Y RAZÓN DE ESTADO

César SERRANO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La irresponsabilidad como atributo del jefe de Estado.* 1. *La responsabilidad penal del Jefe de Estado y su politización. Evolución histórica.* 2. *Los instrumentos jurídicos de la irresponsabilidad.* 3. *La irresponsabilidad y sus modalidades: inmunidad y privilegio de jurisdicción.* III. *La justicia penal internacional y la responsabilidad del Jefe de Estado.* 1. *Antecedentes de la justicia penal internacional.* 2. *La responsabilidad penal de los jefes de Estado ante la Corte Penal Internacional.* IV. *Justicia universal vs. razón de Estado.* 1. *Excursus sobre el caso francés.* 2. *La irresponsabilidad como tributo a la razón de Estado.* V. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

La figura del gobernante ha representado históricamente los sentimientos más ambivalentes: amor, odio, admiración, desprecio, gratitud, venganza, seguridad y desconfianza, protección y temor; ha perdonado vidas, asesinado, robado, juzgado y sentenciado. El poder supremo del cual gozó podía ser usado indistintamente para el bien o el mal: el todopoderoso gobernante, nunca se equivocaba, se elevó su pretendido designio divino a la calidad de axioma: el rey no podía hacer el mal. Con el nacimiento del Estado moderno la figura del monarca absoluto va desprendiéndose de su halo de misticismo y carácter sagrado, sin llegar a perderlo del todo. Los nobles, la burguesía y posteriormente los campesinos y obreros fueron exigiendo el reconocimiento de sus derechos. La Revolución Francesa

dio un primer paso y el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció el principio que puso fin al poder absoluto e irresponsable de los gobernantes: *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*. Dos años antes, en el Nuevo Mundo, los independentistas de las Trece Colonias habían creado su Constitución y establecieron la responsabilidad del presidente y la posibilidad de ser removido del cargo por traición, cohecho, delitos graves y faltas. El monarca absoluto mutó en un rey limitado y en un presidente responsable. No obstante, parte de esas características cuasi-místicas del pasado persisten. Reyes limitados sí, pero aún irresponsables; Presidentes responsables sí, pero inmunes, rinden homenaje al absolutismo del pasado. Las constituciones modernas y el Estado de Derecho democrático que proclaman, rinden homenaje a la irresponsabilidad del jefe de Estado otorgándole inmunidades y privilegios.

La irresponsabilidad histórica que le ha sido atribuida al jefe de Estado como parte de sus privilegios, facultades y prerrogativas habituales e indiscutibles, aunada a la pretendida legitimidad de las urnas o de la aclamación popular, han dado origen a algunos de los capítulos más oscuros de la historia de la humanidad.

Mediante tratados e instituciones internacionales como el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, la comunidad internacional ha manifestado su firme interés en acabar con la repetición absurda y vergonzosa de delitos contra la humanidad a manos de megalómanos y enfermos gobernantes transformados en caudillos, dioses y profetas gracias al apoyo de un pequeño grupo y al miedo, indiferencia o conveniencia del resto del pueblo y de la comunidad internacional. Las estratagemas legales con que éstos se garantizan un retiro pacífico van desde leyes de punto final, atribución del carácter de senadores vitalicios (inmunes e inviolables evidentemente), amnistías, o la cesión del poder a grupos con intereses comunes. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha planteado una serie de cuestiones al constitucionalismo de más de un país, en más de un sentido. Es una la que nos ocupa ahora: los jefes de Estado o de gobierno serán responsables penalmente ante la Corte sin importar su cargo o los privilegios de que gocen en el ámbito nacional.

La gran mayoría de los Estados actuales poseen mecanismos o procedimientos especiales para juzgar a sus jefes de Estado, la responsabilidad penal se politiza, y cuando la política toma en sus manos la justicia nada puede darse por sentado. El origen de los privilegios e inmunidades de los jefes de Estado en el derecho interno y la razón por la que se le da al jefe de Estado la facultad de actuar irresponsablemente e impunemente puede tener su explicación en la vieja idea de la razón de Estado.

Los mecanismos de justicia universal más nuevos y ambiciosos se enfrentan a viejas inercias y prácticas políticas que se niegan a morir. Las exigencias de la actuación política se enfrentan a las exigencias fundamentales de justicia y respeto de los derechos humanos. La cuestión de la responsabilidad penal de los jefes de Estado ante la Corte Penal Internacional es un capítulo más de la vieja confrontación entre jueces y políticos, justicia y eficacia, derecho y política, fines y medios.

II. LA IRRESPONSABILIDAD COMO ATRIBUTO DEL JEFE DE ESTADO

1. La responsabilidad penal del jefe de Estado y su politización. Evolución histórica

La cuestión de la responsabilidad del jefe de Estado es relativamente nueva, pues no se plantea sino hasta la caída del *Ancien Régime*. En la Francia revolucionaria, como lo hace notar Duguit, la cuestión de la responsabilidad de los representantes de los poderes públicos preocupaba ya a los franceses de 1789. Así, varios proyectos de Declaración de Derechos reflejaron dicha inquietud hasta que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano estableciera finalmente el derecho de la sociedad a llamar a cuentas a todo funcionario público de su administración. No obstante, la Constitución de 1791 establecería una monarquía constitucional, en la cual el rey seguía siendo sagrado e inviolable y, por lo tanto, irresponsable. Es en los Estados Unidos de América donde se establecen por primera vez mecanismos tendientes a exigir responsabilidad al titular del ejecutivo. El camino que seguiría la responsabilidad política de los gobernan-

tes, antes de llegar a este punto de responsabilidad presidencial parte de Inglaterra y su figura central: el *impeachment*.¹

El *impeachment* nació a finales del siglo XIV, cuando los Comunes se propusieron llevar ante los Lores a los más poderosos infractores y a los más altos oficiales de la Corona por actuaciones políticas que los Comunes juzgaran contrarias a sus intereses. *Impeachment* proviene del latín *impetere*: acusar. Así la *acusación* que los Comunes hacen ante los Lores da origen a este mecanismo de responsabilidad política. De esta manera el *impeachment* tiene sus antecedentes en 1376 con las condenas a Lord Latimer, Lord Nevil, miembro del Consejo Privado y de Richard Lyons al final del reinado de Eduardo III, cuando se admite que la Cámara de los Comunes podría acusar a un ministro bajo la forma de una petición ante la Cámara de los Lores que emitiría su juicio. El primer *impeachment* del que se tiene noticia fue el del conde de Suffolk, el canciller Michael de la Pole, en 1386. Con los Tudor cae en desuso debido a la confusión entre las facultades legislativas y judiciales de los Lores, y fue después de 160 años de olvido, durante el periodo de Jacobo I, cuando el Parlamento lo revive con el propósito de llamar a cuentas a los ministros corruptos. En el siglo XVI nace el *Bill of attainder*, una condena a muerte emitida por el Parlamento en forma de juicio pero sin garantías para el acusado, y convive con el *impeachment* hasta el siglo XVIII, cuando se tiene noticias de su última aplicación, producida por el fortalecimiento del *impeachment* como instrumento de responsabilidad política.

En 1642 el *impeachment* del conde de Strafford fue diseñado para atacar las aspiraciones absolutistas de Carlos I, transformándose así en un torpe instrumento para golpear las políticas reales impopulares o contrarias a los intereses de los Comunes y no propiamente para juzgar una conducta criminal.² Las víctimas habituales de este instrumento eran los ministros del rey, a través de los cuales se le hacía saber la inconformidad de los Comunes por las políticas reales, por la designación de algún ministro o por la actuación impropia de és-

¹ Para un amplio panorama histórico sobre el *impeachment* véase BIDÉGARAY, Christian, EMERI, Claude, *La responsabilité politique*, y en especial, BERGER, Raoul, *Impeachment: The constitutional problems*.

² "The foregoing examples by no means exhaust the list which could be adduced to illustrate that English impeachment did proceed for misconduct that was not 'criminal' in the sense of the general criminal law". BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 69.

tos o de algunos favoritos del rey. El prestigio adquirido por el Parlamento tras la Gloriosa Revolución de 1688 y el *Bill of Rights* de 1689 fue decisivo en el futuro del *impeachment*. Mediante el *Act of Establishment* de 1701 el régimen jurídico del *impeachment* se concreta: Las personas que estén sujetas a él no podrán beneficiarse del perdón real y la disolución del Parlamento no detendrá el enjuiciamiento, lo que ocasionó que su uso disminuyera y desapareciera en 1806, fecha en que se utilizó por última vez.

Del rey inviolable al presidente responsable. El principio del fin del colonialismo europeo comienza con la lucha de independencia en los Estados Unidos, que se hace bajo la certeza de que el ejecutivo es el enemigo natural de la libertad mientras que la asamblea legislativa era la amiga natural de ésta.³ Bajo este supuesto es que en los Estados Unidos de América el *impeachment* se republicaniza y alcanza al jefe de Estado. De esta manera el art. II, § 4 de la Constitución estableció: "*The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*". La redacción de este artículo fue inspirada totalmente en la tradición jurídica inglesa: "*treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors*" fueron tomadas literalmente de la ley inglesa por los constituyentes estadounidenses, a pesar de que parece no existir, ni en el derecho inglés ni en el estadounidense, definición legal alguna sobre lo que son "*high crimes and misdemeanors*".⁴

Se prohibió así el *Bill of attainder*, reemplazaron a un rey irresponsable con un presidente imputable retirándole el poder de perdonar a un funcionario bajo enjuiciamiento y especialmente, se separó el *impeachment* de la acción penal correspondiente.⁵ En un inicio el *impeachment* se encontraría encomendado no al Congreso sino a la función judicial a través de la Suprema Corte de Justicia, sin embar-

³ De acuerdo con Corwin, este sentimiento se encontraba entonces fortalecido por la dominación, de Jorge III sobre el parlamento inglés. CORWIN, Edward S., *The President. Office and powers. 1787-1957*, p. 56.

⁴ BERGER afirma: "No comparable statute purported to define 'high crimes and misdemeanors' in which it appeared that the impeachment must fail for lack of an indictable crime". *Op. cit.*, p. 55.

⁵ *Idem, supra.*

go fue transferido hacia el Senado, bajo las objeciones de Madison, que temía que los miembros de la Suprema Corte, por ser pocos, pudieran ser sobornados o coaccionados.⁶

Los constituyentes americanos no podían olvidarse de la historia inglesa; el recuerdo de reyes déspotas y ministros corruptos se encontraba aún fresco. No sin sopesar el miedo predominante a la opresión en manos del congreso, en parte producto de los excesos legislativos durante el periodo 1776-1787, y la conciencia de que los poderes del ejecutivo se encontraban limitados, aún había una persistente preocupación, que Madison había hecho notar, de que el presidente pudiera transformarse en un monarca.⁷ La familiaridad con los reclamos absolutistas de los Estuardo reflejó el espectro de un presidente henchido de poder y crecientemente tiránico; el miedo de los abusos presidenciales prevaleció sobre las frecuentes objeciones de que el *impeachment* amenazaba su independencia. Así que los constituyentes confirieron al congreso el poder, en caso de ser necesario, de remover al presidente y destituir a sus ministros. Este fue apenas otro mecanismo en el sistema de controles y contrapesos, una importante excepción al principio de separación de poderes.⁸

Los constituyentes tenían clara la materia que juzgaría el *impeachment*: la responsabilidad política de sus gobernantes por el abuso de sus cargos públicos. En este sentido Hamilton afirmaría: "*The subjects of its jurisdiction are those offences which proceed from the misconduct of public men, or, in other words, from the abuse of violation of some public trust. They are of a nature which may with peculiar property be denominated POLITICAL, as they relate chiefly to injuries done immediately to the society itself*".⁹ Esta naturaleza política de la responsabilidad de los gobernantes era distinta a la responsabilidad pe-

nal, y se pretendió marcar dicha distinción. De acuerdo con Berger: "*Impeachment was conceived because the objects of impeachment, for one reason or another, were beyond the reach of ordinary criminal redress. It was "essentially a political weapon," an outgrowth of the fact that from an early date that the King and his Council were the 'court for great men and great causes'*".¹⁰ El *impeachment* fue concebido como un arma política del congreso en contra del abuso del poder por parte de los gobernantes y hombres políticos. Un instrumento que castigaría la conducta que se encontraba fuera del alcance de los tribunales ordinarios. Esta pretendida distinción entre responsabilidad política y responsabilidad penal no ha sido constante y en la práctica, responsabilidad política y responsabilidad penal de los gobernantes han sido inseparables.

El *impeachment*, tanto en su configuración inglesa como en su adaptación americana, parece ser un instrumento creado para no ser utilizado sino extraordinariamente. Chrestia nos comenta: "... en 1742, el primer ministro británico Walpole, ante la amenaza de ser llevado ante los Lores, prefirió dimitir y salvar su honor. A partir de este precedente, la simple amenaza hecha por el poder legislativo entraña la dimisión de los ministros".¹¹ Es prácticamente un instrumento preventivo: "Su arbitrariedad política alternativa, sin el beneficio de acceso a los tribunales, es sencillamente aterradora".¹² La renuncia de un jefe de Estado o de un ministro deberá acontecer antes del inicio del juicio político o *impeachment*. La dignidad del parlamentario, ministro o jefe de Estado, y su sentido del correcto funcionamiento del cargo público que ostenta y la posible interrupción del normal curso de la función pública, deberían llevar a su renuncia, evitando el juicio político. La función preventiva y aplicación extraordinaria del *impeachment* es evidente en los Estados Unidos, salvo el caso Watergate que llevó a la renuncia del presidente Nixon, no ha existido otro presidente que haya dimitido de su cargo; los otros dos casos, el del presidente Andrew Johnson en el siglo XIX y de Bill Clinton, más recientemente, concluyeron satisfactoriamente para sus acusados.

⁶ "Where else than in the Senate could have been found a tribunal sufficiently dignified, or sufficiently independent? What other body would be likely to feel confidence enough in its own situation, to preserve, unawed and uninfluenced, the necessary impartiality between an individual accused, and the representatives of the people, his accusers?" HAMILTON, Alexander, *The Federalist*, núm. 65.

⁷ En este sentido: "Madison added that protection against the 'negligence' or perfidy of the Chief Magistrate 'were indispensable'. The President, said Madison, might pervert his administration into a scheme of peculation or oppression. He might betray his trust to a foreign power". BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 89.

⁸ BERGER, Raoul, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁹ *The Federalist*, núm. 65.

¹⁰ BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 59.

¹¹ CHRESTIA, Philippe, "Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société", en *Revue du Droit Public*, núm. 3-2000, p. 741.

¹² KIRCHHEIMER, Otto, *Justicia política*, p. 472.

La politización de la responsabilidad penal. La determinación de la responsabilidad penal ha correspondido, al menos en los sistemas en que se encuentra consagrada la división de funciones del poder, a la función jurisdiccional, que conocen de la responsabilidad civil. Como cualquier otro ciudadano, el gobernante, funcionario público o representante electo, es susceptible de caer en alguno de estos dos tipos de responsabilidad, penal y civil, además de un tercer tipo de responsabilidad innata a sus funciones: la responsabilidad política. De acuerdo con Duguit: "En derecho político, la responsabilidad aparece bajo tres formas diferentes; la responsabilidad civil, que obliga al funcionario al que alcance a reparar el perjuicio por él causado al Estado o a un particular; la responsabilidad penal, relativa a las infracciones cometidas por un agente del Estado en el ejercicio de sus funciones; la responsabilidad política, por fin, que obliga a los representantes de un poder del Estado a retirarse cuando su conducta es desaprobada por los representantes de otro poder, sin que exista ni infracción ni perjuicio causado. De estos tres tipos de responsabilidad, sólo la responsabilidad política pone en juego, por su propia naturaleza, el principio de separación de poderes".¹³ La razón de la ruptura del principio de separación de poderes la adelantábamos en el apartado anterior: el juez de las causas políticas es el Parlamento, el poder legislativo que se atribuye facultades que de suyo corresponderían al poder judicial. Debido a la pretensión de que los hombres políticos sean juzgados por sus pares, es que no sólo la responsabilidad política de los gobernantes será determinada por el Parlamento, sino que, en algunos casos, también su responsabilidad criminal. Parece indiscutible que cada uno de los tres tipos de responsabilidad tiene su juez y su sanción: reparación del daño en la civil, pena privativa de libertad en el caso de la responsabilidad penal y la destitución o remoción del cargo en la responsabilidad política. Sin embargo la tendencia a politizar la responsabilidad penal se mantiene y se pone de manifiesto en varios ordenamientos jurídicos que otorgan al jefe de Estado un privilegio de jurisdicción consistente en ser juzgados por el Parlamento por los delitos que cometan durante su encargo, y por lo tanto, el juicio que se emita tendrá consideraciones políticas y no

¹³ DUGUIT, Léon, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, p. 65.

estrictamente legales. Estas consideraciones políticas son puestas de manifiesto por Kirchheimer al distinguir tres categorías distintas de juicio político: "A. La causa que se refiere a un delito común cometido con fines políticos y el ejecutado con la mira de beneficios políticos que pudieran alcanzarse como resultado del éxito de la acusación. B. El juicio político clásico: la intención de cierto régimen para incriminar la conducta pública de su enemigo, con la mira de expulsarlo de la escena política. C. El juicio político derivativo, donde se esgrimen las armas de difamación, perjurio y vilipendio, en un esfuerzo de crear una mala reputación del enemigo político".¹⁴

Habitualmente se usa el termino "político" para denominar a lo relativo a la *polis*, el bien común o el interés general. Al menos este es el uso en su acepción clásica. No obstante, tradicionalmente se ha pretendido separar *política* de *derecho*, por lo que los términos "justicia política" o "juicio político" nos podrían resultar equívocos y ambiguos. Los jueces aplican la justicia de conformidad con leyes de carácter general y anteriores al acto; cuando se trata de aplicar la justicia política los jueces son incompetentes puesto que no se siguen los principios de justicia que los jueces utilizan, aquí el criterio es, idealmente, el interés de la comunidad política, del Estado. Sin embargo, aquellos encargados de juzgar políticamente, bajo ciertos criterios políticos, poseen su propio concepto de lo político, del interés general o del bien común. Aquél que sea sometido a un juicio político será juzgado bajo principios mutables, intereses diversos y hasta contrarios, y por lo tanto, su inocencia o culpabilidad no será determinada con base en sus actos, sino por el ánimo político del momento.¹⁵ La política sufre una mutación en su concepción, ya no es lo referente al bien común, a la organización política de la *polis*, se despoja de todo sentido noble, y adopta el sentido moderno, herencia del Renacimiento y Maquiavelo: el de política como lucha por el poder. La justicia política es ahora el uso de la justicia con fines políticos, o, para ser más precisos, el uso de instrumentos jurídico-

¹⁴ KIRCHHEIMER, Otto, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵ En este sentido KIRCHHEIMER, Otto: "De acuerdo con la propia estimación de sus necesidades (que no siempre coincide con sus necesidades 'objetivas'), cada individuo, grupo o clase dominante desarrollará el criterio según el cual los actos reprobables, si son lo suficientemente graves, requerirán de la acción pública", *op. cit.*, p. 25.

políticos de responsabilidad, a los que, bajo el término “justicia”, se les pretende dar una categoría de la cual frecuentemente carece. Burke confirma nuestras sospechas: “Es por este tribunal y por estos medios que los hombres del Estado que abusan de su poder son juzgados ante los hombres del Estado y por los hombres del Estado, según los principios de la moral del Estado”.¹⁶ Esta moral del Estado es una moral variable, susceptible de los cambios y del devenir histórico, de las necesidades y circunstancias políticas, sociales y económicas. De la moral del Estado según la cual será juzgado un hombre político, podrá esperarse cualquier cosa menos seguridad jurídica. El juicio político llevado por los hombres del Estado, por el Parlamento, juzgará a los hombres de Estado, al ejecutivo y los hombres de su administración, bajo la única certeza de que todos los actos de éste serán considerados políticamente, y por lo tanto, todos los actos serán juzgados bajo los brumosos principios de la moral del Estado. Los actos criminales de los jefes de Estado, con o sin relación con su cargo, deben ser juzgados por el Parlamento, son presuntos actos políticos cuyo castigo debe ser determinado por el Congreso. La responsabilidad penal se politiza, la justicia de los jueces se ve suplantada por la justicia de los políticos; un crimen que en manos de cualquier ciudadano sería castigado sin miramiento y con plena aplicación de la ley, en un jefe de Estado éste será evaluado, la ley se hará a un lado, se le otorgará un estatus especial. La ruptura de la igualdad de todos ante la ley se rompe con la justicia política.

Siguiendo a Olivier Beaud,¹⁷ nos preguntamos: ¿es apropiado castigar las conductas penales de los gobernantes? Y si la respuesta es afirmativa, ¿debe ser el régimen penal de los gobernantes el mismo que el del resto de los ciudadanos? ¿Por qué unir infracción penal y responsabilidad política si, como hemos mencionado, cada una tiene su juez y su pena?

La justicia penal tiene un doble propósito; castigar al criminal y aplicarle un régimen de privación de la libertad a la vez que de reinserción social, e igualmente importante, restaurar la confianza de la sociedad que se ha sentido afectada por el delito generándole

sentimientos de inseguridad y desconfianza. Pues bien, al politizar la justicia penal se ignoran estos dos propósitos, ya que los parámetros para juzgar al presunto delincuente no serán sólo las leyes penales y las pruebas obtenidas, sino que pesarán más en la decisión de los juzgadores las circunstancias políticas, sociales, económicas, los motivos que se tuvieron para cometerlo, e incluso, los fines que se hayan logrado. La sociedad podrá encontrarse con un juicio propio y distinto al juicio del Parlamento, y la percepción que tengan, si difiere, provocará una desconfianza en los hombres que deben representar sus intereses.

Un caso representativo de la politización de la responsabilidad penal, y que adelantamos sin perjuicio de comentarlo más adelante, se dio en Francia recientemente. El presidente francés Jacques Chirac se vio envuelto en acusaciones de desvío de fondos públicos durante el periodo en que fue alcalde de París, y ante la imposibilidad de ser juzgado ante la justicia penal ordinaria por gozar de inmunidad, un diputado socialista, Alan Montebourg, se propuso juzgar a Chirac ante el único tribunal competente para juzgar al presidente de la República, la Alta Corte de Justicia. Paradójicamente, sus intentos no se vieron respaldados ni por los dirigentes, diputados y senadores del propio Partido Socialista, ni por su primer ministro, Lionel Jospin. Su intento fue calificado como una “inoportuna estrategia política a un año de las elecciones del 2001” y de tratarse de “una cruzada personal de Montebourg”. Jospin, quien sería el candidato socialista a la presidencia no quería desgastar su imagen en una batalla parlamentaria que le podría afectar electoralmente.

Como hemos apreciado, a través del juicio político al Parlamento le corresponde juzgar las grandes causas de los hombres del Estado: alta traición, violaciones a la constitución, responsabilidad penal de jefe de Estado y ministros, aunque también será su arma última. El juego político y las circunstancias de cada caso determinarán si será la justicia o la política, el principio por el que será juzgado el acusado. No obstante, el juicio político parece hoy en día un instrumento un tanto obsoleto y anticuado. Aquel político que en sus funciones de desempeño de manera poco leal o negligentemente, sin que por ello cometa necesariamente un delito, no será objeto de un juicio político para lograr su destitución. Lo más probable es que la presión de la opinión pública y de los medios de comunicación produzca su

¹⁶ Citado por BIDÉGARAY, Christian y EMERI, Claude, *La responsabilité politique*, p. 28.

¹⁷ *Ibidem*, p. 124.

renuncia, cuando no la destitución por parte de su superior jerárquico. Con el poder actual de los medios de comunicación y la opinión pública, en general pocos son los actos de gobierno que quedan ocultos y los ciudadanos tienen conocimiento de la conducta de sus funcionarios o representantes de manera directa, así el juicio público, para bien y para mal, se convierte en el juicio político del Parlamento y lo sustituye en sus funciones de juez de las grandes causas; las pasiones sustituyen a los intereses. La politización de la responsabilidad penal va perdiendo sentido en la medida en que existe mayor conciencia civil y política y mayor interés ciudadano en la actuación pública de sus gobernantes; la sociedad podrá permitir cierto margen de actuación y tolerar una inmunidad durante sus funciones, pero no permitirá la impunidad de un gobernante. Es indiscutible que el juicio político, desde la creación del *Impeachment* en 1386, ha sido esencialmente un arma política,¹⁸ cuyo uso, pese a ser restringido será en ocasiones necesario: "...la justicia política está destinada a seguir siendo un eterno atajo, necesario y grotesco, benéfico y monstruoso pero de todos modos un atajo. Es necesaria y benéfica, porque sin la intervención del instrumento jurídico la lucha por el poder político continuaría siendo igualmente implacable pero mucho más desordenada".¹⁹

2. Los instrumentos jurídicos de la irresponsabilidad

La irresponsabilidad del jefe de Estado encuentra su máxima expresión en el carácter consuetudinario del sistema político inglés. En el se investía a la corona con dos importantes atributos: "... su carácter perpetuo, recogido en la máxima *the King never dies*, y en su naturaleza inviolable, expresada con el aforismo *the King can do no wrong*".²⁰ La irresponsabilidad del rey es un principio común en los sistemas monárquicos parlamentarios y se encuentra institucionalizado bajo dos instrumentos jurídicos: el refrendo ministerial y la regla del acompañamiento.²¹ A través de estos dos instrumentos se mantie-

¹⁸ BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹ KIRCHHEIMER, Otto, *op. cit.*, p. 473.

²⁰ GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *El refrendo*, p. 46.

²¹ Cfr. BIDÉGARAY, Christian, EMERI, Claude, *op. cit.*, pp. 12 y sigs.

ne el principio de irresponsabilidad del rey, pues limita significativamente su autonomía, lo que se traduce en una responsabilidad política nula.²² Como consecuencia de la irresponsabilidad del rey, la responsabilidad se encontraba depositada en sus ministros que la asumían a través del refrendo, y era a través del *impeachment* y el *bill of attainder* como su responsabilidad podía ser juzgada. La responsabilidad política de los ministros es uno de los fundamentos del sistema parlamentario: éstos son los responsables ante la Cámara de los Comunes. El gobierno se lleva a cabo, por lo tanto, con la colaboración del rey, los ministros y la Cámara. Así aparece la tercera máxima *the King can not act alone*, que da origen a la regla del acompañamiento.²³

Aun las monarquías posteriores a la caída del *Ancien Régime* poseen disposiciones que constatan la irresponsabilidad real. Así la Constitución francesa de 1791 en su Capítulo II, Sección Primera, Artículo 2: "La persona del Rey es inviolable y sagrada", y la Constitución de Cádiz de 1812, en su artículo 168: "La persona del Rey es sagrada e inviolable y no está sujeta a responsabilidad".

Estos principios consolidan la irresponsabilidad política del monarca y explican su mantenimiento hoy en día. Un acto del monarca que no cumpla con los principios que le imponen estos dos instrumentos carecerá de todo valor jurídico, aunque pueda tener consecuencias políticas por sí mismo. La irresponsabilidad política en nuestros días no implica un ejercicio absoluto del poder, por el contrario, la irresponsabilidad sólo se entiende si otros se responsabilizan de los actos que realice el monarca, que serán casi sin excepción los ministros.²⁴ Como se ha hecho notar, la gravedad de la irresponsabilidad política del monarca surgiría si el rey tomara toda suerte de medidas incorrectas o graves sin que nadie se responsabilizara de ellas.²⁵

²² En este sentido GONZÁLEZ-TREVIJANO afirma: "La inviolabilidad, lejos de ser una característica propia de la monarquía, se ha transformado en una función despojada de cualquier incidencia real en el proceso político", *op. cit.*, p. 65.

²³ Véase GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*

²⁴ "La responsabilidad del monarca hay que compensarla, si no se quiere incurrir en un privilegio incongruente, en una contradicción imposible de conciliar con los principios democráticos, con el refrendo de los actos del Rey". GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*, p. 61.

²⁵ Véase DE ESTEBAN, Jorge, GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J., *Curso de derecho constitucional español III*, pp. 78 y sigs.

Actualmente el refrendo ministerial se configura como un principio carente de sentido político, toda vez que al lado de un rey irresponsable se reconoce un jefe de gobierno y ministros responsables políticamente ante el Parlamento, y por el contrario, pareciera ser que es el monarca quien da su firma para la completa validez del acto, quien refrenda el acto del jefe de gobierno o de sus ministros sin que se responsabilice por ello, por lo que el refrendo se ha constituido en una mera formalidad en los sistemas monárquicos parlamentarios, un acto mediante el cual el monarca participa simbólicamente en los actos de Estado.²⁶ Debe hacerse notar que los sistemas republicanos y presidenciales mantienen igualmente una mutación del refrendo ministerial de los actos del presidente, un acto que da validez a las leyes que promulgue el ejecutivo. Principio igualmente inexplicable, puesto que una negativa del ministro a otorgar su refrendo provocaría su separación del cargo y una nueva nominación por parte del presidente, además, si aunamos a lo anterior que en los sistemas presidenciales el Parlamento no puede llamar a cuentas al presidente o emitir una moción de censura, la asunción de responsabilidad del ministro a través del refrendo parece carecer también de todo sentido, al depender su permanencia o remoción de la voluntad del presidente.

Por otro lado, la regla del acompañamiento es igualmente una institución creada y mantenida para evitar el problema de doble personalidad del Ejecutivo en las monarquías y sistemas semipresidenciales. Toda vez que el poder ejecutivo es uno, debe mantenerse dicha unidad pese a que existan un jefe de Estado y un jefe de gobierno depositados en distintos individuos. De esta manera cuando un acto requiera la presencia del ejecutivo, en funciones de jefe de Estado, deberá estar presente también un representante del gobierno que, por un lado de unidad al poder ejecutivo, y por el otro dé validez oficial, de ser necesario, a los actos del monarca o presidente. La irresponsabilidad política del monarca se presenta por lo tanto, como una institución carente de sentido en los sistemas democráticos actuales, mantenida

²⁶ "Ante este estado de cosas, se llegará a denunciar la falta de sentido de la inviolabilidad, la irresponsabilidad y el refrendo, una vez que los actos del Rey, al haber perdido éste su consideración de auténtico poder, para transformarse en un órgano constitucional que queda fuera del juego político, son actos políticos, actos del Ejecutivo, que el monarca, sin más, firma", GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*, p. 64.

a través de los instrumentos que someramente hemos comentado: "...la inviolabilidad y el refrendo son dos reliquias históricas que se mantienen por tradición y que se limitan sencillamente a recordarnos cuál ha sido el origen de la monarquía parlamentaria de nuestros días".²⁷

3. La irresponsabilidad y sus modalidades: inmunidad y privilegio de jurisdicción

Las distintas formas en que se manifiesta la irresponsabilidad del jefe de Estado van a venir determinadas por el tipo de gobierno existente y la personificación del poder ejecutivo (único o bicéfalo) en el Estado; los sistemas presidencial y parlamentario son las dos modalidades predominantes. Hemos visto ya que en los sistemas monárquicos la irresponsabilidad política y penal del jefe de Estado, el rey, es absoluta. En los sistemas semipresidenciales, la Quinta República Francesa por ejemplo, la responsabilidad del jefe de Estado se encuentra también muy atenuada. Por otra parte, en los sistemas presidenciales al reunirse en un solo individuo los atributos de jefe de Estado y jefe de gobierno, la responsabilidad política y penal del Presidente está sujeta a procedimientos especiales.

Como hemos apreciado en el capítulo anterior, la distinción entre la responsabilidad política y penal del jefe de Estado no se distingue claramente; la politización de la responsabilidad penal de los hombres del Estado ha provocado que los instrumentos de responsabilidad política y los mecanismos de protección de la función pública se apliquen a la responsabilidad penal de los gobernantes. Si bien la responsabilidad política pura parece estar más o menos clara (negligencia en el cargo, faltas graves, etc.) al tratar la responsabilidad penal del jefe de Estado, la cuestión se vuelve menos clara. Varios instrumentos jurídicos otorgan una protección especial al gobernante en funciones, protección que se extiende a su responsabilidad penal, instrumentos que varían entre la inmunidad y el privilegio de jurisdicción, aunque por momentos la impunidad pareciera ser el objetivo de estos mecanismos.

²⁷ *Ibidem*, p. 65.

Inmunidad. La inmunidad es la cualidad de aquél que se encuentra exento de oficios, cargos, gravámenes o penas.²⁸ La inmunidad requiere entonces un sujeto que se beneficia de una excepción de carácter personalísima respecto de una ley de carácter general. La exención de gravámenes y penas, de responsabilidad en términos generales, es la que genera ciertos celos. El individuo se podrá encontrar violentando la ley premeditada y conscientemente sin que se haga acreedor de la sanción o pena que la legislación establece. La inmunidad tiene su origen tradicionalmente en las características del cargo del individuo, éste es el caso de la inmunidad parlamentaria, la inmunidad diplomática y evidentemente la inmunidad del jefe de Estado. Inmunidad, pero, ¿respecto de qué? La inmunidad, para nuestros fines, será respecto de una ley de carácter general: la legislación penal.

La línea que divide a la impunidad de la inmunidad es tan sutil que apenas podríamos diferenciar a una de la otra. La impunidad es consecuencia necesaria de la ausencia de castigo ante un crimen o conducta ilegal. La inmunidad es una situación previa, que otorga una protección especial a un individuo en caso de caer en el supuesto legal preestablecido. Así la inmunidad es una situación o estatus jurídico previo a un acto ilegal y la impunidad una situación *de facto* derivada de la ausencia de castigo. La inmunidad absoluta deriva necesariamente en impunidad. El carácter inviolable y sagrado del monarca, por ejemplo, le otorgaba una inmunidad absoluta, que fácilmente se transformaba en impunidad.

La inmunidad temporal implica, por otro lado, la suspensión de los procesos judiciales abiertos, y por lo tanto, la suspensión de la prescripción de los delitos, en este sentido Didier Maus: "*Il y a en quelque sorte, suspension d'une éventuelle procédure pendant la durée de son mandat présidentiel. Il convient dans ce cas de considérer que la prescription est également suspendue*".²⁹ La inmunidad del presidente en Francia, por citar un ejemplo, no se limita a los procesos penales en los cuales pudiera estar implicado, sino también a

²⁸ Diccionario de la Lengua Española, 2001.

²⁹ Citado por FAVOREU, Louis, "De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 49-2002, p. 9.

aquellos actos cometidos fuera del ejercicio de sus funciones, y aquellos casos en los que pudiera ser requerido como simple testigo.

La inmunidad temporal plantea una disyuntiva importante: ignorar un posible pasado criminal del jefe de Estado permitiendo que siga gobernando y que la acción judicial y la prescripción se suspendan hasta el término de sus funciones; o destituirlo para determinar su responsabilidad penal, impidiendo así que un "criminal" lleve los destinos de la nación. Esta última e impecable opción es fácilmente objetable; el jefe de Estado o de gobierno podría ser atacado por sus enemigos políticos que podrían construir cargos falsos o montar todo un escenario delictivo que tenga como finalidad la salida del jefe de Estado del escenario político y del ejercicio del poder, o incluso, la simple perturbación del orden político y social en su beneficio. El resultado del proceso judicial podría ser la sentencia absolutoria, pero el desprestigio público y la consecuente muerte política serían casi inevitables: el daño estaría hecho. El jefe de Estado sería vulnerable a ataques, falsos o ciertos, a un uso político de la justicia y sus tribunales, que se traducirían necesariamente en un ejercicio deficiente de sus funciones públicas, en un ambiente político turbio y de desconfianza pública. La inmunidad temporal, con la consecuente suspensión de los procesos judiciales y de la prescripción de los delitos, sería entonces el mecanismo más adecuado en el caso de los delitos que se hubieran cometido con anterioridad al cargo o aquellos que se cometieren durante sus funciones, pero sin relación con ellas. La buena marcha de las instituciones públicas se garantiza, y a la vez existirá la seguridad de que no quedará impune ningún delito.

Privilegio de jurisdicción. De acuerdo con Sieyès: "Todos los privilegios, sin distinción, tienen ciertamente por objeto dispensar de la ley o conceder un derecho exclusivo a alguna cosa que no está prohibida por la ley. Lo que constituye el privilegio es el estar fuera del derecho común, del que no puede salirse más que de una u otra de esas dos maneras".³⁰ El privilegio de jurisdicción consiste en la exención o dispensa que se hace al jefe de Estado o determinados hombres políticos para no ser juzgados por los tribunales ordinarios, para

³⁰ SIEYÈS, Emmanuel J., "Ensayo sobre los privilegios", en *¿Qué es el Tercer Estado?*, p. 145.

no ser juzgado como al resto de los ciudadanos. Se crea así un tribunal *ad hoc*, que juzgue los actos sobre los cuales se le exige responsabilidad. El otorgar al Parlamento tales facultades y no al poder judicial tiene su explicación en dos argumentos: el primero lo hemos visto anteriormente: en los Estados Unidos de América se propuso originalmente que el presidente fuera juzgado por la Suprema Corte de Justicia, objetándose sin embargo, que la posibilidad de sobornar o presionar a los nueve miembros de la Corte sería mucho mayor, que si pusieran en manos del Senado la facultad de juzgarlo; el segundo pretende también fundamentar el privilegio de jurisdicción en el argumento de un sujeto político electo popularmente, unido de la legitimidad que las urnas le han otorgado, y que por lo tanto no puede ser juzgado sino por otros actores políticos también legitimados por el voto popular, por ende, el poder judicial no cuenta con la legitimidad para juzgarlo. Falso argumento si recordamos que en los Estados Unidos de América los jueces son electos por voto popular sin que a la fecha se haya otorgado a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de juzgar la responsabilidad política o penal de los altos cargos políticos.

El privilegio de jurisdicción es el más fiel instrumento del cual se han servido los hombres políticos para garantizar la politización de la responsabilidad penal. El privilegio de jurisdicción no se entiende sin un delito o crimen que juzgar, puesto que el juicio de la responsabilidad política correspondería naturalmente al Parlamento. Nos remitimos a los comentarios hechos anteriormente respecto de la politización de la responsabilidad penal para entender las implicaciones de un Parlamento erigido en tribunal de los hombres del Estado. Como sea que se pretenda interpretar el privilegio de jurisdicción, bajo argumentos políticos o construcciones legales, sólo nos queda concluir con Sieyès: "... 'privilegio' es una dispensa para el que lo obtiene y un desaliento para los demás".³¹

El otorgamiento de una o ambas modalidades de exclusión de la responsabilidad del jefe de Estado es moneda común en todos los Estados modernos, y sus variantes o combinaciones son tan ricas como simples en algunos casos.

³¹ *Ibidem*, p. 145.

Así la Constitución portuguesa en su artículo 133 establece que el presidente responde de los crímenes que cometa en el ejercicio de sus funciones ante el Tribunal Supremo de Justicia y de los crímenes cometidos fuera del ejercicio de sus funciones responderá ante los tribunales ordinarios una vez que termine su mandato. De esta manera la Constitución portuguesa establece un sistema mixto de inmunidad temporal y privilegio de jurisdicción: el presidente responde ante el Tribunal Supremo de Justicia por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, correspondiendo a la Asamblea la iniciativa del procedimiento. La condena tendrá como consecuencia la destitución del presidente y la imposibilidad de ser reelecto.

La Constitución griega en su artículo 49.1 prescribe que el presidente de la República no es responsable de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones excepto el caso de alta traición o violación deliberada de la Constitución, y respecto de los actos que no tengan relación con el ejercicio de sus funciones, la persecución penal se suspenderá hasta el fin de su mandato presidencial.

En Alemania se establece un sistema de privilegio de jurisdicción. El Bundesrat o el Bundestag indistintamente pueden acusar al presidente de la República ante el Tribunal Constitucional Federal por violación deliberada de la propia Constitución o de cualquier otra ley federal y la pena en caso de ser encontrado culpable es la destitución del cargo (artículo 61 de la Constitución alemana de 1949).

En Italia existe igualmente un privilegio de jurisdicción, ya que el presidente de la República no es responsable de los actos realizados en ejercicio de sus funciones, con excepción del delito de alta traición o por violación de la Constitución, y será juzgado por el Parlamento (artículo 90 de la Constitución italiana de 1947).

En el caso de España la Constitución de 1978 en su artículo 56.3 otorga una inmunidad absoluta: *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad*. En sentido contrario y marcando una clara y absoluta distinción, la Constitución de la Segunda República española en su artículo 85 establecía: "El presidente de la República es criminalmente responsable de la infracción delictiva de sus obligaciones presidenciales", y establecía un sistema de privilegio de jurisdicción mediante el cual el Congreso decidiría si habría lugar a la acusación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales que resolvería sobre su destitución. La Ley de responsabilidad del

jefe de Estado determinaba el procedimiento para exigir la responsabilidad criminal del presidente.

Por su parte la Constitución de los Estados Unidos establece en su artículo II, § 4 que el Presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus cargos mediante *impeachment* por traición, cohecho u otros delitos graves y faltas. Esta separación del cargo es el objetivo principal del *impeachment*, ya que posteriormente quedaría la puerta abierta a la jurisdicción ordinaria para determinar su responsabilidad penal. El sistema estadounidense otorga una suerte de inmunidad tutelada, ya que se requiere de una instancia previa, el *impeachment*, para proceder por los medios que la justicia ordinaria otorga. Este juicio de procedencia sólo destituye del cargo, mientras que serán los tribunales los que tomen la decisión final con todas las garantías procesales para el acusado.

Finalmente, la Constitución mexicana de 1917 establece un sistema mixto de inmunidad temporal y privilegio de jurisdicción. Su artículo 108 establece que el presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común, lo que implica la posibilidad de ser acusado y juzgado por cualquier otro delito al término de sus funciones constitucionales, mientras que el artículo 111 al tratar la responsabilidad penal del presidente remite al procedimiento de juicio político del artículo 110 (procedimiento bicameral con la cámara baja como acusadora y el Senado erigido en jurado de sentencia que aplica la pena) para juzgar la responsabilidad penal derivada del artículo 108.

Sin excepción conocida, todos los Estados modernos otorgan algún tipo de tratamiento especial a la responsabilidad penal de sus jefes de Estado, y parece constituirse en un principio generalmente aceptado que la protección del jefe de Estado y el correcto funcionamiento del cargo y de las instituciones bajo su mando, constituyen una cuestión de indiscutible importancia. Sin embargo, los "principios políticos generalmente aceptados" se ven ahora superados por los "principios jurídicos universalmente aceptados": los derechos humanos, los principios democráticos, la prevención y castigo de crímenes de lesa humanidad, entre otros. Estos principios políticos no pueden ser admitidos cuando la conducta del gobernante no sólo vio-

lenta el orden interno, sino cuando ésta infringe disposiciones de derecho internacional humanitario, cuando su conducta trasciende las fronteras estatales y afecta no sólo a la comunidad internacional, sino a la propia humanidad.

III. LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE ESTADO

1. Antecedentes de la justicia penal internacional

El precedente histórico fundamental para un estudio de la justicia penal internacional es el del Tribunal de Nuremberg. Al final de la Segunda Guerra Mundial se establece un tribunal internacional *ad hoc* por instancia de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña, la Unión Soviética y los Estados Unidos de América. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg juzgó a los dirigentes y colaboradores del Tercer Reich de Hitler bajo las acusaciones de crímenes de guerra. Este tribunal marca un hito, ya que no fueron los órganos jurisdiccionales del Estado alemán de un nuevo régimen el que juzgaría a los miembros del anterior régimen nazi, sino un tribunal internacional en el que Alemania no contaba con representación alguna. Se marcaba así la diferencia entre una responsabilidad política tradicional por el abuso de los cargos y el poder público, y la responsabilidad por lo que se refiere a "la destrucción total de la dignidad y personalidad humana".³² Es en Nuremberg donde por primera vez se establece un tribunal que ha de castigar conductas delictivas inhumanas, que transgredían los principios del derecho de guerra y atentaban en contra de la propia dignidad humana. Se acordaron igualmente unos procedimientos judiciales eclécticos: "El juicio de Nuremberg tuvo su propia dialéctica y constituyó un esfuerzo para fijar una responsabilidad criminal de base multinacional, por toda acción política cuya implantación involucrara crímenes contra el género humano... Como el caso no tenía precedente, tampoco lo tuvo la persecución de cuatro estados, el proceso criminal y el derecho penal que se formuló para tal propósito mediante el estatuto ela-

³² Para esto y lo que sigue, véase KIRCHHEIMER, Otto, *Justicia política*, pp. 356 y sigs.

borado en la Conferencia Internacional de Londres y el tribunal de Nuremberg".³³

Los tratados internacionales en materia de derecho penal internacional no son pocos. Entre los más relevantes tenemos la Convención para la prevención y la represión del genocidio del 9 de diciembre de 1948 —aprobada un día antes que la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos—, la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, el Protocolo adicional a dicha convención relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977, y la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes del 10 de diciembre de 1984. Todos ellos muestran una doble preocupación, que tanto los participantes activos y la población civil reciban un trato que respete la dignidad humana aun dentro de un conflicto armado, y que determinados crímenes que atenten contra ella no queden sin castigo. Posteriormente se han ido constituyendo tribunales *ex profeso* que juzgarían los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad. De esta manera encontramos al Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia cuyo estatuto prescribía en su artículo primero su competencia: juzgar a las personas presumiblemente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidos en territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991. Otro tribunal relativamente reciente es el Tribunal Penal Internacional para Ruanda cuya competencia sería juzgar, además, a los ciudadanos ruandeses presumiblemente responsables de las mencionadas violaciones cometidos en territorio de los Estados vecinos entre el 1 de enero y el 1 de diciembre de 1994. La creación de tribunales *ad hoc* respondía a la conciencia internacional de que los crímenes de lesa humanidad no se acabaron con el holocausto nazi, de que se realizan nuevos crímenes contra la humanidad bajo las formas de limpiezas étnicas, resurgimientos nacionalistas y xenofobia; respondía a la necesidad de castigar dichos crímenes y a la ausencia de un tribunal penal internacional preestablecido cuyas competencias y jurisdicción se encontraran ya determinadas. De esta manera es que nace entonces la Corte Penal Internacional.

³³ KIRCHHEIMER, Otto, *op. cit.*, p. 373.

2. La responsabilidad penal del jefe de Estado ante la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional es el primer tribunal internacional en materia penal de carácter permanente y autónomo. El Estatuto que la crea fue firmado en Roma el 17 de julio de 1998, y fija su sede en La Haya. Su entrada en vigor tuvo lugar el día 1 de julio de 2002 con la firma de 77 Estados. La Corte tiene como competencia la investigación, juicio e imposición de penas por los crímenes de genocidio,³⁴ crímenes contra la humanidad³⁵ y crímenes de guerra,³⁶ además del crimen de agresión.³⁷ La tipificación de los delitos antes comentados nos permite apreciar elementos comunes en los que se puede derivar la responsabilidad de los gobernantes. Todos estos crímenes comparten características comunes: son cometidos con el fin de *destruir un grupo étnico, nacional, religioso o racial* (genocidio), mediante *ataques extendidos o sistemáticos* en contra de la población civil (crímenes contra la humanidad) y forman parte de un *plan o política*

³⁴ El artículo 6 del Estatuto de Roma define al genocidio como los actos cometidos con el intento de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como: a) asesinato de miembros del grupo; b) causar serios daños físicos o mentales a los miembros del grupo; c) deliberadamente infligir en el grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física en todo o en parte; d) imposición de medidas que tengan como objeto prevenir nacimientos dentro del grupo; e) transferir por la fuerza a niños del grupo a otro grupo.

³⁵ El artículo 7 del Estatuto define los crímenes en contra de la humanidad, y tipifica como tales aquellos crímenes cometidos como parte de un *ataque extendido o sistemático dirigido en contra de cualquier población civil*, con conocimiento del ataque. Son considerados como crímenes en contra de la humanidad: el asesinato; el exterminio; la esclavitud; la deportación o transferencia forzada de la población; el aprisionamiento u otras privaciones graves de la internacional; la tortura; la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; las persecuciones en contra de cualquier grupo o colectividad identificable por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas o de género o por otras causas que sean universalmente reconocidas como prohibidas por el derecho internacional; la desaparición forzosa de personas; el crimen del *apartheid*; otros actos inhumanos similares que hayan causado intencionalmente gran sufrimiento, o serios daños corporales o a la salud física o mental.

³⁶ El artículo 8 establece que serán considerados crímenes de guerra los cometidos como *parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de dichos crímenes*.

³⁷ Este crimen se encuentra aún sin definir, y según el artículo 5.2 del Estatuto será considerado una vez que se tomen provisiones de acuerdo con los artículos 121 y 123 del propio Estatuto.

(crimen de guerra). Estas acciones son impensables sin una estrategia preconcebida que implica una planeación y dirección ideológica, política y militar. Ninguno de estos crímenes puede ser producto del fragor de la batalla en una guerra, consecuencia necesaria de una operación militar o parte de los tristemente célebres “daños colaterales”, su comisión no es de ninguna manera accidental o circunstancial. Los responsables ideológicos, militares y políticos de aquellas conductas y políticas que se constituyan en delitos contra la humanidad deben ser castigados por la comunidad internacional en ausencia de la acción de la justicia local: el líder político o militar debe responder. En los casos más recientes o conocidos (Hitler, Milosevic, Hussein) esta figura siempre ha coincidido con la del jefe de Estado.

De los posibles responsables por la comisión de crímenes contra la humanidad son los responsables políticos, generalmente gobernantes, los que oponen mayores obstáculos para ser llevados ante la justicia valiéndose de todo tipo de inmunidades y privilegios propios de su cargo para evitar la acción de los tribunales nacionales e internacionales. Es por ello que el Estatuto de Roma tuvo especial cuidado en prevenir que los gobernantes, o dirigentes políticos pudieran evadirse de la justicia internacional. De esta manera se redactó el artículo 27 del Estatuto cuyo rubro “Imprudencia del cargo oficial” nos deja ver su objetivo. Dicho artículo dice a la letra:

Artículo 27. Imprudencia del cargo oficial.

1. El presente Estatuto se aplicará igualmente a todas las personas sin distinción alguna fundada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de jefe de Estado o de gobierno, de miembro de un gobierno o parlamento, de representante elegido o funcionario de gobierno, no exonerará en ningún caso a dicha persona de la responsabilidad criminal bajo el presente Estatuto, y no constituirá, como tal, un motivo de reducción de la pena.

2. Las inmunidades o reglas especiales de procedimiento inherentes al cargo oficial de una persona, en virtud del derecho interno o del derecho internacional, no impedirá a la Corte ejercer su jurisdicción sobre tal persona.³⁸

³⁸ Hemos preferido para fines expositivos nuestra propia traducción. El texto íntegro del Estatuto puede consultarse en la página web de la Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/law/icc/>

La preocupación del Estatuto por prevenir la evasión de la justicia internacional por parte de los responsables, en particular la del jefe de Estado o de gobierno no es gratuita. Corwin ha advertido ya que la historia de la presidencia ha sido una historia de maximización,³⁹ y esta maximización de la figura de los jefes de Estado y de gobierno parece una moneda común, que ha producido una nueva imagen sacralizada del gobernante que ha dificultado históricamente la posibilidad de juzgar a un presidente, rey o gobernante a pesar de los mecanismos creados para ello. De todos son conocidas las artimañas de que se han valido; desde sistemas totalitarios que los perpetúan en el poder garantizándoles la impunidad, hasta las leyes de punto final, nombramientos políticos vitalicios que les garantizan inmunidad o la cesión del poder a grupos políticos afines que permiten un exilio pacífico a dichos criminales.

Otro ejemplo claro de esta maximización y su consecuente protección es que la mayoría de las constituciones y ordenamientos jurídicos estatales al establecer los delitos por los cuales los jefes de Estado podrán ser juzgados ante jurisdicciones especiales, hacen mención de delitos que no han sido definidos legalmente. En los Estados Unidos de América, se establece la procedencia del *impeachment* en contra del presidente por *treason, bribery and high crimes and misdemeanors*, esto es, traición, cohecho y delitos graves y faltas,⁴⁰ sin embargo estos últimos no poseen ningún antecedente en ley: “*In sum, “high crimes and misdemeanors” appear to be words of art confined to impeachments, without roots in the ordinary criminal law, and which, so far as I could discover, had no relation to whether an indictment would lie in the particular circumstances*”.⁴¹

En Francia, el artículo 68 establece que el jefe de Estado sólo puede ser juzgado por alta traición. El concepto jurídico de *haute trahison*, alta traición, no se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico francés. El *Ancien Code Pénal* de 1832, abrogado en marzo de 1994, establecía en sus artículos 70 a 72 los tipos penales de traición, todos

³⁹ *Aggrandizement*, es el término usado. Vid. CORWIN, Edward S., *op. cit.*, p. 307.

⁴⁰ Preferimos traducir *high crimes and misdemeanors* como “delitos graves y faltas”, y no como “delitos y faltas graves” debido a que el concepto *misdemeanor* en el derecho anglosajón es usado para referirse a faltas, infracciones o delitos menores, por lo que sería una contradicción en términos que se hablara de *high misdemeanors* o “faltas graves”.

⁴¹ BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 62.

relacionados con la ayuda prestada a una potencia extranjera y pena de muerte. La pena de muerte sería abolida hasta el 9 de octubre de 1981 mediante la ley 81-908. El *Nouveau Code Pénal* tipifica la traición en sus artículos 411-2 al 411-11, dentro del Libro IV, dedicado a los crímenes y delitos contra la nación, el Estado y la paz pública. Ninguno de los dos códigos hace referencia alguna a un tipo específico de alta traición o a la posible responsabilidad del presidente de la República en su comisión.

Como se puede apreciar en los casos estadounidense y francés se tienen dos posibles interpretaciones de la falta de tipificación de la conducta punible. En una, la falta de una tipificación legal de los delitos descritos provoca una evidente situación de arbitrariedad en su consideración y castigo. Por otro lado, bajo el principio general de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, los crímenes graves y faltas y la alta traición, no serían punibles, y por lo tanto ningún actor político podría ser juzgado bajo dicho cargo. Como Kirchheimer lo advertía ya en 1960, la tipificación del delito de alta traición permanecía intencionalmente indefinida en beneficio del presidente francés.

La mayoría de las constituciones y ordenamientos jurídicos internos de los Estados no se encuentran preparados para una jurisdicción penal internacional. Junto a las múltiples contradicciones del derecho interno con el Estatuto, tales como las cuestiones de extradición por delitos no considerados en el ordenamiento interno, extradición de nacionales, la prohibición de la pena de cadena perpetua en algunos Estados, y falsas consideraciones sobre la soberanía nacional, una de las más trascendentes es la contradicción entre la irresponsabilidad del jefe de Estado, sus inmunidades y privilegios, con el artículo 27 del Estatuto.

Por mencionar un ejemplo veamos el citado caso español: el artículo 56.3 de la Constitución española establece: "La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad..." No existe distinción alguna del tipo de responsabilidad a la que se refiere, ya sea de naturaleza política o penal. Los términos en que le son otorgadas al Rey las características de inviolabilidad e irresponsabilidad son tan generales que fácilmente se puede deducir una inmunidad absoluta por parte del monarca. De acuerdo con González-Trevijano, mediante el artículo 56.3 de la Constitución española "se afirma pues su indemnidad e inmunidad, es decir, la imposibilidad de poder ser ob-

jeto de un proceso, y de ser considerado autor de un delito, aun al margen del proceso en cuestión".⁴²

Llevando el supuesto hasta sus últimas consecuencias Gimbernat Ordeig reflexiona: "Anticipando la irresponsabilidad regia y no previendo su enjuiciamiento criminal por el Tribunal Supremo en pleno, previa autorización del Congreso, el Anteproyecto se niega a afrontar una incómoda posibilidad de un monarca delincuente... (pudiendo llegarse) a una regulación que consagra la inmunidad de un monarca asesino o violador y al que ni siquiera se le podría remover de su cargo si delinquiera".⁴³ En este sentido, González-Trevijano considera la anterior una formulación aséptica, no creíble constitucionalmente, pues afirma que el supuesto de un monarca delincuente significaría el desprestigio y ocaso de la institución monárquica.⁴⁴ No obstante, la historia nos ha dado ya suficientes ejemplos de crímenes impunes por parte de gobernantes y monarcas como para contentarnos con el desprestigio de una institución más llena de tradición y simbolismo que de poder real: las consecuencias políticas no bastan ante un crimen contra la humanidad. La finalidad de la justicia penal internacional no es la estabilidad política de un régimen ni el prestigio de una institución, sino la protección de la humanidad misma.

Las contradicciones entre el derecho interno y el Estatuto de la Corte Penal Internacional son finalmente, meras cuestiones legales que pueden verse superadas mediante reformas a la Constitución o a las legislaciones nacionales. Lo preocupante no es solucionar las cuestiones de forma sino las de fondo, la falta de voluntad política internacional. La negativa a firmar el Estatuto de Roma proveniente de varios países, entre ellos los Estados Unidos de América e Israel, nos dejan ver que nos encontramos aún lejos del fin buscado.

IV. JUSTICIA UNIVERSAL VS RAZÓN DE ESTADO

1. *Excursus* sobre el caso francés

El caso Chirac, que adelantábamos líneas atrás nos sirve como modelo. Conjunta las cuestiones de la responsabilidad penal del jefe de

⁴² *Idem, supra*, p. 61.

⁴³ Citado por GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 63.

Estado, su politización, la consideración de la irresponsabilidad como atributo de su investidura y el otorgamiento de instrumentos de exención de responsabilidad. A la vez, se encuentra inmersa dentro de la discusión de su responsabilidad penal ante la jurisdicción penal internacional y las contradicciones de la Constitución de 1958 con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El asunto fue el siguiente: Jacques Chirac, actual presidente francés se vio implicado en una serie de acusaciones sobre malversación de fondos públicos durante el largo periodo en que fue alcalde de París, de 1977 a 1995, a la vez que presidente de su partido, el RPR (*Reensablement pour la République*), de 1976 a 1994. Las acusaciones fueron variadas; desviación de fondos hacia su partido, fraudes electorales y creación de empleos ficticios en la alcaldía. En febrero de 1994, un juez de instrucción, Eric Halpen, inicia investigaciones sobre los desvíos de fondos de la Oficina de Obras Públicas de París. Se encarcela entonces a Jean Claude Méry, miembro del comité financiero del RPR, quien se negara a declarar y fuera liberado en marzo de 1995. Su silencio benefició a Chirac, quien ganaría las elecciones presidenciales ese año. La investigación se archivó por falta de pruebas. El 21 de septiembre de 2000, en un video póstumo, Méry acusa a Chirac de haber ordenado la desviación de varios millones de francos en 1986 de la alcaldía de París destinados a la OPAC (*Office Public de Aménagement de Construction*) para el financiamiento del partido. Se calcula que sólo por conducto de la OPAC, el RPR se benefició con diez millones de francos por año. Tras la nueva evidencia el juez Halpen reabre el caso y el 28 de marzo de 2001 cita al presidente Jacques Chirac a comparecer como testigo para el día 4 de abril, apercibiéndolo de que de no presentarse, sería apremiado mediante fuerza pública y se le impondría una multa de 25,000 francos.

Chirac responde acusando a Halpen de violar la Constitución y de cometer *forfaiture*,⁴⁵ y se niega a acudir a la citación alegando la división de poderes y la inmunidad presidencial establecida en el artículo 68 de la Constitución.⁴⁶ El Consejo Constitucional en una resolu-

⁴⁵ Chirac acusó a Halpen de *forfaiture*, término que apareció en una ley de 1790 y que fundó el actual sistema jurídico francés, estableciendo la prohibición del poder judicial para pedir cuenta a la administración.

⁴⁶ Art. 68. El Presidente de la República no es responsable de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones más que en caso de alta traición.

ción del 22 de enero de 1999 había interpretado el artículo 68 de la Constitución y estableció que el presidente de la República, por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y salvo el caso de alta traición, se beneficia de una *immunidad* y que además, durante la duración de sus funciones, su responsabilidad penal no puede ser llevada más que ante la Alta Corte de Justicia.^{47, 48} En un comunicado del 10 de octubre de 2000 el Consejo Constitucional aclara su posición y afirma que el presidente de la República no se encontraba exonerado de su responsabilidad penal, sino que se beneficia de “un privilegio de jurisdicción hasta el final de su mandato”, que no le permitía ser llevado a juicio más que ante la Alta Corte de Justicia.⁴⁹ Esto significa que “toda investigación ante las autoridades penales ordinarias se suspende durante su mandato”. Sin embargo, el Consejo Constitucional no cerró la puerta a toda investigación penal; si sólo puede ser juzgado ante la Alta Corte de Justicia durante su mandato, podría entonces responder ante ella por dos tipos de infracciones: “los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y calificables de alta traición” y también, “los actos desligados de sus funciones, cometidos durante su mandato, o, si no se encuentran prescritos, los

⁴⁷ La *Haute Cour de Justice* se encuentra prevista en el artículo 67 de la Constitución francesa de 1958. Es un tribunal *ad hoc* compuesto por 24 miembros, 12 nombrados por la Asamblea Nacional y 12 por el Senado de entre sus miembros, y tiene como única función juzgar al presidente de la República conforme al artículo 68. La iniciativa para que el Parlamento examine un propuesta de acusación contra el jefe de Estado requiere el voto del diez por ciento de los miembros de cada cámara, por lo que se necesita el acuerdo de 58 diputados y 33 senadores. Una vez aprobada la iniciativa la resolución es examinada por la Asamblea, para ser turnada a una comisión especial de 15 miembros. El reporte de esta comisión debe ser aprobado en los mismos términos por la Asamblea Nacional y por el Senado. Aprobado el expediente se envía a una comisión de instrucción compuesta por cinco magistrados de la Corte de casación, quienes apreciarán si hay pruebas suficientes de la existencia de los hechos denunciados. La comisión decidirá si el presidente debe comparecer ante la Alta Corte de Justicia. La resolución de la Alta Corte es inapelable.

⁴⁸ La decisión del Consejo Constitucional núm. 98-408 del 22 de enero de 1999 decía: “Considérant qu’il résulte de l’article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l’exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d’une immunité; qu’au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de justice, selon les modalités fixées par le même article...”

⁴⁹ Hasta el fin de la Tercera República francesa, el Senado cumpliría las funciones de Suprema Corte para juzgar ciertos delitos políticos y para decidir la responsabilidad por los actos cometidos por un miembro del gabinete o del presidente en casos de alta traición.

anteriores a éste.” El 25 de abril de 2001 el juez Halpen se declaró incompetente para seguir con la investigación al encontrar indicios de la posible culpabilidad de Jacques Chirac: “... *il existe maintenant des indices rendant vraisemblable que Jacques Chirac ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions*” e invoca la competencia de la Alta Corte de Justicia para continuar las investigaciones del asunto.

El 29 de junio de 2001 la Cámara de Instrucción de la Corte de Apelación de París, rechaza el recurso contra la ordenanza de los jueces de instrucción a cargo de un asunto paralelo, y se apoyan en la decisión del Consejo Constitucional del 22 de enero de 1999, presentándose un recurso de casación. Finalmente el 10 de octubre de 2001, el pleno de la Corte de casación rechaza el recurso contra la resolución citada, confirmando así que el presidente de la República no puede ser citado como testigo durante el ejercicio de sus funciones.⁵⁰ Finalmente la Corte de casación determina que el término de la prescripción se suspende durante la duración de su mandato, lo que significa que hasta el fin de éste, Chirac podrá ser nuevamente requerido.⁵¹

Años antes se promovió una cuestión previa de inconstitucionalidad respecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, procedimiento típico del Consejo Constitucional en el que efectúa un control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales que se pretendan firmar en nombre del Estado francés. En la resolución del 22 de enero de 1999 antes citada, el Consejo Constitucional francés encontraría contradicciones entre el artículo 27 del Estatuto y los artículos 26, 68 y 68.1 de la Constitución y concluía que *la autorización para ratificar el Estatuto de la Corte exigía una revisión de la Constitución*.⁵² Es sorprendente el giro que da el Consejo para los habi-

⁵⁰ “...l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun...” Sentencia núm. 481 del 10 de octubre de 2001 de la Corte de casación.

⁵¹ Véase FAVOREU, Louis, *op. cit.*, p. 10.

⁵² De acuerdo con el resolutivo primero: “L'autorisation de ratifier le traité portant statut de la Cour pénale internationale exige une révision de la Constitution”. El texto íntegro de la decisión núm. 98-408 del 22 de enero de 1999 puede consultarse en la página web del Conseil Constitutionnel: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

tuados a los viejos discursos soberanistas: en lugar de declarar que el tratado internacional es incompatible con la Constitución, determina precisamente lo contrario: la Constitución es incompatible con el Estatuto y por lo tanto debe ser revisada. Es claro que el dogma de la Constitución como ley suprema está cayendo, y que los derechos humanos han tomado la supremacía al respecto.

La Constitución francesa, en su artículo 68 y la interpretación que de éste hace el Consejo Constitucional, exceden un tanto los parámetros normales de irresponsabilidad del jefe de Estado. Ya no sólo protege al Presidente en caso de actuaciones por razón de Estado o seguridad nacional, sino que le otorga una inmunidad temporal absoluta (o privilegio de jurisdicción, como matizara el Consejo Constitucional) aun por actos cometidos como simple particular, sin relación con sus funciones, o incluso, los cometidos con anterioridad a su cargo. Vincent Tournier afirma al respecto: “...nuestro Estado de derecho ha desarrollado más una cultura aristocrática que una cultura democrática, una cultura del Estado que una cultura de derecho”.⁵³ Por otro lado el profesor Guy Carcassonne ha afirmado: “...*L'individu est responsable mais la fonction est protégée. Aussi longtemps que le premier exerce la seconde, il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées, donc par personne d'autre. Dès la fin des fonctions, tout juge peut reprendre des poursuites suspendues dans l'intervalle. Bref, impunité non, immunité oui, qu'exigent ensemble la Constitution, la séparation des pouvoirs et la tradition républicaine*”.⁵⁴ Niega pues, que exista una impunidad del presidente de la República, puesto que existe la posibilidad de ser llevado ante los tribunales al final de su mandato, y los juicios podrán reanudarse. Fundamenta igualmente la inmunidad del jefe de Estado en tres pilares: la Constitución, la separación de poderes y la tradición republicana. De esta manera el principio de igualdad de todos ante la ley se ve superado por el principio de separación de poderes.⁵⁵

⁵³ TOURNIER, Vincent, “Jacques Chirac témoin? La leçon américaine”, en *Le Monde*, 5 de abril de 2001.

⁵⁴ Citado por FAVOREU, Louis, “De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République”, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, p. 9.

⁵⁵ De la misma manera George VEDEL: “Il explique qu'il faut 'protéger la fonction' dans un système constitutionnel où le Président de la République joue un rôle essentiel, 'toute

El profesor Louis Favoreu va más allá, afirma que en la discusión sobre la irresponsabilidad del presidente Chirac: "El acento ha sido puesto falsamente sobre el principio de igualdad ante la justicia sin querer reconocer que no hay ruptura del principio de igualdad, teniendo en cuenta la situación específica del jefe de Estado y la necesidad de proteger su función contra los ataques que se le puedan realizar".⁵⁶ Favoreu reconoce que la protección de la función presidencial es protegida en contra de ataques que se le pudieran hacer, se le otorga una inmunidad provisional o privilegio de jurisdicción por razón de Estado: el principio de igualdad se ve superado no por el principio de división de poderes, sino por la necesidad de preservar la institución presidencial. En otro momento y en el mismo sentido afirma: "...il ne s'agissait que d'une situation temporaire et qu'elle s'expliquait et se justifiait par la nécessité de préserver la fonction présidentielle au-delà de son titulaire actuel".⁵⁷

En Francia no se protege al Presidente por los actos que cometa en nombre de la razón de Estado, se protege a la institución presidencial *per se*, como personificación del Estado. Se pretende proteger a la República de cualquier ataque que se le haga por conducto del jefe de Estado, y que pueda por tanto repercutir en la estabilidad del Estado, en sus instituciones y en el pueblo francés. Como consecuencia directa de esta excesiva protección al ejecutivo, el jefe de Estado podría desarrollar todo tipo de actividades ilícitas en beneficio particular, sin ser responsable ante las autoridades jurisdiccionales ordinarias. Las circunstancias políticas existentes que impiden llevar al presidente francés ante la Alta Corte de Justicia también colaboran con este tributo a la razón de Estado: una mayoría en el Senado o en la Asamblea Nacional del partido del presidente frenará cualquier iniciativa.

El origen de la sacralización del jefe de Estado, de acuerdo con Tourmier, se encuentra en la misma Revolución Francesa: los elegidos

appréciation de ses actes doit être politique'. Cela implique... que tous les crimes et délits, même non liés à l'exercice de ses fonctions qui pourraient être reprochés à un Président de la République, relèvent d'une 'justice politique'." Citado por FAVOREU, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁶ "L'accent a été faussement mis sur le principe d'égalité devant la justice sans vouloir reconnaître qu'il n'y avait pas rupture du principe d'égalité compte tenu la situation spécifique du chef de l'État et de la nécessité de protéger sa fonction contre les atteintes qui pourraient lui être portées", *op. cit.*, p. 11.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 19.

eran investidos de una misión cuasi mística, ellos encarnaban la voluntad general y ningún poder o norma podía serles superior.⁵⁸ Así, el presidente francés encarna al propio Estado francés. Parecería cierto entonces el argumento que desde el Elíseo sostienen fuentes de la presidencia: "A los franceses no les gusta que se ataque a su presidente". Sin embargo un sondeo realizado por el diario *Le Parisien* lo contradice: un 64% considera correcta la citación del juez Halpen a Chirac, y un 59% desaprueba la actitud de Chirac respecto del asunto de la alcaldía de París. No podemos ocultar un dato: la razón de Estado se encuentra como trasfondo de los comentarios de Carcassonne y Favoreu, la protección de la función presidencial tiene como objeto la estabilidad del Estado y las instituciones públicas, no importa si en el poder se encuentra un criminal, siempre y cuando se preserve y proteja al Estado.

La Constitución francesa debe adaptarse, por lo tanto, a las nuevas exigencias de la justicia internacional, y deberá considerar a los delitos de lesa humanidad entre aquellos que deben ser juzgados, ya por la Alta Corte de Justicia, ya reconociendo la competencia de la Corte Penal Internacional, excluyendo dichos delitos de todo tipo de inmunidad. Los derechos humanos y el legítimo derecho de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas a su existencia constituyen principios superiores a la estabilidad política de cualquier institución o régimen.

2. La irresponsabilidad como tributo a la razón de Estado

El estatus especial que se le otorga a la responsabilidad del jefe de Estado constituye, como concluíamos en el apartado anterior, un tributo a la razón de Estado. Un tributo a la razón de Estado que prefiere la estabilidad del Estado y de las instituciones públicas antes que juzgar al individuo que lo representa y las encabeza. A la razón de Estado que defiende el mal menor de la ilegalidad excepcional para evitarle males mayores al Estado.

Si aceptáramos, como afirmara Madison, que en un gobierno republicano la autoridad legislativa predomina necesariamente, y que la actuación del ejecutivo bífido en un gobierno parlamentario se

⁵⁸ *Idem, supra* 53.

encuentra supervisada constantemente por el legislativo: ¿por qué esa protección excesiva al jefe de Estado?, ¿por qué preservar la función presidencial a toda costa si es en la Asamblea donde se encuentra representado el pueblo y no en el ejecutivo? La respuesta también nos lleva a la razón de Estado, pues es el ejecutivo el órgano tradicionalmente encargado de aplicar los mecanismos de la razón de Estado. Se le protege porque él puede en un momento determinado delinquir por razones superiores y justificadas: el Estado. Se le otorga el poder de decisión para aplicar la razón de Estado, pensando en la necesidad de efectuar acciones eficaces, rápidas e inminentes que no pueden seguir los cauces lentos e interminables de la discusión parlamentaria.

Por otro lado, la aplicación de la razón de Estado atenta claramente en contra de la división de poderes; asume decisiones y facultades que corresponden al legislativo y judicial, pues no requiere ley previa o autorización judicial que le faculte para, digamos, desde intervenir llamadas telefónicas o provocar la misteriosa desaparición o muerte de un “enemigo” del Estado. De acuerdo con la célebre frase de Madison: “*The accumulation of all powers, legislative, executive and judiciary in the same hands, wheter of one, a few, or many, and wheter hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny*”,⁵⁹ debemos aceptar que la aplicación de la razón de Estado es la acumulación de todos los poderes en una sola persona y por lo tanto el jefe de Estado se convertiría en un tirano si actúa en razón de Estado.

Desafortunadamente esta actuación por razones superiores son aceptadas por los hombres del Estado como parte de sus obligaciones políticas. Las conductas delictivas de los gobernantes hechas “por razones superiores” en nombre de la República, el Imperio, el Reino, o el bien común, han sido aceptadas como parte de su actuación política habitual. Transcribimos al efecto las palabras de Mikhail Bakunin, que a pesar de su extensión no tienen desperdicio: “...en la vida pública, desde el punto de vista del patriotismo, todo esto (ultrajar, oprimir, despojar, saquear, asesinar o esclavizar) se transforma en un deber y en virtud cuando se hace para mayor gloria del Estado, para la conservación o extensión de su poderío... Esto expli-

⁵⁹ MADISON, James, *The Federalist*, núm. 47.

ca por qué la historia entera de los estados antiguos y modernos es una mera secuencia de crímenes oprobiosos; explica también por qué los reyes y los ministros, del pasado y del presente, de todas las épocas y de todos los países —estadistas, diplomáticos, burócratas y guerreros—, si se les juzga desde el punto de vista de la simple moralidad y de la justicia humana, se han ganado cien veces o mil veces de sobra la condena a trabajos forzados o a galeras. No hay ningún acto de horror o de crueldad, ningún sacrilegio, ningún perjurio, ninguna impostura, ninguna transacción infamante, ningún robo que sea fruto del cinismo, ningún expolio descarado ni ninguna traición ruin que no hayan sido perpetrados diariamente por los representantes de los Estados, bajo el mero pretexto de estas palabras elásticas, tan dictadas por la conveniencia y, sin embargo, tan terribles: ‘por razones de Estado’.”⁶⁰ Debido a que estas actuaciones están fuera del entendimiento de los hombres no políticos, de aquellos cuyo fin último de actuación no es el Estado, es que la responsabilidad derivada de dichos actos no puede ser juzgada por tales individuos, como los jueces, que serían incapaces de comprender los sacrificios que en nombre del Estado, de la seguridad nacional, debe de realizar el ejecutivo. La responsabilidad del hombre de Estado que ha infringido la ley por razones superiores debe ser discutida y juzgada por sus pares, por aquellos sujetos de naturaleza política que conocen los sacrificios que pueden realizarse y los justifican. Así el Parlamento juzgará los delitos que cometan los jefes de Estado en el ejercicio de su cargo y no solamente su responsabilidad política.

Considerando que es el Ejecutivo quien aplica la razón de Estado habitualmente y que ésta debe ser juzgada por el Parlamento y no por los jueces, es que su responsabilidad penal se politiza y se crean instrumentos políticos que consolidan su irresponsabilidad política y penal ante la justicia ordinaria, que sólo podrán juzgar al individuo hasta que la investidura y los atributos del jefe de Estado lo hayan abandonado.

La necesidad de conciliar la razón de Estado con los principios de los Estados democráticos y sociales de derecho se ha hecho patente al reconocer que la legitimación de un Estado se encuentra en la

⁶⁰ Citado por CHOMSKY, Noam, *Por razones de Estado*, p. 7.

defensa y garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, y si me apuran, de todo individuo: "Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de la libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros".⁶¹ En este mismo sentido Fernández García afirma: "El Estado de Derecho es un Estado protector de los derechos de los ciudadanos y la garantía de esos derechos fundamentales funciona como principio legitimador justificación del propio Estado. Por tanto, a partir de ahora la razón de Estado debe convivir con las razones de un Estado de Derecho".⁶² ¿Es posible conciliar razón de Estado con Estado de Derecho, seguridad nacional con derechos humanos, interés general con interés individual, bien común con el derecho de un solo individuo? Aún no hay respuestas claras ni absolutas, pero es evidente que la actuación por razón de Estado debe adaptarse a las nuevas circunstancias históricas, por mucho que nos parezca que la actuación política contemporánea sigue al pie de la letra los principios que Maquiavelo recomendaba hace siglos.

V. REFLEXIONES FINALES

Se ha tendido a aceptar que el individuo que preste un gran servicio al Estado, cuyos actos hayan contribuido a la seguridad nacional y al bien común, merece una gran recompensa, honores o privilegios. En fin, que un gran hombre, político o estadista, general o caudillo, funcionario del Estado o luchador social, si ha actuado en beneficio del interés público, del bien común, de la felicidad y seguridad de sus conciudadanos, y en su alta labor haya cometido un delito, debe ser exculpado, los medios serán excusados ante estos fines supremos. El servicio al Estado exime de la pena al criminal, ahora héroe o ciudadano ejemplar. Se equivocan quienes piensan así. La defensa del *Estado como fin* último de la comunidad política olvida que el *Estado es sólo un medio* del cual se vale la comunidad política para establecer y buscar sus fines. Que estos fines se persiguen a través de unas

⁶¹ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, p. 17.

⁶² FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho*, p. 31.

leyes que permiten a los gobernados buscarlos individual y colectivamente. La actuación política que no esté ligada a la legalidad debe ser castigada. La ley da habitualmente los medios para actuar en casos de necesidad y éste es el único medio que se puede seguir.

La práctica política, sin embargo, sigue considerando esencial la aplicación de la razón de Estado. Ante esto, la comunidad internacional responde por la vía de la legalidad, y busca poner fin a la posible pretensión de asimilar el genocidio y el crimen contra la humanidad con seguridad nacional y razón de Estado. El Estado no puede asesinar sistemáticamente clamando su seguridad o fines superiores, en caso de que estas prácticas se den, los gobernantes y todo responsable deben ser juzgados.

Hablar de instrumentos lícitos e ilícitos de la razón de Estado, de buena y mala razón de Estado, podría parecer contradictorio, sin embargo debemos aceptar que entre el espionaje telefónico por razones de seguridad nacional y el homicidio de Estado, que incluso entre una ilegal prolongación del periodo de detención de un individuo y la desaparición, preferimos y aceptamos éticamente las primeras opciones con mayor facilidad. Se ha aceptado que un Estado deberá en ocasiones violentar el orden y los principios que defiende, los derechos fundamentales entre ellos, para garantizar su existencia, violentar los derechos algunos para asegurar el goce que de los derechos y libertades de la comunidad, sacrificar el interés individual en beneficio del interés de la comunidad. La excepción y la ruptura de los principios generales de justicia son aceptadas por las voces más diversas. Así Rawls no termina de afirmar la inviolabilidad del individuo aún en beneficio de la sociedad en conjunto, cuando a renglón seguido sentencia: "...una injusticia es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor".⁶³ Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha emitido alguna vez resoluciones que podemos interpretar inequívocamente en ese sentido: "La detención continuada puede ser justificada en un dado caso sólo si hay indicación específica de un genuino interés público, el cual, sin infravalorar la presunción de inocencia, sopesa el principio de respeto de la libertad individual".⁶⁴ Estamos de acuerdo, pero en estos

⁶³ RAWLS, John, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁴ Scott vs. España. Sentencia del TEDH del 16 de diciembre de 1996.

casos debe ser la ley la que prevea los supuestos en los cuales la seguridad nacional o el genuino interés público puede imponerse a los derechos fundamentales, la suspensión de garantías y la expropiación son ejemplos de casos vigentes.

La vía de la legalidad debe justificar la razón de Estado, que perderá entonces su halo de turbiedad. Un Estado que no se proteja a sí mismo y permita actividades que ataquen la paz y seguridad pública y el orden jurídico, político y social que debe proteger es tan endeble como peligroso aquél que hace de la razón de Estado una práctica habitual.

La razón de Estado debe ser ahora una razón de Estado moderna, ajena a las intrigas palaciegas del *Príncipe* y cercana a los cauces democráticos y los derechos humanos. No es posible identificar a la razón de Estado con el crimen de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad: a ningún Estado o grupo le está permitido, clamando su propia seguridad, aniquilar sistemáticamente a población civil o grupos étnicos, lingüísticos, religiosos o nacionales que sólo buscan reconocimiento y garantizar su existencia. Ningún Estado puede pretender que la razón de Estado que le permite garantizar los derechos de sus gobernados pase por sacrificar y negar los derechos más fundamentales a otros grupos humanos: "Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia".⁶⁵

La irresponsabilidad penal de los jefes de Estado, y la impunidad, inmunidad o privilegios jurisdiccionales que se les otorgan, están pensados ya no como mecanismos de división de funciones del poder, sino como atributos para un ejercicio eficaz de la función pública, en la cual se encuentra la razón de Estado. Sin embargo, la irresponsabilidad penal se contradice con una aplicación de la razón de Estado en un moderno Estado democrático de derecho y con los principios y anhelos de justicia universal. Su irresponsabilidad penal y las inmunidades y privilegios deben tener como única finalidad la protección

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 36.

de la función pública, y no el alcanzar una impunidad absoluta, ni la evasión de la justicia por la comisión de delitos o crímenes que pretenden justificarse bajo la razón de Estado.

Los Estados deben crear disposiciones de carácter penal y reformar sus ordenamientos jurídicos internos, incluso la propia Constitución, para adherirse al Estatuto de la Corte Penal Internacional y acabar con la impunidad de gobernantes asesinos. Ningún crimen de lesa humanidad debe ser permitido bajo ningún pretexto o justificación jurídica o política: el responsable deberá ser juzgado y castigado por los tribunales nacionales, y en su ausencia, por la justicia internacional. Confiamos en que las contradicciones entre las constituciones y el Estatuto constituirán a la larga meras formalidades que se podrían ver subsanadas con la consecución de los fines perseguidos.