



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN



MÉXICO ANTE EL NUEVO PARADIGMA DE LA
POLÍTICA CRIMINAL; LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL Y SU ESTATUTO.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN POLÍTICA CRIMINAL

PRESENTA:
LUIS GUILLERMO CRUZ RICO

ASESOR: DR. SALOMÓN AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL

SANTA CRUZ ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO

NOVIEMBRE, 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**MÉXICO ANTE EL NUEVO PARADIGMA DE LA POLÍTICA CRIMINAL; LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL Y SU ESTATUTO**

A mis padres, abuelos, hermanos, amigos, profesores y compañeros, los que con su apoyo y presencia han sido mis maestros en la vida;

A mi Universidad que me abrió sus puertas y me permitió tener un espacio de reflexión y libre intercambio de ideas;

A Michael y Judith que me han abrazado y reconocido como uno de los suyos;

A Michelle quien con amor y paciencia me ha enseñado que en medio de grandes diferencias se encuentran las mayores coincidencias.

MÉXICO ANTE EL NUEVO PARADIGMA DE LA POLÍTICA CRIMINAL; LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU ESTATUTO	I
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO.....	5
EL DERECHO PENAL COMO FACTOR ESPECÍFICO EN LA POLÍTICA CRIMINAL	5
I. NOCIÓN DEL CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL.....	5
II. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	9
1. Derecho como medio formal del control social.....	9
A. Derecho penal objetivo.....	11
a. Las medidas de seguridad postdelictuales.....	13
b. Las medidas de seguridad predelictuales.....	14
c. Las normas penales.....	17
1. Teoría monista.....	17
2. Teoría dualista.....	19
3. Teoría pura del derecho.....	21
B. Derecho penal subjetivo.....	23
a. Límites materiales.....	24
1. Principio de la necesidad de la intervención.....	24
2. Principio de protección de los bienes jurídicos.....	26
3. El principio de la dignidad humana.....	27
b. Límites formales del derecho penal subjetivo.....	29
1. Nullum crimen nulla poena sine lege.....	29
2. Nulla poena sine lege scripta.....	32
3. Nulla poena sine lege stricta.....	33
4. Nullum poena sine lege previa.....	34
5. Nom bis in idem.....	35
6. El principio de Juicio Legal.....	35
7. Principio de ejecución legal.....	35
CAPÍTULO SEGUNDO	37
LA INTERNACIONALIZACIÓN FORMAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL	37
I. DERECHO PENAL INTERNACIONAL O DERECHO INTERNACIONAL PENAL	38
II. CRIMEN O DELITO INTERNACIONAL; SU DELIMITACIÓN.....	42
III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL PENAL	
45	
IV. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	47
1. Responsabilidad penal internacional del individuo.....	48
2. Los primeros tribunales ad hoc y su aportación al Derecho Internacional Penal	51
3. Desarrollo normativo de la responsabilidad penal del individuo.....	54
4. La sanción en la responsabilidad penal internacional del individuo.....	57
V. LA NECESIDAD DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL	61
CAPÍTULO TERCERO	63
LA PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL.....	63
I. JURISDICCIÓN COMPLEMENTARIA	66
II. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA DEFINICIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE.....	69
1. El problema principal: la amenaza a la soberanía.....	69
2. Las propuestas de la Comisión de Derecho Internacional	70
3. El punto de partida del proyecto de Estatuto propuesto por la Comisión de Derecho Internacional	72
III. LA JURISDICCIÓN COMPLEMENTARIA COMO SOLUCIÓN.....	74
IV. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	76

1. <i>La índole excepcional de la jurisdicción de la Corte</i>	78
2. <i>Criterios para establecer la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional</i>	81
3. <i>Admisibilidad, non bis in idem y cooperación judicial</i>	82
A. <i>Admisibilidad</i>	82
B. <i>El principio de non bis in idem</i>	82
C. COMPLEMENTARIEDAD Y COOPERACIÓN JUDICIAL	83
V. EL RESULTADO DE UNA HISTORIA DE CINCUENTA AÑOS: EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	84
1. <i>Definición de la noción de complementariedad en el Estatuto</i>	85
A. <i>Inicio de la investigación</i>	86
B. <i>Corte Penal Internacional y sus atribuciones investigadoras</i>	86
C. <i>La determinación de falta de capacidad o de voluntad de un Estado</i>	88
D. <i>Aspectos de procedimiento de la admisibilidad</i>	89
CAPÍTULO CUARTO.....	93
EL NUEVO PARADIGMA DE LA POLÍTICA CRIMINAL; LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	93
I. LA DEFINICIÓN DE LOS CRÍMENES COMPETENCIA DE LA CORTE	95
1. <i>Genocidio</i>	95
2. <i>Los crímenes de lesa humanidad</i>	100
A. <i>Ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado</i>	102
a. <i>El carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil</i>	103
b. <i>La ausencia del requisito de la existencia de motivos de discriminación</i>	104
c. <i>El elemento subjetivo del conocimiento de dicho ataque</i>	104
B. <i>Formas particulares del crimen de lesa humanidad</i>	105
3. <i>Los crímenes de guerra</i>	108
4. <i>La agresión</i>	115
CAPÍTULO QUINTO	116
LA VINCULACIÓN DE MÉXICO CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	116
I. LAS OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	119
1. <i>Las obligaciones de cooperación</i>	122
2. <i>Obligaciones derivadas del Estatuto</i>	123
3. <i>Obligaciones de carácter sustantivo</i>	124
A. <i>Obligaciones de asistencia judicial</i>	126
B. <i>Obligaciones específicas</i>	132
a. <i>Detención y entrega a la Corte de personas</i>	132
b. <i>La asistencia en materia de investigación y enjuiciamiento</i>	139
C. <i>La tramitación y divulgación de documentos y la práctica de la prueba testimonial</i>	141
D. <i>Obligaciones en la ejecución de penas</i>	143
CONCLUSIONES.....	147
PRIMERA	147
SEGUNDA	149
TERCERA	151
CUARTA.....	153
QUINTA.....	158
FUENTES DE INFORMACIÓN	163
BIBLIOGRAFÍA	163
ARTÍCULOS Y PONENCIAS	168

INTRODUCCIÓN

El respeto y protección de los derechos del *hombre* ha sido una preocupación constante de la comunidad internacional; por tal motivo, el 18 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó y proclamó la resolución 217-A relativa a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se reconocen y establecen puntualmente los derechos fundamentales del *ser humano* como son la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica, el respeto a la dignidad personal, etc.

Aunado a lo anterior, se erigieron los Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg y Tokio para investigar y sancionar a los responsables de genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, periodo tristemente célebre por los excesos y atrocidades cometidas en ese conflicto armado.

Por otra parte, en la década de los noventa del siglo pasado se presentaron problemas internos en la ex-Yugoslavia y Ruanda, donde por cuestiones políticas y raciales se perpetraron actos de persecución y exterminio sistemático en contra de la población civil, situación que orilló a la Asamblea General de las Naciones Unidas y a su Consejo de Seguridad a instrumentar los Tribunales *Ad hoc* para sancionar las violaciones a los derechos humanos, así como los crímenes de genocidio y de lesa humanidad.

Ante tal situación, la Delegación de Trinidad y Tobago en las Naciones Unidas propuso la instauración de un Tribunal Penal Internacional que contara con autonomía de jurisdicción a fin de que, actos deleznable en contra de la humanidad, no quedasen impunes. Es en ese escenario que en el año de 1998 se realizó la Cumbre de Plenipotenciarios en Roma, en donde se aprobó el texto definitivo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, mismo que entró en vigor en el año de 2002 cuando se cumplió con su ratificación número sesenta. Es en el mes de octubre de 2005 que el Estado Mexicano depositó su ratificación ante la Secretaría General de las Naciones Unidas por lo que, a partir del 1° de enero de 2006, se encuentra formalmente vinculado con la Corte Penal Internacional.

Los hechos antes señalados son de gran relevancia, ya que con la entrada en funciones de dicha Corte, la política criminal se enfrenta a un nuevo paradigma, pues previo al año de 2002, su definición y construcción era exclusiva de los Estados Nacionales; sin embargo, a partir de esa fecha, se ha empezado a concebir universalmente, toda vez que la comunidad internacional ha logrado concretar los primeros consensos para establecer y definir aquellas conductas que son penalmente reprochables y que atacan al individuo y a la humanidad en sus más elementales derechos.

Es así que la Corte Penal Internacional juega un papel muy importante en la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo, toda vez que por su autonomía de gestión, no depende de ninguna potencia nacional o estatal y su conformación es completamente plural; situaciones que le otorgan una calidad de imparcialidad y objetividad en sus actividades, características indispensables para evitar que los responsables de los crímenes sobre los cuales tiene competencia queden impunes. Lo antes referido es necesario, en virtud de que la experiencia ha enseñado que los delitos citados en los párrafos que anteceden, en la mayoría de las veces han sido cometidos por sujetos investidos de autoridad o que son miembros de algún gobierno, o en su caso, han actuado bajo su consentimiento y protección, motivo por el cual su investigación y sanción,

en la mayoría de las veces, ha resultado doblemente difícil, pues además de enfrentar las vicisitudes propias de un asunto de dicha naturaleza, también se necesita romper con las redes de complicidad oficial tendientes a dejar sin castigo dichas conductas.

Es por ello que en el presente trabajo se realiza un modesto análisis de los procesos de concepción de la política criminal, tanto en el ámbito local, como en su tendencia hacia la universalización, pues con el establecimiento de la Corte Penal Internacional nos encontramos ante una institución supranacional que es competente para investigar y sancionar los crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y de agresión, mismos que, por sus características propias, ponen en peligro al ser humano en lo particular, además de ofender y atacarlo en lo más profundo como género, razón por la cual, no pueden ni deben quedar impunes bajo ninguna circunstancia.

Es así que, en el primer capítulo de este trabajo que se intitula *El Derecho Penal como factor específico en la Política Criminal*, se analiza el papel que juega el derecho penal como medio formal de control social en la construcción y definición de la política criminal. También se aborda el análisis metodológico del derecho penal objetivo, mismo que es entendido como la capacidad y atribución de los Estados para definir las conductas consideradas penalmente reprochables, y por el otro lado, el derecho penal subjetivo que se erige como detentador de la potestad o facultad punitiva que, hasta antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, era exclusiva de los Estados.

En el segundo capítulo titulado *La internacionalización formal de la política criminal*, se hace un análisis de la relación entre el derecho penal y la aplicación del principio de legalidad en el contexto internacional, aunado a la necesidad de una jurisdicción penal internacional, en la que la potestad punitiva ya no es exclusiva de los Estados, sino que éstos la trasladan, parcialmente, a una entidad supranacional competente en la investigación, sanción y seguimiento de ciertos crímenes en particular.

El tercer capítulo se refiere al principio de complementariedad en la justicia penal internacional, el cual establece, que serán las jurisdicciones locales o domésticas las competentes en la investigación y sanción de conductas reprochables desde el punto de vista penal y, en caso de ser agotadas o rebasadas, será la jurisdicción de la Corte Penal Internacional la competente. Es por ello que dicha instancia es de carácter complementario y no primigenio, contrario a lo que ha sucedido en los casos de los Tribunales Penales Internacionales de la ex-Yugoslavia y Ruanda.

El cuarto capítulo se refiere específicamente a la competencia de la Corte Penal Internacional, es decir, a sus atribuciones de investigación, juicio, sanción y seguimiento penitenciario en los casos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresión. Es en este apartado donde se establecen las diferencias sustantivas de las atribuciones de la Corte, con relación a sus referentes inmediatos, es decir los Tribunales *Ad hoc*, además de las diferencias conceptuales en la definición de tales crímenes en el Estatuto de Roma, y su vinculación con otros instrumentos internacionales.

El quinto y último capítulo, desarrolla las obligaciones que adquirió el Estado Mexicano al signar y ratificar el Estatuto de Roma, para así convertirse en el Estado número cien de la Asamblea General de la Corte Penal Internacional. También se realiza el análisis de la reforma sufrida al artículo 21 Constitucional que permitió se materializara la ratificación en comento, misma que en lo personal, considero incompleta y parcial, pues le otorga la facultad discrecional al gobierno de la República, es decir, al presidente con aprobación del Senado, de reconocer la jurisdicción de la Corte en casos particulares y no en forma lisa y llana. Es en tal virtud que, con el presente trabajo, se propone que México acepte a plenitud la jurisdicción de la Corte, para así evitar que sucesos como los ocurridos en la Ciudad de México en 1968 y 1971 queden impunes bajo el amparo y complicidad de un sistema jurídico y político.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO PENAL COMO FACTOR ESPECÍFICO EN LA POLÍTICA CRIMINAL

I. NOCIÓN DEL CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL

Antes de abordar el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional, y por ende, la conceptualización de una política criminal a partir de la actividad de la Corte Penal Internacional, es necesario hacer referencia a la construcción de la política criminal a nivel local o doméstico, en la que se entrelazan diversas disciplinas como la dogmática penal y el estudio de las instituciones sustantivas y adjetivas penales.

En el ámbito local, al plantearse la cuestión penal, hay que atender a la política, como resultado del poder que define cuáles son los comportamientos penalmente relevantes en la estructura social, y así establecer las acciones necesarias para prevenirlos y contrarrestarlos. Es en ese sentido, que Estado y política criminal aparecen como indisolubles.

En tal virtud, coincido con la definición de Juan Bustos Ramírez de la política criminal como: “El poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal...”¹; ello, en el marco de una vocación por combatir la impunidad y de contribuir a la preservación, mantenimiento, y en su caso, el reestablecimiento de la paz y la seguridad sociales; esta vocación conlleva diversas consecuencias ya que, para definir los procesos criminales, la política criminal necesariamente ha de auxiliarse y atender diversas disciplinas, tales como la criminología, quien aporta un análisis sociológico de los procesos de criminalización y, por tanto, de los instrumentos y mecanismos a través de los cuales, el poder va definiendo y construyendo el acto antisocial, asimismo la criminología da cuenta de, en qué medida, la política criminal define su vez esos procesos como una forma de criminalización. Toda vez que la política criminal informa a todo el sistema legal en relación a la cuestión criminal, se convierte en el instrumento formal de definición, entonces la criminología aparece indisolublemente ligada a la política criminal, pues sin ella no tendría razón de ser.

Ahora bien, para construir una concepción integral sobre lo que es política criminal, es necesario comprender como un todo los diferentes aspectos que implica el proceso de criminalización, esto es, considerarlos como un sistema de control penal. No sólo las leyes penales, sustantivas y adjetivas, sino las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, es decir, la policía, el procedimiento penal, el sistema penitenciario, además de los diferentes organismos auxiliares como son, los asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos. Luego entonces, observar la cuestión criminal desde el ámbito de la política, implica que no hay estadios separados o independientes, sino que todos forman una unidad, pues como apunta Bustos Ramírez:²

¹ Bustos Ramírez, Juan, “Política Criminal y Estado”, *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 8, núm. 12, Diciembre 1996, pp.13.

² *Ibidem*, p. 15.

El hecho de tener la mejor ley todavía no significa nada y, menos aún, si sólo es en un determinado ámbito (penal o procesal penal). Se requiere tener un cuerpo coherente de leyes, instancias e instituciones y operadores sociales. Nada se logra con tener una excelente ley policial, si la formación de la policía sigue manteniendo el autoritarismo y militarismo, y *tampoco* es suficiente tener la mejor ley penal, si el proceso penal es inquisitorio. En otras palabras, una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir, las formas específicas de cómo actúan los operadores sociales.

En ese entendido, el campo de acción de la política criminal, no se circunscribe únicamente al ámbito de la justicia penal, es decir, la estructura y funcionamiento del poder judicial; la legislación penal; los cuerpos policiales y su organización; los sistemas penitenciarios; los sistemas post-penitenciarios; la justicia de menores, y más recientemente, las formas no penales de resolución de conflictos. Por tanto, hay que tener también en cuenta otra acepción más amplia de política criminal, referida a la totalidad del sistema de control social, no sólo en lo referente al sistema penal que se interrelaciona con otras áreas de la política estatal, particularmente del *sector social*, como salud, vivienda, educación, trabajo, etc., con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas.

Así, este concepto integral, se refiere a la prevención del delito como parte de la política social, en el cual se afirma que³:

El sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden; y de reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos, con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo. A fin de relacionar la

³. Carranza, Elías, et al, "*El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas. para reducir fenómeno*", Chile, ILANUD, 1988, p.437.

prevención del delito y la justicia penal, con las metas del desarrollo nacional, pues hay que esforzarse por obtener los recursos humanos y materiales necesarios, incluida la asignación de fondos adecuados y por utilizar, en la mayor medida posible, todas las instituciones y recursos pertinentes de la sociedad, para garantizar así, la adecuada participación de la comunidad.

Sin embargo, hay autores que no están de acuerdo con la acepción antes señalada, un ejemplo de ello, es el criterio sostenido por el influyente autor alemán Claus Roxin, quien señala⁴:

La criminalidad es un problema de todas las sociedades... Sin embargo pese a larga experiencia con este fenómeno, en ninguna parte se ha conseguido llegar a eliminar a la criminalidad y ni siquiera alcanzar su marginación; tampoco existe acuerdo sobre el camino razonable para reducirla. Las tendencias de la política criminal cambian como la moda. Por una parte, existe en un primer plano el esfuerzo por la reintegración social del autor; por otra, se busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la disuasión.

⁴ Roxin Claus, "Problemas actuales de la Política Criminal". *Problemas fundamentales de Política Criminal*, Serie Ensayos Jurídicos número 1, traducción Enrique Díaz Arana UNAM, México, 2002, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/59/pr/pr22.pdf

II. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La dogmática jurídico-penal, juega un papel fundamental en la concepción e instrumentación de la política criminal, pues es la derivación conceptual por excelencia del instrumento formal de definición. Por eso y en forma más precisa, dicha disciplina no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino como resultado de la propia política implementada por una sociedad determinada. Más aún, la finalidad de la dogmática desde este punto de vista, es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto éste, es uno de los ámbitos básicos en que se materializa la política criminal y refleja el grado de evolución de las políticas públicas y, por ende, el grado de desarrollo de una sociedad.

En virtud de que la política criminal, como lo sugiere Durkheim, se vale de *medios formales e informales*⁵ para la consolidación y estabilidad del propio Estado, y así atender los intereses de sus miembros (gobernantes y gobernados, sin entrar en la discusión de quién se ve más beneficiado y protegido); la dogmática jurídico-penal juega un papel fundamental en el destino del Estado, ya que su objeto de estudio es el derecho, quien representa el medio formal e institucionalizado para lograr el control social.

1. El derecho como medio formal del control social

El derecho, en su conjunto, es uno de los instrumentos más importantes para que el Estado logre justificar sus alcances y establecer sus límites. Esta justificación constituye la legitimación de su actividad. Así con el derecho, el Estado adquiere su carácter institucional, que dentro del discurso sostenido por los detentadores del poder

⁵ Durkheim, Emile., *Las reglas del método sociológico*, 21ª ed., México, Quinto Sol, 1995, p.25

(ya sea económico, político, material, etc.), hace necesaria la observancia de ciertas reglas de conducta para que la vida en sociedad sea posible, a fin de lograr *que los poseedores y los desposeídos se vean protegidos por igual*.

Pero, para que dichas reglas de conducta tengan verdadera eficacia, es necesario que sean consideradas por los miembros del grupo social como válidas e indispensables y que, cuando se vean violentadas por algún individuo, a éste se le aplique una sanción. Es así que surge el carácter coactivo de la norma estatal, entendido éste, como la potestad exclusiva del Estado para ejercer la fuerza sobre quien atente contra su estabilidad.

Sin embargo, no todos los comportamientos humanos contrarios a la sociedad y a los individuos que la integran pueden ser sancionados de igual forma, pues si fuese así, no se estaría en un Estado social y democrático de derecho, sino en un Estado de terror totalmente violento. Es por ello que el derecho se ramifica para afrontar el control social desde distintas posiciones y con diferentes consecuencias. Dentro de estas ramificaciones se sitúa el derecho penal, al que se le ha concebido como el último recurso o *ultima ratio* que tiene el Estado para afrontar los comportamientos antisociales, es decir, el Estado únicamente podrá valerse del derecho penal cuando haya agotado todos los medios posibles para la solución de un conflicto.

Como medio de control social, el derecho tende a evitar determinados comportamientos que se repuntan como indeseables para la sociedad, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso en que, dichas conductas, se materialicen; aún más. El derecho penal se caracteriza por prever las sanciones aplicando principios más graves que inciden directamente sobre la libertad, el patrimonio y en algunos casos, la vida de las personas como forma para evitar los comportamientos que se consideran especialmente más reprobables, es decir, los delitos o crímenes. Se trata entonces, de una forma de control social con la importancia suficiente como para que, por una parte, haya sido monopolizada por el Estado y, por otra, constituya una de las formas más eficaces del poder estatal, el cual, desde la Revolución Francesa, se ha

considerado necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo⁶, sólo pueda ejercerse de acuerdo a lo previsto por determinadas normas legales aprobadas por los representantes del pueblo en los países democráticos.

Tales normas que constituyen el derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible, qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito, es decir, que ponen en peligro o lesionen un bien jurídico tutelado, y qué pena deberá sufrir quien las realice. Tal afirmación es mejor conocida como el *principio de legalidad*, es decir, el carácter eminentemente formalizado que distingue al derecho penal de otros medios de control social.

A. Derecho penal objetivo

Juan Bustos lo define como: “aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o medida de seguridad”⁷

El derecho penal objetivo tiene pues una finalidad de carácter sistemático, es decir, dar un desarrollo y explicación coherentes y racionales, con pretensión de validez universal, a las reglas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable (delincuente y a las penas y medidas de seguridad). De ahí que uno de los aspectos básicos del derecho penal sea el referido a su estructura normativa, esto es, a la naturaleza y carácter de las reglas jurídicas que lo componen.

La doctrina penal a lo largo de la historia ha tendido a poner como exclusivo eje de sus consideraciones la acción o el hecho delictivo, con lo cual el sujeto queda absorbido por la realización, cosificado por el corpus jurídico y, ciertamente,

⁶ Con la ratificación número sesenta del Estatuto de Roma, la potestad punitiva de los Estados se ha trasladado en casos excepcionales a una instancia supranacional como lo es la Corte Penal Internacional, misma que conocerá sobre la comisión de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.

⁷ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español*, 3ª ed. Barcelona, PPU, 1996, p.5

las penas o medidas de seguridad no se imponen a actos o hechos, sino a sujetos. Es por esta razón que el derecho penal no puede quedar reducido a la teoría del delito y de la pena, sino que dentro de estos dos términos hay un ámbito que ha quedado atrofiado en la dogmática clásica o neoclásica, esto es, lo relativo al individuo o mejor dicho al delincuente.

Para la dogmática tradicional el sujeto responsable aparece inscrito dentro de una de las características del hecho delictivo, esto es, la culpabilidad, con la cual, resulta totalmente minimizada su trascendencia dentro del derecho penal. Ello resulta todavía peor cuando se sostiene la supresión de la culpabilidad y su sustitución, por ejemplo, por la necesidad de la pena, conforme a criterios preventivos generales consecuentes, ya que entonces, si sólo queda por una parte la teoría del delito y por otra, la de la pena, desaparece todo atisbo de reconocimiento del sujeto, aunque sea bajo la forma equivocada de la culpabilidad.

Tampoco se trata de volver al positivismo natural italiano del pasado y, prescindiendo del hecho delictivo, configurar todo el problema sobre las características biológicas, antropológicas o sociales del sujeto, pero si partimos del hecho realizado, referir ese hecho a un sujeto con toda su complejidad al momento de su realización; y no al revés, referir al sujeto como una característica de su hecho, en definitiva, sólo como una cuestión de decisión voluntaria de realizar el hecho, impone entonces la necesidad de establecer una separación metodológica entre delito y delincuente y permitir así, una investigación más a profundidad de las características propias y autónomas que pertenecen a la teoría del delincuente.

Un punto de gran discusión en la evolución del derecho penal es si su campo ha de comprender las medidas de seguridad, problema, esto es, si ha de abarcar tanto las medidas de seguridad postdelictuales y las predelictuales, y si el principio de legalidad tiene aplicación respecto a dichas medidas.

a. Las medidas de seguridad postdelictuales

Hoy resulta casi incuestionable en la doctrina, que estas medidas pertenecen al ámbito del derecho penal, y es por ello que aparecen en casi la totalidad de los códigos penales actuales. En el derecho penal comparado, dos autores tan dispares en sus planteamientos dogmáticos como Barman y Welzel están, sin embargo de acuerdo en la inclusión de éstas dentro del derecho penal. Ambos autores coinciden en que el presupuesto necesario para la pena y medida de seguridad post-delictivas es la existencia de un hecho injusto.

Esta configuración del sistema penal en penas y medidas de seguridad es lo que ha recibido la denominación de sistema dualista o de la doble vía. Sin embargo, en los últimos tiempos, se tende a la construcción de un sistema monista, no como un retroceso al pasado, en que los códigos sólo contemplaban penas y únicamente por excepción, en general respecto de los enajenados, medidas de seguridad, sino con miras a una revisión progresiva, esto es, si hoy, desde un punto de vista de los fines que ha de tener el sistema penal, acordamos que en definitiva se trata de ofrecer alternativas al individuo para la resolución de sus conflictos, no hay diferencia entre penas y medidas de seguridad, y por otra parte, tampoco desde el punto de vista de las garantías para su imposición (como límite a la afectación de los derechos del sujeto), pareciera que un sistema dualista no tiene razón de ser. En tal sentido, la propia culpabilidad aparecería hoy como una garantía y no como un problema ontológico de libre albedrío, tan indemostrable como la posibilidad determinista; luego entonces, libre albedrío y peligrosidad determinista no podrían ser, en modo alguno fundamento, ni de la pena, ni de la medida de seguridad. En cambio, la culpabilidad en cuanto exigiría una referencia del hecho al sujeto como tal, sí que sería una garantía, tanto para la imposición de las penas, como de las medidas de seguridad. Consecuencia de todo ello es el rechazo que es necesario hacer a la acumulación de penas y medidas de seguridad, a plantear fines divergentes para unas y otras; manteniendo un criterio retributivo estricto para las penas y, en definitiva, a seguir sosteniendo una separación ejecutiva entre ellas.

De todos modos hay que señalar que en el derecho penal comparado se ha sostenido la no inclusión de las medidas post-delictivas dentro del derecho penal. Así para, la doctrina italiana tendrían un carácter puramente administrativo, aún cuando en la actualidad hay voces en contra. En el derecho alemán, H. Mayer excluía aquellas medidas de pura “beneficencia”, como las destinadas a los anormales. Una posición semejante tiene en América Latina Zafaron, para él: “las medidas dirigidas a inimputables deben quedar fuera del derecho penal, por tener un carácter sólo *asistencial-administrativo*”⁸.

b. Las medidas de seguridad predelictuales

Resulta imposible incluir las medidas de seguridad predelictuales dentro del derecho penal, pues ellas en modo alguno pueden sustentarse en el presupuesto fundamental de éste, que es la realización de un injusto, es decir, de un acto típico y antijurídico. Así, Rodríguez Mourullo expresa: “Las medidas predelictuales que se apoyan en la peligrosidad social “sin delito” constituyen medios de policía pertenecientes al derecho administrativo.”⁹ Además atacan, por su arbitrariedad, no sólo los fundamentos del derecho penal, sino a las bases mismas del Estado de derecho, ya que se apoyan únicamente en una presunta peligrosidad o temibilidad del sujeto, conforme a la cual, recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales. Se trata pues, de una intervención intolerable del Estado sobre el individuo, ya que se basa en sus características personales, provocando una discriminación entre los ciudadanos.

Punto aparte se debe de estudiar a la prisión preventiva, que ha sido considerada hasta la actualidad, no como una medida de seguridad predelictiva, ya que se ha sostenido que no se basa en las características individuales del sujeto, ni crea una discriminación entre los ciudadanos. Para la imposición de la

⁸ Zafaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, México, Porrúa, 1998, p. 103.

⁹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho Penal Parte General*, España, Universidad de Navarra, 1998, p.17

prisión preventiva debe existir la presunción de que el sujeto haya cometido un hecho injusto. Además sus defensores, sostienen que con la prisión preventiva se logra evitar que el probable responsable se sustraiga de la acción de la justicia y por ende, dar mayor celeridad al proceso penal, pues con la presencia del sujeto no habrá acciones dilatorias en el juicio causadas por la ausencia de éste. Por otro lado, sostienen, hay una mayor certeza de seguridad y tranquilidad social, pues estando internado el procesado en un establecimiento especial durante todo el tiempo que dure la definición de su situación jurídica, éste no podrá cometer otro ilícito de semejante naturaleza, por estar limitado en su libertad ambulatoria.

Es el caso, que en la legislación penal mexicana, la aplicación de la prisión preventiva se hace por regla general, siendo la excepción los delitos cuya pena privativa de libertad sea menor a dos años. Cabe hacer aquí un paréntesis para destacar que, si bien es cierto existe la libertad provisional en el procedimiento penal, ésta es considerada como un *beneficio para el individuo*¹⁰, mismo que podrá obtener reuniendo cierto número de requisitos, tales como que el delito del que se le imputa su comisión, no sea considerado como grave, que no haya sido condenado con anterioridad por un delito grave, que garantice la posible reparación del daño y el pago de una multa, etc.

Tal posición, por sus características, es susceptible de duras críticas, pues si bien es cierto que para su imposición es necesaria la presunción de la comisión de un injusto penal, también lo es que para que exista un delito, deben de integrarse cabalmente sus tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pero como en la etapa de instrucción en el proceso penal, no se han acreditado fehacientemente dichos elementos, en el plano jurídico no existe la certeza de que se haya cometido una acción que sancione el ordenamiento penal. Así también, desde el punto de vista formal, a un sujeto únicamente se le podrá considerar

¹⁰ Artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En materia federal se contempla este beneficio en los artículos 128, fracción III, inciso f) y 135, segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales.

como delincuente hasta el momento en que se le dicte una sentencia condenatoria irrevocable, es decir, que la ley no prevea recurso ordinario o extraordinario que pueda modificar tal decisión.

Por otro lado, desde el punto de vista del mundo fáctico, el costo social de la prisión preventiva es muy alto¹¹, ya que los centros de reclusión, además de presentar sobrepoblación, la manutención de los internos es muy elevada para los ciudadanos comunes, pues es de éstos de donde se obtienen los recursos para cubrir (en forma precaria) sus necesidades. También es muy común que la mayoría de los internos de los centros preventivos estén sujetos a proceso por delitos que, por su naturaleza, les permita la obtención de su libertad provisional, pero por no contar con los medios económicos suficientes, no alcanzan tal *beneficio*. Asimismo, cuando un hombre es privado de su libertad por ser probable responsable de un delito, desde ese momento es *estigmatizado* por los miembros de su grupo social, causándole daños en su persona y su familia.

Es por eso que existe la tendencia a rechazar el empleo de la prisión preventiva¹², ya que es restrictiva de derechos para el individuo sin que exista una verdad jurídica sobre su posición, además de que la experiencia es vasta para recordarnos que en aquellos sujetos que han sido objeto de internamiento *preventivo*, se incuba un resentimiento en contra de la sociedad y se convierten en verdaderos alumnos de conductas criminales mucho más graves.

¹¹ Para mayo de 2006, de los 212,744 sujetos que integraban la población penitenciaria en México, el 48.37% estaba pendiente de que se resolviera su situación jurídica. Fuente: Secretaría de Seguridad Pública Federal, http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=prs_sub_2&docName=Distribución%20de%20la%20población%20penitenciaria%20por%20fuero%20y%20situación%20jurídica&docId=2967

¹² Roxin, Claus, *op. cit.* Nota 4 "...pero no es un medio de reacción adecuado cuando es en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante..."

c. Las normas penales

El planteamiento normativo del derecho surge del hecho incuestionable que está dirigido al hombre y gravita en función de éste. Así, el derecho no podría prohibir o mandar que lloviese, porque no tiene ningún sentido, además de que no puede mandar o prohibir resultados. Frente a ello sólo hay dos posibilidades ajenas al derecho penal: una es el establecimiento de una determinada relación natural (física, química, meteorológica, etc.) que lleva al surgimiento de una ley de carácter natural; la otra puede ser la formulación de una relación entre el hombre y ese hecho físico material, es decir, la forma de manejarlo o manipularlo, lo que origina una regla técnica. En otras palabras, la ley natural nos dice lo que es, o por lo menos pretende eso, la regla técnica indica lo que tiene que hacerse. El derecho penal, en cambio tiene la pretensión de vincular las conductas de los hombres, lo que da origen no a una ley natural ni a una regla técnica, sino a una regla jurídica, a cuestiones valorativas. Ahora bien, las reglas jurídico-penales se pueden analizar desde diferentes puntos de vista: con relación a su carácter, en qué consisten, qué es lo fundamental de ellas; cuál es su ubicación y estructura dentro de del sistema jurídico general o bien cuál es su estructura; su génesis, en suma, cómo surgen las normas.

Estos tres aspectos son los que han llevado, desde mediados de siglo XIX, a la configuración de la teoría de las normas, si bien con acentuaciones diferentes. Con todo, se puede decir que sólo en los últimos tiempos, desde un ángulo sociológico-jurídico, se ha puesto atención especial a este último aspecto.

c. 1. Teoría monista

Para ella, el derecho está compuesto sólo por normas con carácter imperativo, luego en el ámbito jurídico sólo hay mandatos y prohibiciones; pero ellas no tienen autonomía y sólo cobran significación en su relación con los imperativos. Estas otras reglas jurídicas que no son imperativos tienen por función

crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo, o bien para anularlo total o parcialmente. Para una teoría monista, no queda otra posibilidad que desestimar toda otra regla jurídica existente que no es un imperativo -norma prohibitiva o de mandato- como una determinada limitación o circunstancia de la norma y, con ello, en definitiva entenderla como parte integrante de la norma desde un principio.

Esta formulación tiene repercusiones inmediatas sobre la teoría del derecho penal y, por tanto, del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito, nos referimos a la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, con una gran tradición dentro de la dogmática del derecho penal; las normas de permiso (Vg. legítima defensa, estado de necesidad, etc.) aparecen como simples presupuestos de la norma prohibitiva, luego, una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva, no es contraria a la norma desde un principio. Sólo hay entonces comportamientos prohibidos y no prohibidos, relevantes jurídicamente e irrelevantes. Es por ello que Welzel señala que la doctrina de los elementos negativos del tipo es un brote tardío de la antigua teoría de los imperativos.

La teoría monista de las normas se preocupa por averiguar el carácter de ellas y señalar su ubicación dentro del sistema jurídico general, con lo cual, al mismo tiempo, determina la estructura de éste. En cuanto a lo primero lo fundamental de las normas es su carácter imperativo. Respecto de lo segundo, las normas constituirán la esencia del sistema jurídico, por eso toda otra regla jurídica no tendría autonomía alguna frente a ellas, serían totalmente dependientes y pasarían a constituirse en simples supuestos.

c.2. Teoría dualista

Esta teoría parte de la existencia de normas, esto es, de reglas jurídicas con carácter imperativo, prohibiciones o mandatos; pero reconoce que el ordenamiento jurídico no consiste sólo en normas, sino que además existe otro género de reglas jurídicas, las reglas de permiso (legítima defensa, estado de necesidad, las llamadas causas de justificación en general). Estas reglas de permiso son de carácter independiente frente a las normas y no tienen entonces sólo por función cumplir una determinada delimitación o circunscripción de ellas.

Esta concepción dualista se remonta a Binding¹³, quien atacó duramente la concepción imperativista monista como el “monstruo” dogmático más raro que se había dado en el mundo. Según este autor, el dominio exclusivo de la norma impediría el desarrollo de un sistema de derechos subjetivos. Si la única tarea de las reglas jurídicas se agotara en la obligación, entonces desaparecería el concepto de derecho subjetivo y sólo quedaría frente a la obligación la categoría de lo que no tiene significación jurídica, es decir, que no está permitido ni prohibido, luego se niega un derecho subjetivo y también en general los derechos subjetivos.

Hay que destacar, que para Binding, al igual que para los monistas, las normas: “están constituidas por un imperativo, que implican una obligación, prohibición o mandato, respecto a la conducta del sujeto (lo motivan a actuar de determinada manera)”¹⁴. Por eso, es que la norma está más allá de la ley penal, el delincuente contraviene la norma pero no la ley penal, pues en este caso, el delincuente, lo único que hace es cumplir con la primera parte de ella. La norma se deduce exclusivamente de la primera parte de la ley penal, en cuanto a la acción realizada por el sujeto, justamente cumple aquello que la prohibición quiere que se omita.

¹³ Binding, Karl, *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I, 3a. ed. Leipzig 1916, p. 68 y s.; véase Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal, Parte General*, Barcelona, PPU, 1984, p. 84.

¹⁴ *Ídem*

En otras palabras, la fundamentación de la norma es completamente independiente de la conminación con una pena. Ello por una parte podría significar poner simplemente al sujeto ante la opción de no llevar a cabo el delito o de realizarlo con el riesgo de una pena, lo cual evidentemente no se adecua a lo que es una prohibición o mandato que pretende vincular obligatoriamente la conducta, establecer un deber ser. Por otra parte, si se considera a la conminación penal exclusivamente como el señalamiento de una consecuencia, en ese caso, el delincuente siempre espera evadir la obligatoriedad vinculante de la prohibición. Es por eso que Binding como comprobación de su planteamiento se remonta históricamente al decálogo, que justamente contenía sólo la norma, esto es, la prohibición o mandato. Ello reafirma el carácter previo e independiente de la norma. Sólo muy posteriormente se encuentran juntas normas y ley penal, para por último, sólo quedar ésta expresamente.

Estos planteamientos de Binding, han sido profundizados por Armin Kaufmann. Para este autor “las normas no son ni las únicas reglas jurídicas, ni todas las reglas jurídicas son normas”¹⁵. Las normas son sólo juicios de valor jurídico sobre actos, pero no, por ejemplo, aquellos juicios de valor sobre sucesos o sobre lo que constituye los bienes jurídicos que darán forma a las reglas jurídicas. Ello quiere decir, entonces, continuando con el pensamiento de Binding, que no sólo los juicios de valor sobre actos -que pueden ser deducidos en su contenido de la primera parte de la ley penal, esto es, del tipo de la ley penal-, prescinden de la conminación con una pena, sino también los juicios sobre sucesos y bienes jurídicos. En otras palabras, no sólo las normas, sino las reglas jurídicas son independientes de la conminación penal. Más aún, como las normas presuponen esas otras valoraciones, las reglas jurídicas son el fundamento de las normas, ya sea mediata o inmediatamente. Hay, pues, una relación de dependencia de las normas respecto de las demás reglas jurídicas.

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan, Nota 7, p. 89.

En suma dentro de la concepción dualista, conforme al pensamiento de Binding y su posterior desarrollo por Kaufman, las normas son juicios de valor sobre actos y por eso obligan al comportamiento humano, lo motivan en una determinada dirección, el imperativo prohibitivo o de mandato sólo es posible en virtud de esa valoración. De ese modo, queda entonces definido el carácter y naturaleza de las normas. Pero no agotan el sistema u ordenamiento jurídico, junto a ellas, en forma autónoma e independiente, están las reglas jurídicas, en cuanto son producto de otras valoraciones (sobre sucesos o sobre lo que constituye los bienes jurídicos).

c.3 Teoría pura del derecho

Para dar una visión acabada de la teoría de las normas es necesario también referirse al planteamiento de la teoría pura de Hans Kelsen, en cuanto este autor rechaza abiertamente la concepción de la teoría de las normas tanto en su extremo imperativo monista, como en el diferenciador dualista. Para Kelsen, la esencia del orden jurídico está en la imposición de deberes, pues una regla jurídica sólo puede ser aquella que imponga deberes¹⁶. Ahora bien, la imposición de este deber es sólo expresión de la voluntad del Estado en llevar a cabo una acción propia, que no es otra que la de sancionar. La conducta humana sólo entra en consideración en cuanto constituye un presupuesto de esta acción propia del Estado de castigar o ejecutar forzosamente. Lo que quiere el Estado sólo pueden ser sus propias acciones, es esto entonces lo que desconocería la teoría de la norma, tanto en su versión monista como dualista. El problema no sería entonces de obediencia o desobediencia como plantea una posición imperativista, sino simplemente que la acción “ajena” (a la del Estado, o sea, la que pertenece al individuo), se establece como una condición de una imputación, esto es, a la acción del Estado. Por eso, este principio de imputación aparece como un juicio

¹⁶ Kelsen Hans, “El alma y el derecho”, en Correas, Oscar (comp.), *El otro Kelsen*, Serie G. Estudios doctrinales, Núm. 122, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989. p. 123.

hipotético: si tú haces tal cosa el Estado actuará de tal modo. Luego el deber del súbdito no es contenido, sino sólo condición. Norma primaria es aquella que establece un acto de coacción como consecuencia bajo la condición de un acto contrario, mediante la formación de un juicio hipotético. La norma secundaria, en cambio, es la que estatuye el comportamiento que evita la coacción.

Si se considera la teoría pura de Kelsen con relación a la de los imperativos (monista o dualista), se encuentra que se diferencia en forma radical. Para Kelsen lo definitorio de la norma es la sanción o acto de coacción, que como se ha visto en las otras posiciones, no tenía importancia alguna la existencia de la norma. Ello resulta evidente dentro del pensamiento de Kelsen, pues esa norma fundamental, para los imperativistas, sólo adquiere importancia si se hace el comportamiento opuesto, ya que tendrá por efecto un acto de coacción. De entrada, todos los esfuerzos de la teoría de los imperativos quedan relegados a un segundo plano, a una completa irrelevancia jurídica.

Hay cierta semejanza entre la teoría pura y el imperativismo monista. No en cuanto al carácter de la norma, que como se ha visto, sería sólo sancionador o bien coactivo, sino en cuanto a la estructura del sistema jurídico, ya que todas las normas tendrían la misma formulación. Todas se distinguirían por el acto de coacción y cuando así no sucede, es porque se trata de normas dependientes que “determinan sólo una de las condiciones a la cual se liga -en una norma independiente- el acto coactivo”¹⁷. Es decir que la teoría de las normas de Kelsen es de un doble monismo. Por una parte sólo reconoce dentro del orden jurídico la actividad del Estado y desconoce la de los ciudadanos, que jugarían un rol completamente intrascendente, por eso Maier considera que la teoría pura del derecho reconoce dentro del orden jurídico normas de sanción, desconociendo otro tipo, como por ejemplo, las reglas o normas de competencia¹⁸.

¹⁷ *Íbidem*, p. 127

¹⁸ Maier, Oscar, *Función normativa de la nulidad*, España, Universidad de Navarra, 2ª ed., 1999, p. 113

En definitiva, este doble monismo de la teoría pura, ha implicado que en el campo del derecho penal, haya sido predominantemente rechazado para explicar el orden jurídico y se haya preferido, ya sea el imperativismo monista o el imperativismo diferenciador. Ambos, en menor medida el primero, y en mayor el segundo, reconocen la importancia jurídica de la actividad humana como contenido esencial del ordenamiento jurídico y ello concuerda con el carácter humanista o personalizador del derecho penal moderno, en otros términos, concuerda con el llamado principio de culpabilidad y con las garantías del ciudadano, respecto de la intervención del Estado. Sólo una teoría de la pena fundada radicalmente en la prevención general, esto es, en la actividad coactiva o intimidante del Estado, podría basarse en el planteamiento de Kelsen para construir una teoría del delito y de la pena, dentro de la cual la actividad humana y el hombre en definitiva, serían un mero presupuesto, lo único esencial sería la finalidad intimidante del Estado.

B. Derecho penal subjetivo

Así como en el derecho penal objetivo, el centro de preocupación gira en torno de la sistematización de las normas jurídico-penales, en el caso del derecho penal subjetivo, es la potestad punitiva. El derecho penal objetivo es el *jus poenale*; el derecho penal subjetivo es el *jus puniendi*. Pero existe discrepancia en cuanto a su origen, así Maurach establece que: “el *jus poenale* es una emanación del *jus puniendi*”, para otros es todo lo contrario (Berner). Evidentemente se trata de conceptos completamente independientes uno de otro; pero en todo caso el nudo de la problemática del derecho penal está justamente en la potestad punitiva. Negar la existencia de un derecho subjetivo de castigar, es cerrarse el camino para entender los fundamentos de todo el sistema del derecho penal. Mucho tiempo y quizá por efecto del gran desarrollo de la teoría del delito, se produjo una gran despreocupación por este tema, lo que llevó a decir que constituía un recuerdo histórico. Pero pasado el entusiasmo por la teoría del delito, o bien porque reducido el análisis, en ella había límites y contradicciones insalvables, los

juristas han vuelto a colocar su atención en la pena y en la potestad del Estado de carácter punitivo.

En suma, el derecho penal subjetivo o *jus puniendi*, se puede definir como la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer violencia legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquella. Ahora bien, ello de por sí implica un orden jurídico positivo, esto es, que el Estado es una organización surgida de los hombres y para los hombres, por eso se plantea el problema del derecho penal subjetivo, no se trata de situar la discusión meta-jurídicamente o en el plano del derecho natural¹⁹, aunque haya autores que así lo hagan, o períodos de la historia en que esto fue lo preponderante.

a. Límites materiales

Entre los límites materiales, es decir, aquellos relacionados directamente con sus bases de sustentación o legitimación, estarían los siguientes: el principio de la necesidad de la intervención; el principio de la protección de los bienes jurídicos; el principio de la dignidad de la persona.

a.1. Principio de la necesidad de la intervención

Este principio fue planteado por Beccaria, sobre la idea del contrato social y que: "...el Estado está para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad..."²⁰. Hoy reaparece, con un gran reconocimiento entre los juristas, la idea de que la intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida que resulte necesaria para la manutención de su organización política dentro de su concepción hegemónica democrática. Todo lo que vaya más allá de tal medida, lo

¹⁹ Cobo del Rosal y Vives, Antón, *Derecho Penal parte General*, 3ª ed. Valencia, 1991, p.52

²⁰ Beccaria, Cesar, *Tratado de los delitos y las penas*, Primer edición Cibernética, 2003, pp. 29- 30 http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/caratula.html

encauza por la vía autoritaria y termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado.

Este principio tiene diferentes proyecciones. El derecho penal ha de entenderse como *ultima ratio*, esto es, sólo se debe recurrir a él cuando han fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, sólo en ese caso está justificado. Estrechamente vinculado a lo anterior está el carácter fragmentario del derecho penal. Es decir, dada la gravedad del control penal, no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos. De otro modo el Estado podría convertirse en un Estado policial, y además, se correría el riesgo de paralizar toda actividad social a través de la violencia social. “Los ciudadanos de un Estado de derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, eso sería la negación del Estado de derecho, pues provocaría la inseguridad de los ciudadanos”²¹. De ahí que, a partir de la década de los setenta, se fortalecieron movimientos tendientes a la simplificación de las Partes Especiales de los códigos penales y con un sesgo de descriminalización de conductas.

También se habla del carácter subsidiario del derecho penal, pero pareciera que el contenido de este principio coincide, según Cobo y Vives en que: “La reacción penal no resulta adecuada, sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por medios menos gravosos que la pena”²².

²¹ *Idem*.

²² Cobo del Rosal y Vives, Antón, *ob. cit.* Nota 19, p.59.

a.2. Principio de protección de los bienes jurídicos.

El principio de la necesidad de la pena corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago, por ello requiere de una base concreta de sustentación que señale cuáles son los hitos y límites fundamentales del sistema. De ahí que no baste con el principio de necesidad de la pena, sino que resulta indispensable señalar qué es lo protegido; problema que la teoría penal ha tratado solucionar, mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico. Es así que la doctrina sostiene que la intervención del Estado sólo es posible y necesaria cuando se trata de la protección de bienes jurídicos. Este principio también entra a limitar materialmente el poder punitivo del Estado²³.

No se pueden establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido; no se pueden establecer delitos que no estén contruidos sobre la existencia de un bien jurídico; es por ello necesaria la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa de un bien jurídico. Esto implica que el Estado no puede intervenir penalmente para defender determinadas ideas morales, religiosas, estéticas, políticas (salvo cuando atentan contra los fundamentos del Estado de derecho, es decir, contra bienes jurídicos), tampoco en la defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales.

Por ello todos los tipos legales regulados por el derecho penal se deben configurar exclusivamente para la protección de bienes jurídicos y no de ideologías políticas, ni valores meramente éticos, culturales o morales, que no implican una nocividad social. Para dar completo contenido al principio garantista, de que la misión exclusiva del derecho penal, es la de proteger bienes jurídicos, se requiere no de una concepción formal del tipo legal, sino de una de tipo material, en la que se describa al ámbito situacional en donde se manifieste el

²³ González-Salas Campos, Raúl, *Teoría del Bien Jurídico en el derecho penal*, México, Pereznieto Editores, 1997, p.76

comportamiento que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos. En otras palabras, para que se dé el injusto penal, no basta que el tipo penal prevea el mero incumplimiento de lo dispuesto por la norma legal, ya que ello no es suficiente garantía al principio del bien jurídico, sino además éste impone, para que se considere como injusto penal y por tanto merecedor de sanción, que se materialice un comportamiento externo y final que produzca un resultado consistente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Para que pueda plantearse la antijuricidad de un hecho típico, no basta con la concreción desvalorativa de un acto, sino además, es necesario que a ese acto se le pueda imputar el resultado producido, esto es, que se haya producido una afectación real o se haya puesto en peligro un bien jurídico. No solamente a través del incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas en el ordenamiento legal infringido se podrá valorar el contenido del injusto del comportamiento realizado, sino que para determinar el contenido del injusto; se deberá observar la perturbación del bien jurídico, incluso en aquellos delitos formales que implican meros incumplimientos de deberes.

a.3. El principio de la dignidad humana

No se puede dudar que, en gran medida, la historia actual del derecho penal está ligada al reconocimiento de la dignidad humana, ello ha tenido una gran influencia del derecho natural. Su concepción de un hombre libre e igual, hecho a semejanza de Dios, pone justamente el acento en plantear un límite al legislador, es decir, que ha de reconocer esta realidad y no tratar al hombre (delincuente) como una bestia o un animal feroz. El problema del derecho natural, en todo caso, ha sido el carácter demasiado abstracto de sus afirmaciones y su naturaleza metafísica. Por esa abstracción la dignidad del hombre, así determinada, resulta poco instrumental para limitar la actividad del Estado y más, el partir de un supuesto axiomático no comprobable en la realidad, permite al Estado cualquier ataque a la persona concreta y a su dignidad concreta.

Justamente el mérito de la Ilustración fue el haber puesto de manifiesto que no es posible la dignidad del hombre sin poner término a la necesidad, en otras palabras, el examen del hombre concreto señala desigualdades y sometimientos que si no se consideran en cuanto a tales, se revierten en una mayor afección de la dignidad de la persona. Es por ello que el legislador no puede someter a un mismo tratamiento a un menor que a un adulto, a un indígena que a un sujeto adaptado al mundo *civilizado*. Pero no sólo eso, sino que además tiene que considerar todos los diferentes condicionamientos sociales y económicos que provocan una determinada conducta, así como los de carácter cultural.

Por otra parte, los medios utilizados por el legislador no podrán atentar en contra de la dignidad concreta de la persona, es decir, no deben convertirse en elemento de sometimiento y desigualdad, de mayor miseria y necesidad. De ahí la abolición de la pena de muerte, la proscripción de la tortura y la crisis que sufre la pena privativa de libertad.

La dignidad de la persona humana aparece como el último y fundamental límite material a la actividad punitiva del Estado. Sin él, el límite de la necesidad de la intervención y del bien jurídico no tendría sentido, ya que tanto la necesidad de la intervención, como el bien jurídico se podrían construir exclusivamente en torno al Estado, con lo cual se socavarían todos los principios garantistas. Por eso, el bien jurídico sólo es comprensible como *relación social concreta*, es decir, como actividad y situación de hombres concretos, cuya calidad de tales ha de ser respetada y reconocida por el Estado. Es por eso que, así como el bien jurídico es esencial para la configuración del injusto (el delito), en cambio, la dignidad de la persona es fundamental para la configuración de la teoría del “sujeto responsable” (la teoría del delincuente), que hasta hoy, en general se engloba bajo el término de la culpabilidad.

El principio de la necesidad de la pena, por su parte, es un principio general, que se suma supletoriamente a estos dos fundamentales y que viene a

regular limitativamente aspectos concretos y puntuales de la actividad del Estado con relación al delito y al delincuente. Sólo así la dogmática penal aparece constituida, no sólo por elementos formales conceptuales, sino también por aspectos político-criminales, sólo así se puede evitar que se configure como un conjunto de axiomas o verdades absolutas.

b. Límites formales del derecho penal subjetivo

Los límites formales son principios que se han desarrollado y concretado a lo largo del desarrollo del derecho penal. Su finalidad es dejar claramente establecido en qué casos el Estado tiene la potestad legítima de intervenir en la vida de los gobernados, sin que sea considerado un ataque injustificado a la libertad de las personas. Es por ello que dichos límites tienen una doble función: la primera, como garantía del ciudadano, pues con ellos se logra tener certeza que sólo si el individuo no adecua su conducta a la norma penal, éste será objeto de molestia y de sanción; la segunda, evitar los abusos de poder y evitar la discrecionalidad en el sistema de enjuiciamiento penal.

b.1. Nullum crimen nulla poena sine lege

En gran medida, el derecho penal moderno nace con este lema y en especial la teoría del delito y de la pena, pues, se trata de especificar las consecuencias de esta frase en relación a los principios generales que han de informar el derecho penal. En otras palabras, el derecho penal moderno, nace desde una perspectiva garantista, en este sentido no pretende ser la “*Carta Magna del delincuente*”, como sostenía V. Litz, sino la Carta Magna del ciudadano. Es decir, el Estado ha de tener límites muy precisos y claros en su intervención sobre el ciudadano, a su vez, el contenido de esos actos de intervención, ha de estar suficientemente detallado y especificado y, por último, el ciudadano debe tener la posibilidad real de conocer con toda claridad, tanto el contenido de esos actos, como también el fundamento de ellos.

La enunciación de este lema, conocido en la actualidad como el principio de legalidad penal, se debe a Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, quien lo enuncia en 1801, con la siguiente formulación latina "*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen, nullum crimen sine poena legalis*", es decir: "No hay pena sin ley, no hay pena sin crimen, a todo criminal le corresponde una pena legal". Ha predominado sin embargo, la formulación sucinta que es la que encabeza el título de este apartado.

Ciertamente el principio de legalidad tiene antecedentes antiguos, aunque siempre sólo con un carácter parcial. Así, ya es posible encontrar atisbos de él en la "*Magna Charta Libertatum*", en Inglaterra (1215), cuando ésta señala: "Ningún hombre libre será tomado o aprisionado o despojado o proscrito, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él, ni enviaremos por él, salvo por el juicio legal de sus pares o por la ley del país". Se pone, pues, sólo el acento en el juicio legal con bastante razón, en una época en que solía reinar la total arbitrariedad del soberano; también, en cierto modo, se hace alusión al principio de irretroactividad de la ley. Pero su mayor desarrollo viene a producirse en el siglo XVIII, con el Iluminismo y los vientos revolucionarios que aparecen primeramente recogidos en la Constitución de Maryland²⁴ y, en esa misma dirección, se expresa en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁵, sin embargo, ambos documentos sólo se refieren a la irretroactividad de la ley penal (principio de la prohibición de retroactividad de la ley posterior al hecho o bien, principio que los hechos se rigen por la ley anterior).

De todos modos, el mantenimiento de este principio no ha sido pacífico en la evolución del Estado moderno. Así los planteamientos de la escuela positiva italiana, que pretendían la sustitución del derecho penal por la "Defensa Social", y

²⁴ *That retrospective laws punishing facts committed before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive, unjust and incompatible with liberty; wherefore no ex post laws ought to be made.*

²⁵ *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.*

por tanto, las penas por medidas de seguridad, propugnaban justamente que las medidas (de defensa social) podían aplicarse sin delito o crimen (sólo por rasgos de peligrosidad social del sujeto) y por tanto, siempre retroactivamente (ya que siempre la defensa y el tratamiento posterior serían los más eficientes respecto de ese sujeto). También penalistas como Beling, sostuvieron que por lo menos el principio de *lex previa* o irretroactividad de la ley penal no era necesario, ya que bastaría con el principio de tipicidad, es decir, con la descripción precisa del comportamiento punible. Pero ciertamente, la mayor ruptura, desde un punto de vista estatal con el principio, se produjo en la época del Terror, durante la Revolución Francesa, en que se derogó el principio de *lex previa*, y en la Alemania nazi, al introducirse por ley del 28 de junio de 1935 la analogía en el Código Penal, lo que también sucedió en la Unión Soviética y en Dinamarca.

El resurgimiento de los derechos humanos y los principios garantistas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se hizo sentir también en el principio de legalidad penal. Es así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, señala: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de aplicación del delito”²⁶. Posteriormente otros tratados internacionales, entre ellos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de febrero 1950, recoge dicha formulación.²⁷

Tres son los aspectos que integran el enunciado del principio de legalidad penal: *nulla poena sine lege scripta*, *nulla poena sine lege stricta*, *nulla poena sine lege previa*. Se puede decir que, por una parte, su contenido se fundamenta en el

²⁶ Artículo II.2

²⁷ Artículo 7.1.- Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción.”

principio del imperativo de la ley y, por otra, en la división de poderes, como aspectos fundamentales de un Estado de derecho, y consecuentemente, de rechazo a la arbitrariedad. Pero no sólo eso, el principio de legalidad se fundamenta también en los principios político-criminales materiales que limitan la intervención del Estado, y sólo a través de él pueden encontrar debida expresión formal.

b.2. *Nulla poena sine lege scripta*

Al señalarse que no hay pena sin ley escrita, se hace alusión al rechazo de la costumbre como fuente del derecho penal e igualmente a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho. Los delitos y penas sólo se pueden crear por la ley, porque su generación expresa la voluntad popular e implica además un proceso *transparente*, que posibilita el conocimiento y participación por parte de los ciudadanos, por tal virtud Rodríguez Mourullo considera que: "...es expresión del carácter fundamentalmente político del principio"²⁸. La costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, por su generación, no proporcionan una suficiente garantía al ciudadano, ya que él queda al margen y, evidentemente, la base fundamental de la garantía penal es la posibilidad de participación del ciudadano en la creación de los delitos y las penas. Ello no quiere decir, sin embargo, que las demás fuentes generales del derecho no tengan incidencia en el derecho penal, la tienen, pero en forma subordinada a la ley, salvo cuando no se trata de disposiciones que crean delitos (tipos de injusto) y penas, como las referentes a causas de justificación.

²⁸ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, ob. cit., Nota 9, p. 286

b. 3. *Nulla poena sine lege stricta*

El que la ley penal haya de ser estricta, significa un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos; con ello, por una parte se asienta el imperio de la ley pero también, por otra, se impide que de esta materia el juez se convierta en legislador. Es un límite a la actividad judicial, por ello, el juez no podría ser frente al ciudadano, al mismo tiempo legislador, pues de lo contrario, el ciudadano quedaría totalmente inerte frente al Poder Judicial. La prohibición de la analogía, es pues, un claro límite al poder estatal y a la arbitrariedad, sobre todo si se considera que el Poder Judicial está sumamente identificado con el sistema de control directo del Estado y, en ese sentido, también con todo el aparato coercitivo (y estigmatizador) estatal. Desde esa perspectiva ni siquiera goza de la suficiente independencia, ni tampoco es un poder en sentido estricto, pues carece en gran medida de la participación popular. Seguramente, por ello mismo, es que el principio de legalidad penal ha sufrido sus mayores violaciones justamente a través de la derogación de la prohibición de la analogía.

El primer Código Penal que la introduce, es el danés en 1930, en su artículo 1º (“Cae bajo la ley penal, aquel acto cuyo carácter esté previsto por la legislación danesa o aquella acción enteramente asimilable a un acto de esa clase”). El real retroceso garantista se produce con el Código Penal soviético de 1926, que en su artículo 16 señalaba: “Cuando algún acto socialmente peligroso no esté expresamente previsto en este Código, se determinará el fundamento y extensión de la responsabilidad, por párrafo de este Código, que prevea los delitos más análogos”; en 1958, con la Ley de Fundamentos del 25 de diciembre, se volvió a la prohibición de la analogía que se recoge en el Código Penal de 1960. Por su parte, en Alemania durante el régimen nazi, por la ley de 28 de junio de 1935, se modificaba el artículo 2 del Código Penal, en los siguientes términos: “Será castigado el que cometa un acto que la ley declara punible, o que merezca serlo, en arreglo al pensamiento fundamental de una ley penal y al sano sentir del pueblo”; Su derogación se produjo el 20 de enero de 1946, por ley 11 del Consejo de Control.

b.4. *Nullum poena sine lege previa*

Implica la irretroactividad de la ley penal, o en otras palabras, la prohibición de retroactividad de la ley *ex post facto*. Ha sido en general la forma que ha adoptado o en que se ha hecho hincapié, en las fórmulas constitucionales y legislativas, desde la Constitución de Maryland y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Se trata de impedir la arbitrariedad del legislador.

Es cierto, como se ha señalado en su contra, que a veces la buena intención del legislador es impedir que queden impunes hechos que evidentemente deberían constituir delito; pero los ciudadanos no pueden quedar entregados a las buenas o malas intenciones del legislador de turno, de ahí la necesidad de este principio. A pesar que fue la Revolución francesa, la que lo difundió, fue también la primera en violarlo en la época del Terror, sobre la base que ciertos hechos contra el Estado, quedarán impunes. Planteamiento que posteriormente recoge Beiling, al señalar que: "...suficientemente numerosos son los casos lamentables en que alguien ha actuado antijurídicamente, y culpablemente, escapa al juez penal, sólo porque al tiempo de actuar, todavía no había nacido el correspondiente tipo". Pero no es suficiente el principio de tipicidad que plantea Beiling, para sustituir o eliminar la garantía que ofrece el principio *lex previa*; todo lo contrario, el principio de tipicidad no sería comprensible desde un punto de vista garantista, si fuera ajeno a él, ya que sólo implicaría entonces un límite muy parcial a la intervención abusiva del legislador, pudiendo transformar el Estado de derecho en una dictadura.

En sentido estricto y extremo, el principio de representación popular es afectado si se deroga el postulado de *lex previa*, pues si bien el legislador pudo ser elegido para derogarlo, ello sería una contradicción con el sentido mismo del principio de representación popular, que es el carácter democrático del Estado pues el legislador tendría poderes omnipotentes (carácter autoritario del Estado) y podría eliminar toda participación (aún de los que lo eligieron), mediante el recurso de la creación de delitos en contra del Estado o contra él. En este sentido la *lex*

previa es justamente una expresión de rechazo a la arbitrariedad, una protección al ciudadano, a la intervención abusiva e injustificada del Estado.

b. 5. *Nom bis in idem*

Un mismo delito no puede recibir más de una pena, ni una misma agravante puede ser apreciada más de una vez, así como un mismo hecho no se puede castigar al mismo tiempo con una pena criminal y sanción administrativa. En definitiva, consiste en que uno y el mismo presupuesto no puede dar lugar a más de una pena o modificación de ella. Parece evidente que en el plano estrictamente penal-criminal, este principio queda abarcado por el principio de legalidad desde una interpretación lógica, pues como la ley ha de ser estricta (lo que implica la tipicidad), necesariamente no puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.

b.6. *El principio de juicio legal*

Este principio está íntimamente ligado al principio de legalidad, sin embargo adquiere trascendencia propia, en razón de que se refiere al ámbito procesal, es decir a los pasos o formalidades que se deben cubrir para el descubrimiento de la “verdad legal” y estar en aptitud el Estado, de sancionar o no una conducta. Por su importancia, ha sido elevado a rango constitucional en la mayoría de los países del orbe, con la finalidad de evitar que el individuo sea nuevamente objeto de “juicios sumarios”, sin ningún fundamento legal previo a la comisión del hecho juzgado.

b.7. *Principio de ejecución legal*

Este principio, de igual forma, se deriva del principio de legalidad, pero se refiere a que la aplicación y ejecución de las penas sea de acuerdo a los mecanismos previamente establecidos por la ley y que hayan sido impuestos por

el juez que tuvo conocimiento de la causa penal. Así, el reo, no podrá ser objeto de sanciones o penas distintas a las señaladas en la sentencia condenatoria. Por otro lado, la ejecución de la pena, y en especial la de prisión, se debe realizar en establecimientos especialmente instalados para tal fin y con la vigilancia de la autoridad administrativa, que debe ser distinta al órgano jurisdiccional que decidió la situación jurídica del individuo.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INTERNACIONALIZACIÓN FORMAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Hasta antes de la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma, la política criminal tenía una connotación local y era definida por cada uno de los Estados, sin embargo, con la nueva concepción de conductas criminales internacionales, dicha disciplina adquiere un nuevo carácter y ya podemos hablar de la implementación de una política criminal global desde un punto de vista formal.

Los países que signaron y ratificaron el Estatuto han construido una nueva definición de las conductas que, por su gravedad y trascendencia, son susceptibles de reproche penal en el ámbito internacional; así como de las acciones a seguir para atacar, contrarrestar o disuadir la comisión de dichos actos. Muestra de ello es la creación e inicio de operaciones de la Corte Penal Internacional, estableciéndose así una jurisdicción supranacional, misma que fue posible gracias al concierto internacional quien le cedió facultades para y así dotarle una potestad punitiva que, hasta ese entonces, era exclusiva de los gobiernos locales.

Las razones de ser de dicho tribunal son: lograr la independencia e imparcialidad, tanto en la toma de decisiones, así como en la investigación, persecución y resolución de las causas puestas bajo su conocimiento; además de

combatir la impunidad y contribuir al reestablecimiento, mantenimiento y preservación de la paz y la seguridad internacional¹.

En ese entendido, al día de hoy enfrentamos la conformación de una política criminal que ya no está supeditada a los intereses nacionales, sino que se genera y se desarrolla bajo el cuidado y observación de una comunidad internacional que se encuentra cada vez más comprometida en la protección de los valores fundamentales del ser humano.

Como se señaló en el capítulo anterior, la dogmática jurídico-penal es de vital importancia para la definición e implementación de una política criminal específica, y toda vez que en el año de 2002 tuvo verificativo la sexagésima ratificación del Estatuto de Roma, requisito *sine qua non* para su entrada en vigor, es que, a partir de ese momento, los conceptos de Derecho Internacional Penal, y Política Criminal Internacional cobran vida propia y se erigen como una realidad fáctica y no sólo como un ejercicio conceptual.

I. DERECHO PENAL INTERNACIONAL O DERECHO INTERNACIONAL PENAL

El análisis de las estrategias políticas y de los instrumentos jurídicos desarrollados a lo largo de la historia reciente para lograr tipificar y sancionar las conductas individuales y de Estado contrarias a los derechos fundamentales, entre ellos la vida, la libertad, la paz y seguridad internacionales, ha sido enmarcado dentro de las disciplinas de la política criminal, el derecho penal y el derecho internacional, lo que responde a un proceso diferenciado pero que está vinculado de origen.

¹ The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy and Democratic Development, *International Criminal Court, Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute*, Vancouver, 2000, P.1.

Desde el punto de vista de algunos autores, la internacionalización de la tipificación y penalización de conductas responde, entre otros factores, a la “necesidad de controlar los capitales de la economía informal y de los delitos políticos que traspasan las fronteras del mundo global...”² lo que, en otras palabras, reviste la “internacionalización del derecho penal, así como la penalización del derecho internacional”³.

En ese orden de ideas se puede sostener que la internacionalización del derecho penal corresponde, en primer término, a aquellos mecanismos y sistemas de cooperación entre estados, dirigidos a velar y hacer cumplir los sistemas penales locales o internos adquiriendo, por ende, un matiz más adjetivo que sustantivo.

Por otro lado, el proceso de penalización del derecho internacional se centra en la incorporación de un orden internacional referente a una serie de normas de naturaleza consuetudinaria y convencional que determinan qué conductas deben ser susceptibles de reproche penal y de sanción, ello con la finalidad de evitar la impunidad al amparo de límites territoriales o de derecho doméstico. Pero desde un punto de vista indirecto, impacta al plano nacional frente la evidente ausencia de instancias de jurisdicción propias del derecho internacional o excepcionalidad de los mismas.

Como se pone de manifiesto, dichos enfoques se encuentran fundadamente interrelacionados, por lo que es posible establecer que el derecho internacional penal depende, en gran medida para su aplicación efectiva, del derecho penal internacional. El punto de vista en común de tales referencias se encuentra en “la

² Sánchez Sandoval Augusto, “La Política Criminal Transnacional Posmoderna como Terrorismo Jurídico y de hecho de los Estados”, *Política Criminal: la reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad*; México, UNAM, 2003, p. 3.

³ Lirola Delgado Magdalena y Magdalena M. Martín Martínez; *La Corte Penal Internacional; Justicia vs. Impunidad*, Ariel Derecho, Madrid 2001, 1ª Edición, pp. 10 y 11.

protección de ciertos intereses que representan valores comúnmente compartidos por la comunidad internacional...”⁴

El origen de los procesos de confluencia del derecho penal y del derecho internacional se encuentra en los esfuerzos de cooperación internacional en orden al logro de la aplicación efectiva del derecho penal interno. La primera de sus manifestaciones y casi única hasta el siglo XIX fue la práctica de la extradición, que puede considerarse como el instrumento principal entre los Estados para el control de la criminalidad interna e internacional. A partir de las más importantes codificaciones en el ámbito penal, se estimó la necesidad de extender la aplicación de las normas nacionales penales fuera del ámbito jurisdiccional de los Estados, desarrollándose distintas teorías acerca de la aplicación extraterritorial del derecho penal interno que fueron admitidas en la legislación interna de muchos Estados, y por el propio derecho internacional. Como resultado de todo ello, surgieron reglas y prácticas para resolver los supuestos de conflictos de leyes penales, así como mecanismos de armonización de los diferentes intereses de los Estados en la defensa de su respectiva competencia penal extraterritorial, entre los que se encuentran la resolución número 45/117 de la Asamblea General Organización de las Naciones relativa al “Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales”, adoptada en la 68ª. Sesión plenaria de 14 de diciembre de 1990⁵. Como apunta Lirola y Martín⁶:

El derecho penal internacional opera en el ámbito de la justicia nacional o transnacional, mientras que el derecho internacional penal constituirá la base normativa y el derecho sustantivo en concepto amplio de justicia internacional penal, en la que se incluirán además, los aspectos relativos a

⁴ Bassioni, Carlo, *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1998, (traducción por J.L. de la Cuesta Arzamendi), p.70

⁵ “Art. 1.- Las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente Tratado, la máxima asistencia posible en las investigaciones o las actuaciones judiciales relacionadas con delitos cuyo castigo sea competencia de las autoridades judiciales del Estado requirente en el momento de solicitarse la asistencia”

⁶ Lirola Delgado, Magdalena y Martín Martínez, Magdalena M, ob. cit. Nota 31, p. 10.

la organización judicial para la persecución y sanción de las conductas consideradas como delito por el derecho internacional; lo que en otras palabras significa una jurisdicción penal internacional y el sistema penitenciario eventualmente adoptado para la ejecución de las penas impuestas. Por tanto, para que una justicia penal internacional sea implementada racional y humanísticamente requiere la existencia de un catálogo de delitos y penas preexistente a los hechos sujetos de implicación penal y, además, la existencia de una corte o tribunal internacional con competencia y jurisdicción plena para juzgar tales hechos, respetando y observando los principios de: legalidad, debido proceso y juez legal.

Sin embargo, y no obstante los avances que se han dado en la materia, al día de hoy se empiezan a dar los primeros pasos para poder afirmar que el derecho penal internacional constituirá un cuerpo normativo sistemático y homogéneo, similar a los sistemas penales internos. Sin embargo, las peculiares características del orden jurídico internacional como sistema jurídico fuertemente descentralizado y escasamente institucionalizado, cuya fuente material por excelencia continúa siendo el consentimiento de los Estados, se traduce en primer plano, en la debilidad de un sistema en evolución que resulta inacabado, por lo que presenta ciertas lagunas y contradicciones. Además, continua expuesto a riesgos de politización, al depender su efectividad, prácticamente de forma exclusiva, de la actuación de los Estados; añadiéndose la dificultad que genera la transposición de conceptos y principios del derecho penal al plano del derecho internacional, tal y como en concreto ponen de manifiesto cuestiones relativas a la determinación del concepto de crimen o delito internacional o la aplicación del principio de legalidad en el ámbito penal, es decir, *nullum crimen sine lege*.

II. CRIMEN O DELITO INTERNACIONAL; SU DELIMITACIÓN

Para poder establecer qué es crimen o delito internacional, hay que atender que en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del sujeto, se utilizan indistintamente tales denominaciones, sin embargo en el caso mexicano, los actos típicos, antijurídicos y culpables, son llamados formalmente delitos⁷, situación contraria en otras legislaciones en las que existen diferencias conceptuales, por ejemplo, con relación a la gravedad de la conducta; situación que en el contexto del derecho internacional ha quedado salvada pues, de lo contrario, habría mayores obstáculos para determinar una unidad de concepto.

Así, Rama-Montado⁸ refiere que "...crimen o delito internacional es aquella conducta cuyo carácter penalmente ilícito está determinado, no por el derecho interno, sino por el propio derecho internacional, ya por normativa consuetudinaria, ya por vía convencional...", Ahora bien, como apunta Pigrau Solé⁹, se intenta precisar este concepto a través del recurso a otros criterios, tales como el motivo de tipificación, la técnica empleada o especialmente el de la naturaleza del interés o bien jurídico tutelado, se pone de manifiesto la dificultad de distinguir entre normas internacionales relativas a un derecho penal transnacional, establecidas para la protección de intereses que afectan esencialmente al ámbito interno, y las que responden realmente a exigencias universales y a la protección de intereses de la comunidad internacional en su conjunto, teniendo en cuenta que sólo en este último caso podríamos hablar de crímenes internacionales en "*stricto sensu*".

⁷ Art. 7.- "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..." Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

⁸ Rama-Montalvo, M. "Acerca de algunos conceptos básicos relativos a Derecho penal internacional y a una jurisdicción penal internacional", *El Derecho internacional en un mundo de transformación*. Libre amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Arechaga, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, p. 868

⁹ Pigrau Solé, A. "Elementos de Derecho internacional penal", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1997*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1998, pp.138-139.

Por otra parte D. Thian¹⁰, ha clarificado esta distinción apuntando que en el concepto de crimen internacional se pueden diferenciar tres categorías, la primera sería los crímenes de internacionales propiamente dichos o crímenes internacionales por naturaleza, que son aquellos cometidos contra los valores de la comunidad internacional; en segundo plano, aquellos que se han convertido en crímenes internacionales, únicamente debido a las necesidades de la represión y que han sido trasladados del plano nacional al internacional en virtud de convenios internacionales, ejemplos de ello son el tráfico ilícito de estupefacientes¹¹, y la delincuencia organizada¹², y en tercer lugar, aquellos casos en que, por un concurso de circunstancias, la persecución y punición pasa del derecho interno al derecho internacional.

Sin embargo y tratándose de crímenes internacionales en sentido estricto, en muchas ocasiones resulta complejo que sean adoptados como normas de derecho internacional general, de tal forma, las normas relativas a la responsabilidad penal internacional del sujeto respecto a la *delictia juris gentium* tendrían que ser necesariamente de naturaleza consuetudinaria, sin perjuicio de que la versión convencional de las mismas contribuyese a la consolidación o surgimiento como normas de carácter general, en los casos en que aún no se hubiesen consolidado como tales, lo cierto es que, debido a las dificultades que presenta la determinación de la práctica estatal, la mayoría de las veces resulta confuso.

Para evitar estas situaciones sería necesaria la existencia de instrumentos internacionales en donde quede plasmado con claridad un catálogo de todos

¹⁰ Relator de la Organización de las Naciones, *Primer Informe sobre el Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Documento A/CN.4/364, en ACDI, 1983, vol. II, primera parte, pp. 152.153

¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena, Austria el 20 de diciembre de 1988 y ratificada por el Senado de la República Mexicana, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 5 de septiembre de 1990.

¹² Directrices para prevenir y reprimir la delincuencia organizada, adoptadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente,

aquellos comportamientos, individuales o de grupo, particulares o de autoridad, que deban considerarse como crímenes internacionales; ejemplo de ello son los esfuerzos que ha realizado la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas para la elaboración y establecimiento de un Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, aun con la existencia de cuerpos de leyes como el antes aludido, no se agotarían los problemas planteados en la medida que la categoría de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no se identifica necesariamente con la de crimen internacional, sino que se podría considerar como una subcategoría de ésta, tal y como señala Rama-Montalvo¹³, ya que sería crimen internacional aquella acción que “...caracterizada por su especial gravedad y por la particular repulsa que su comisión inspira en la conciencia de la comunidad internacional jurídicamente organizada.”

Ante tal indefinición, es el criterio de la gravedad y de las implicaciones para la comunidad internacional en su conjunto, el que marca indiscutiblemente la naturaleza de los comportamientos que generan la responsabilidad penal internacional del individuo, por esta razón, resulta más apropiado hablar de crímenes, y no así de delitos, con las consecuencias que de esta diferencia se desprenden en cuanto a los principios particulares aplicables, o al mecanismo más apropiado para la sanción de cada una de estas categorías.

¹³ Rama Montalvo, M, Nota 36,ob. cit. Nota , p.16

I. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL PENAL

Muy vinculada con la anterior consideración, se encuentra la observancia del principio de legalidad en el ámbito internacional penal, pues en función de su aplicación indirecta, dicho principio sólo se ve afectado en cuanto a su dimensión material y no como sucede en los derechos internos, respecto a la previa determinación de la pena, es decir, su dimensión formal.

En ese entendido, como lo han referido tratadistas franceses como Holweg, la existencia en el orden internacional de este principio ha sido revitalizada por la doctrina, basándose en las distintas exigencias para la aplicación de la norma internacional entre los sistemas anglosajón y continental, y en las dificultades para concretar el contenido de la costumbre internacional. Sin embargo como apunta ese mismo autor, este principio aparece adoptado por diferentes documentos internacionales de protección de los derechos humanos como la Declaración de Universal de Derechos Humanos en su artículo 11¹⁴, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, en su artículo 15¹⁵, y la Convención Americana de

¹⁴ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, "Art. 11.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."

¹⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. *Art. 15. 1.* Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. *2.* Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."

Derechos Humanos, en sus artículos 7, 8 y 9.¹⁶

¹⁶ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios. *Artículo 8. Garantías Judiciales* 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. *Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.* Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Con todo, hay que admitir que su funcionamiento en el derecho internacional no parece acomodarse estrictamente a los mismos esquemas que en los sistemas penales internos. Así, mientras que en los ordenamientos internos, la relación de responsabilidad se genera entre dos partes, a saber: el órgano jurisdiccional como poder público identificable y dotado constitucionalmente¹⁷ de competencias al respecto y, por otra parte, el sujeto gobernado que presumiblemente ha desplegado la conducta previamente considerada como susceptible de reproche penal; en el plano internacional, dicha relación de responsabilidad se genera entre dos sujetos inciertos, la comunidad internacional y el sujeto que, excepcionalmente, es sujeto de derecho internacional. Por tal razón la aplicación del principio de legalidad en el ámbito del derecho internacional penal adquiere una mayor complejidad en el sentido de que la responsabilidad penal individual se ha llegado a justificar en función de elementos distintos de exclusiva identificación del tipo penal internacional previo.¹⁸

II. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Aun cuando en algunos casos se han empleado analógicamente los términos de responsabilidad penal internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado, se trata de términos de naturaleza distinta, pues "...en el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la responsabilidad internacional del Estado es de carácter reparatorio, y la del individuo es de naturaleza penal..." tal y como lo apuntan Lioria Delgado y Magdalena Martín

¹⁷ Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice en la parte que interesa: "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata..."

¹⁸ Huesa Vinaixa, "El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1994, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1995, p.163.

Martínez¹⁹. Sin embargo, también se pueden presentar ciertas conexiones entre ambos tipos de responsabilidad, como sucede en la coincidencia fáctica o incluso normativa, se da especialmente en aquellos casos en los que el sujeto no actúe en forma personal y privada, sino como miembro, representante o agente de un Estado Gobierno; situación que puede generar los dos tipos de responsabilidad señalados, por una parte, la responsabilidad internacional del Estado, y la responsabilidad penal del individuo por la otra.

Dichas conexiones de ninguna manera afectan el carácter autónomo y distinto que se señala de ambos tipos de responsabilidades, sin perjuicio de las consecuencias de los llamados “crímenes internacionales” del Estado, situación que, en su oportunidad, fue contemplada en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad internacional de los Estados. No obstante, tal consideración en la que se plantea la posibilidad en el futuro de un régimen de responsabilidad penal de los Estados, en estos días se encuentra en una etapa inicial, razón por la cual prevalecen las consideraciones de que en el derecho internacional vigente, el Estado no puede ser susceptible de sanciones penales semejantes a las previstas a los ordenamientos internos o locales.

1. Responsabilidad penal internacional del individuo

En su generalidad, el derecho internacional clásico desconocía la responsabilidad penal de los individuos, en tal virtud, la doctrina positivista clásica no consideraba posible que una norma de derecho internacional pudiera ser infringida por personas individuales y no por Estados, no obstante se ha reconocido la existencia de delitos de naturaleza consuetudinaria considerados como *delicta juris gentes*, como es el caso de la piratería, los atentados a las

¹⁹ Lioria Delgado y Martín Martínez, Magdalena, ob. cit. Nota 31, p. 14.

personas internacionalmente protegidas o la violación del bloqueo y el contrabando de guerra.²⁰

Se encuentran antecedentes históricos desde el siglo XV, en los que, en 1474, se registró el llamado Juicio de Breisach y en el que el caballero Peter von Hagenbach fue encontrado responsable de distintos crímenes en contra de la ley de Dios y la humanidad en la persona de los ciudadanos de Breisach (Alta Renania) con motivo de la ocupación de esa localidad por las tropas bajo sus órdenes; pero no obstante que recibió instrucciones directas del duque de Borgoña, fue declarado culpable, despojado de su condición de caballero y condenado a muerte.²¹

Es así, que la responsabilidad de estos “delitos”, correspondía única y directamente a los individuos autores de los mismos. Es por ello que, a finales del siglo XIX y en los inicios del XX, se tiene antecedente de toda una gama de tratados en la que se contemplaba la ilicitud de ciertos comportamientos de los sujetos con independencia que la sanción se remitiese siempre a los Estados y, sobre todo, que no se hiciera alusión expresa a un principio de responsabilidad penal del individuo.

Por tal virtud, los antecedentes más cercanos y directamente vinculados al reconocimiento expreso de la responsabilidad penal del individuo en el orden internacional se encuentran en el marco del derecho de guerra, en los intentos de juzgar al Káiser Guillermo II, al término de la Primera Guerra Mundial, situación que, previo a ello, no tenía referente, toda vez que la regla general era atribuir responsabilidad exclusivamente al Estado derrotado y no a los sujetos, aunque

²⁰ Entre los instrumentos internacionales en los que se prevé una responsabilidad penal del individuo están: “Convención Internacional para la protección de cables marinos” de 14 de mayo de 1884. “Tratado anglo-portugués de 1914”, referente a la protección sobre los vinos de oporto y madera, en los que se establece la prohibición de importar en la Gran Bretaña cualquier otro vino o licor, “Convenio de Ginebra de 1926”, que prohíbe la esclavitud, “Convención de París de 1902”, que prohíbe la trata de blancas. etc.

²¹ Schuwarzenberger, G. *International Law as applied bay International Courts an Tribunals*, Stevens & Sons, Londres 1968, vol. II: The Law of Armed Conflicts, p. 462.

ésta llevase aparejada la obligación de reparar los daños y castigar en el plano interno a las personas culpables de tales violaciones.²²

Sin embargo, una vez concluida la Primera Guerra Mundial, el presidente francés Clemenceau solicitó al gobierno británico su consentimiento para determinar responsabilidad penal del ex-Káiser Guillermo y sus colaboradores, por lo que, con tal finalidad, en la conferencia de paz preliminar celebrada en París en enero de 1919, se estableció una comisión de quince miembros que representaban a las potencias aliadas, lo que derivó en que, por primera vez en la historia, se acusara formalmente a un individuo por su responsabilidad penal internacional²³, y la instauración de un tribunal especial para juzgarlo, ello con la finalidad de asegurar el respeto a los derechos de defensa del indiciado.

En ese mismo orden de ideas, se obligó al gobierno alemán a reconocer la competencia penal de las potencias aliadas, así como la de entregar, junto con los elementos materiales, es decir, los documentos y datos que se estimaren necesarios para el conocimiento de los hechos y apreciación “exacta de las responsabilidades”, así como a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra.²⁴

Las responsabilidades penales individuales a las que se referían los instrumentos como el antes mencionado, no llegaron nunca a exigirse

²² Aquí cabe establecer que tradicionalmente el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado por violaciones a los usos y leyes de guerra era opcional, porque si una vez firmada la paz, el acusado se encontraba en el territorio del Estado anteriormente enemigo, el Estado afectado sólo podía exigir su enjuiciamiento conforme a las leyes del otro Estado. En cambio, si el inculcado se encontraba en su territorio, podía someterlo a su jurisdicción.

²³ Parte Séptima del Tratado de Versalles, referente a las “Sanciones” Art. 227.- “...las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex-emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y a la santidad sagrada de los tratados”.

²⁴ Arts. 228 a 230 del Tratado de Versalles; similares disposiciones se incluyeron en el tratado de Saint Germain con Austria, Art. 173, de Neuilly con Bulgaria, Art. 118, de Trianon con Hungría, Art. 157 y de Sèvres con Turquía, Art. 230, teniendo en cuenta que este último hacía referencia expresa a las matanzas colectivas contra ciertas minorías de origen griego o armenio en el territorio del Imperio otomano.

efectivamente debido a las evidentes diferencias políticas entre los aliados, así como el hecho de que el Káiser se refugió en Holanda, cuyo gobierno negó su extradición en 1920, invocando el principio de *nullum crimen sine lege*, para no entregarlo. Así, gracias a las presiones diplomáticas de Alemania, los únicos juicios inculpatorios que se celebraron tuvieron lugar ante un tribunal nacional alemán (el *Reichtsgerincht* de Leipzig), y en relación con una lista de inculpados muy reducida, respecto a la inicialmente presentada por las potencias aliadas. A pesar de ello, hay que destacar la importancia que reviste el que las referidas disposiciones de los tratados de paz reconociesen los principios de responsabilidad y sanción penal del individuo, incluidos los jefes de Estado, por violaciones a las normas de derecho internacional, marcándose así un avance respecto de la opción clásica por la que un Estado, en el ejercicio de su competencia soberana, podía perseguir a un individuo perteneciente a un ejército enemigo por violaciones de las leyes y usos de la guerra, allanando así el camino para los acontecimientos que se verificarían después de la Segunda Guerra Mundial.

2. Los primeros tribunales ad hoc y su aportación al derecho internacional penal

Antes de que concluyera la Segunda Guerra Mundial, los aliados formularon distintas declaraciones relativas a la necesidad de sancionar a los responsables de los crímenes cometidos durante la misma, mediante el establecimiento de tribunales penales internacionales²⁵, lo que desembocó en que las cuatro potencias vencedoras, Estados Unidos, la Unión Soviética, Francia e Inglaterra, actuando en el “interés “ de todas las Naciones Unidas, firmaran el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, relativo al procesamiento de los grandes criminales de guerra de las potencias del Eje. Este acuerdo incluía como anexo el

²⁵ Declaración de 1940, en la que los Gobiernos de Polonia y Checoslovaquia. Declaración de Saint-James de 13 de enero de 1942, Declaración Simultánea de 25 de octubre de 1941, por Roosevelt, Churchill y el mando.

Estatuto de un Tribunal Militar Internacional, cuya sede se estableció en Berlín, aunque los procesos se llevaron a cabo en Nuremberg. La declaración, formulada el 19 de enero de 1946 por el jefe supremo, de las disposiciones con relación a los criminales de guerra japoneses, dio lugar a la creación del Tribunal Militar Internacional para el Externo Oriente con sede en Tokio.

Con independencia de la importancia de dichos tribunales, desde la perspectiva estricta del proceso de creación de una jurisdicción penal internacional, es necesario destacar la contribución del sistema de Nuremberg al reconocimiento y configuración del principio de responsabilidad penal internacional del individuo, en la medida en que tanto el Estatuto como las sentencias del Tribunal establecieron en forma expresa la responsabilidad penal de los criminales de guerra del Eje.

En la fundamentación de dicha responsabilidad, resulta particularmente ilustrativo el razonamiento desarrollado por el Tribunal de Nuremberg al declararse competente para juzgar los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad, acorde al artículo 6° de su Estatuto. Tanto en el propio juicio, como con posterioridad en el ámbito doctrinal, se planteó un intenso debate respecto de la adecuación de las categorías de los crímenes contra la paz y contra la humanidad al principio de legalidad en el ámbito penal (*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*). Esta polémica no se extendió, sin perjuicio, a los crímenes de guerra que podían fundamentarse en los usos de la guerra, tal y como habían sido codificados por los instrumentos relativos al derecho de los conflictos armados. Finalmente, el Tribunal afirmó que el propio Estatuto era “expresión del derecho internacional existente en el momento de su constitución”, rechazando que el principio de legalidad penal pudiera interpretarse como límite a la soberanía, sino como un criterio inspirador de la justicia universal que aconsejaba castigar las atrocidades cometidas, aun con riesgo de incurrir en una aplicación retroactiva y profundamente lesiva para la sociedad internacional en su conjunto.

Es así que, el artículo 6º del Estatuto, establece la competencia del Tribunal con relación a los siguientes actos:

- a) Crímenes contra la paz: es decir, la planeación, preparación, inicio o búsqueda de guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o seguros internacionales, o la participación en un plan común o conspiración para la perpetración de uno cualquiera de los actos mencionados.
- b) Crímenes de guerra: es decir, las violaciones de las leyes o usos de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación, los trabajos forzados o con cualquier otro propósito, de la población civil o en territorios ocupados, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de las personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por necesidades militares.
- c) Crímenes contra la humanidad: es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra; o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del tribunal, constituyan o no violaciones del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados.

En ese orden de ideas se puede afirmar que estos supuestos se pueden agrupar en cuatro categorías: crímenes contra la paz; crímenes de guerra en sentido estricto, crímenes contra la humanidad, y conspiración y complot. Por lo que hace a los crímenes contra la paz, el Tribunal intentó probar que ya estaban sancionados por el derecho internacional general, al menos desde que, a partir del pacto Briand-Kellog, se consideraba proscrita la guerra de agresión, sin embargo se plantearon mayores problemas en los delitos contra la humanidad por su carácter innovador que se incluyó para abarcar los actos contra la población civil;

razón por la que sólo fueron sancionados en conexión con los crímenes de guerra, lo que los limitó a los cometidos a partir del 1º de septiembre de 1939.

Así, a pesar de no estar exenta de zonas de sombra, la labor llevada a cabo por los tribunales de Nuremberg y Tokio, ha podido ser valorada como una contribución muy importante para la consolidación del principio de la responsabilidad penal del individuo en el orden internacional; la experiencia extraída de ambos tribunales ratificó la necesidad de impulsar la codificación del derecho penal internacional y marcó un hito en el reconocimiento de una cierta subjetividad internacional del individuo y en la aparición de la llamada doctrina de los derechos humanos.

3. Desarrollo normativo de la responsabilidad penal del individuo

Partiendo del reconocimiento expreso en el Estatuto y las sentencias de los tribunales de Nuremberg y Tokio, el principio de la responsabilidad penal del individuo ha sido objeto de posterior desarrollo normativo en el derecho internacional contemporáneo a través de una serie de normas de difícil sistematización. En general se puede decir que éstas se remiten a dos ámbitos materiales, delimitación en función del objetivo con que este principio ha sido recogido, bien en aras de la persona humana, bien con relación a la represión de ciertos comportamientos atentatorios de otros intereses comunes.

Por lo que se refiere al primero de estos ámbitos, abarca un conjunto de figuras contempladas en normas de derecho internacional humanitario y de derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, profundamente interrelacionadas, en la medida en que ambas categorías confluyen en el objeto común de la persona humana. De acuerdo a Liora Delgado²⁶, se integran en este apartado: los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad, figuras que llevan aparejada clara y expresamente la responsabilidad

²⁶ Liora Delgado y Martín Martínez, Magdalena, *op. cit.* nota 31, pp. 19-20.

penal del individuo. En virtud de estas relaciones, los actos que les dan contenido son muy similares desde un punto de vista material, diferenciándose, desde el punto de vista conceptual, en función del contexto en que resulten cometidos.

En ese orden de ideas, los crímenes de guerra, atentan en su conjunto contra las normas de derecho internacional humanitario, de naturaleza consuetudinaria y convencional, que señalan la responsabilidad penal del individuo por actos cometidos en el marco de conflictos armados. Esta responsabilidad ha resultado claramente establecida para los conflictos de carácter internacional por los cuatro convenios de Ginebra²⁷ del 12 de agosto de 1949, que enumeran una serie de comportamientos que se consideran “infracciones graves” y que generan responsabilidad penal al individuo. En relación con los conflictos armados de orden interno, la ampliación del principio de responsabilidad penal del individuo a los mismos, se ha visto favorecida por los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, que han establecido en forma expresa la responsabilidad penal individual por la violaciones al artículo 3, común a los convenios de Ginebra, así como al Protocolo adicional II.

Por otra parte, el genocidio aparece tipificado en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, del 9 de diciembre de 1948, en cuyo artículo 1º señala: “las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”. Por lo que se refiere a los crímenes contra la humanidad, se trata de una figura de desarrollo principalmente consuetudinario, a partir de su configuración en el Estatuto de los tribunales militares de Nuremberg y Tokio que, como categoría autónoma, ha sido objeto de posterior confirmación y actualización en los estatutos de los tribunales

²⁷ Convenio para mejorar la suerte de heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio relativo al trato de prisioneros de guerra; y Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

para la ex-Yugoslavia y Ruanda en sus artículos 5° y 3° respectivamente. Ciertamente, las figuras mencionadas no agotan los supuestos de normas destinadas a sancionar comportamientos contrarios a la protección de la persona que pueden dar lugar a la responsabilidad penal del individuo, entre las que se incluyen las relativas a la esclavitud, el “*apartheid*” y la tortura.

La responsabilidad penal del individuo aparece también recogida en un conjunto de instrumentos internacionales que carecen de unidad temática, en la medida en que tienen un carácter específico y sectorial. Estas normas encuentran aglutinador en el hecho de que están destinadas a reprimir determinados comportamientos que, sin perjuicio de mayores precisiones, puede decirse que resultan contrarios a los intereses internacionales o a un principio de interés internacional. En este sentido, la técnica de tipificación empleada en estos convenios, no permite establecer con claridad si estamos ante crímenes internacionales en sentido estricto que generan responsabilidad penal internacional del individuo. Para llegar a esta consideración, además del texto de las disposiciones del instrumento en cuestión, cobra gran importancia el mecanismo de sanción que lleve aparejado el convenio, que suele ser el de la incorporación de un sistema de jurisdicción universal, basado en el principio de *aut dedere aut indicare*. Se incluyen en esta categoría los delitos contra la seguridad aérea internacional y la seguridad en el mar, la piratería, los delitos contra personas internacionales protegidas, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras figuras ligadas a distintas formas de terrorismo internacional.²⁸

²⁸ Algunos documentos que recogen la responsabilidad penal internacional del individuo en materias específicas son: “Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves” Tokio, 14 de septiembre de 1963, que contempla los delitos relacionados con la seguridad aérea; “Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas”, Nueva York, 15 de diciembre de 1997, que contempla el delito de terrorismo; “Convenio para la prevención y castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos”, Nueva York, 14 de diciembre de 1973; “Convenio de Ginebra sobre la alta mar” de 1958, que contempla el delito de piratería.

4. La sanción en la responsabilidad penal internacional del individuo

En el marco de la aplicación indirecta del derecho internacional penal, la sanción del individuo corresponde generalmente a los Estados, por medio de sus propias jurisdicciones, sin embargo, dicha competencia estatal no es absolutamente discrecional, puesto que las normas internacionales establecen obligaciones de sanción para los Estados, además de que el derecho internacional ha instrumentado algunos principios tendientes a agilizar y facilitar la aplicación extraterritorial de las normas penales internacionales para las jurisdicciones internas y, con ello, coadyuvar a la sanción de la responsabilidad penal del individuo.

De tal manera, surge el principio de universalidad o jurisdicción universal, que constituye la excepción más importante al principio de territorialidad de la ley penal que limita el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado a los delitos cometidos por sus nacionales o extranjeros en su territorio²⁹. Los orígenes del dicho principio se vinculan al delito de piratería en la medida en que quienes lo cometían eran considerados como *hostis humani generis*, en un periodo en que el mayor tráfico comercial se desarrollaba en la vía marítima y, al atentar contra el interés de todos los Estados en un espacio fuera de la soberanía de éstos, derivó en el derecho de todos los Estados a visitar y, en su caso, a apresar a un buque pirata y ejercer su jurisdicción sobre las personas que se encontrasen a bordo. En tal virtud, en un primer momento, el principio de universalidad atendía al lugar en donde era cometido el delito, más que en la naturaleza o la gravedad del mismo.

Pero, contrariamente a sus orígenes, hoy en día el principio de jurisdicción universal es determinado principalmente en función de determinados tipos de crímenes internacionales de especial gravedad y trascendencia que atacan y lesionan gravemente los intereses de la comunidad internacional. En ese orden de

²⁹ Díaz Sánchez, José. *Ámbito espacial de la ley penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 99 y ss.

ideas el tratadista Remiro Brotons³⁰ refiere que el principio de jurisdicción universal es aquel del derecho internacional que permite a los Estados "...afirmar su jurisdicción sobre determinados crímenes internacionales, sea cual sea el lugar en que se produzcan con independencia y condición de sujetos activos o pasivos...". Es decir, se trata de un principio que permite que el juez nacional conozca de hechos con los que no tiene ningún nexo jurisdiccional.

En virtud de que el principio de jurisdicción universal tiene un origen y carácter consuetudinario, presenta diversas dificultades para elaborar reglas generales relativas a su contenido y aplicación. Por consiguiente, se plantea la posibilidad de si dicho principio únicamente reconoce una facultad del Estado o si, por el contrario, constituye una obligación de sancionar los actos reprochables. Por otro lado, se cuestiona si previamente tuvo que haber sido incorporado al derecho interno o puede ser utilizado directamente por un juez nacional en cualquier asunto en el que se le pida que ejerza su jurisdicción y, por último, no hay un criterio uniforme para identificar los crímenes o delitos que permiten a las jurisdicciones nacionales a actuar sobre la base de este principio.

Existen autores como Martín Martínez que consideran que el principio de jurisdicción universal no genera una obligación para el Estado, sino sólo una facultad que tiene la virtud de permitir que cualquier Estado ejercite su jurisdicción penal, siempre y cuando dicho principio haya sido incorporado al derecho interno; además de que en la práctica responda a la conveniencia de que su ejercicio se apegue a un criterio de razonabilidad lo que, en otras palabras, significa que conociera del asunto en concreto aquel tribunal que tenga la capacidad y las mejores condiciones para resolver el procedimiento penal, es decir, se sugiere la instrumentación de tribunales especializados en cada uno de los Estados que adopten este principio en sus legislaciones internas.

³⁰ Remiro Brotons, A. *El caso Pinochet, Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p.50

Por último, y ante la lógica de este principio, no se debe concluir que faculta a la persecución de cualquier delito, sino sólo los crímenes internacionales de especial gravedad y trascendencia para la comunidad en su conjunto, situación que motiva a su regulación y adopción de criterios uniformes entre los diferentes Estados. Sin embargo, ante la disparidad de opiniones existentes respecto a las cuestiones abordadas en los párrafos que anteceden, repercuten en la indeterminación y falta de uniformidad en la práctica que se traduce en un menoscabo en la efectividad de la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo, que puede obtenerse atendiendo al principio de jurisdicción universal, pues las posibilidades que su utilización ofrece y, sobre todo, su importancia y creciente protagonismo en los últimos tiempos, permiten evitar la impunidad por la comisión de crímenes internacionales cometidos por individuos, pues, precisamente la revitalización y el recurso más frecuente que los tribunales nacionales están haciendo del principio de jurisdicción universal puede interpretarse como una manifestación de la creciente preocupación por asegurar el no a la evasión de la responsabilidad de los sujetos y, por ende, su sanción penal.

Muy ligado a este principio, pero con un carácter autónomo, aparece el principio de *aut dedere aut iudicare*, el que es de naturaleza convencional, cuyo desarrollo responde al incremento de la cooperación internacional destinada a asegurar la sanción en la responsabilidad internacional del individuo. Así, en términos generales, este principio no sólo reconoce al Estado parte en el tratado la competencia para ejercer su jurisdicción respecto al probable responsable que se encuentre en su territorio, con independencia de su nacionalidad o lugar de comisión del delito, sino que además, como apunta Rama-Montalvo, lo sitúa en la disyuntiva jurídica “sea de enjuiciar el presunto culpable, sea de extraditarlo a algún otro Estado que tenga jurisdicción para juzgarlo y que así lo solicite”³¹.

³¹ Rama Montalvo, M, *op. cit.*, nota 36, p. 69

Sin embargo, este principio carece de una formulación uniforme en el plano convencional, siendo objeto de diversas redacciones que lo recogen con alcance variable, dependiendo de la posición del Estado de aprehensión: primero, que éste pueda decidir si entrega a esta persona en los tribunales nacionales o si lo extradita; segundo, que su obligación principal sea la de extraditarlo y, por ello, el ejercicio de la jurisdicción en el plano interno sólo se plantee si la extradición puede ser legítimamente negada o no es solicitada; y tercero, si la sumisión a los tribunales nacionales puede considerarse en términos de obligación o de potestad.

De todo ello se deriva una indeterminación y variabilidad acerca del alcance preciso de la obligación asumida por el Estado de aprehensión, con las subsecuentes consecuencias con relación a la efectiva sanción de la responsabilidad penal internacional del sujeto en el plano interno. Con todo, el modelo más estándar de la obligación *aut dedere aut puniré*, es el contenido del artículo 7 del Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970³², que ha sido seguido por toda una serie de instrumentos posteriores. Mención aparte merecen los convenios de Ginebra de 1949, que, aunque se incluyen en el marco de la idea general de procesar y extraditar, presentan una redacción particular con relación al sistema de infracciones graves que los aproximan al principio de la jurisdicción universal al establecer claramente la obligación de sanción, con independencia de la existencia de un nexo de jurisdicción.

Es así, que ante la ausencia de mecanismos propios de sanción en el plano internacional, los dos principios analizados contribuyen de manera decisiva a que los Estados puedan hacer efectiva la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo a través de sus respectivos sistemas jurisdiccionales

³² “Art. 7.- El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes para efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido cometido o no en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en la mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo a la legislación de tal Estado”.

internos. Sin embargo, al ser ésta una solución adecuada en función de criterios de economía y eficacia procesal, existen circunstancias en las que los cauces internos se presentan insuficientes o resultan ineficaces para asegurar la sanción, motivo por el cual resulta necesario el establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

III. LA NECESIDAD DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

La comunidad internacional ha coincidido en la necesidad de la instauración de una jurisdicción penal de competencia internacional, pues si bien en algunas de las legislaciones internas existen mecanismos para sancionar la responsabilidad internacional del individuo, cierto es también que las lagunas que se presentan en el plano de su aplicación y observancia son grandes, ello en virtud de que no existe una política o modelo común de las obligaciones penales internacionales en los ordenamientos jurídicos; lagunas que forman parte del sistema y que, en cierta forma, pueden obviarse por la adopción progresiva de una armonización de los derechos penales y procesal-penales en el plano interno de cada uno de los Estados.

Sin embargo, existen circunstancias en las que, al ser viable una sanción en el plano interno, se presentan dificultades procesales para su existencia; por ejemplo, las relativas a procesos de extradición o la carencia de tratados para su autorización en los casos de jurisdicción concurrente en varios países; o los derivados de la investigación, persecución, así como la consecución de pruebas en diferentes Estados. Generalmente estos obstáculos pueden hacerse a un lado por medio de la cooperación internacional y judicial internacional, aunque ésta no siempre es eficaz, en virtud de que quedan sujetas a situaciones meta-jurídicas, como la relación bilateral o multilateral de los Estados, quedando latente la posibilidad de que las conductas altamente reprochables y que representan una dañosidad relevante, queden impunes.

Así también, hay supuestos en los que la forma clara y contundente de la sanción en el plano interno es imposible; situación que se presenta cuando los hechos incriminadores de la responsabilidad penal internacional de los individuos quedan fuera de las posibilidades de actuación de las jurisdicciones nacionales afectadas, o representan un importante desafío a la integridad de las estructuras estatales, especialmente en aquellos casos en los que éstas se encuentran debilitadas por conflictos internos o está en entredicho la legitimidad o imparcialidad de las instituciones, como ha sucedido a lo largo de los sesenta últimos años en los que se cometieron crímenes al amparo de las estructuras estatales.

Por todo lo antes señalado es que resulta necesaria la existencia de una instancia de jurisdicción internacional penal que permita asegurar la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo cuando los cauces locales o internos resulten insuficientes o ineficaces. Es así que la presencia de una jurisdicción penal internacional con carácter complementario es idónea y necesaria para los mecanismos de sanción internos, ya que su objetivo es suplir la ausencia de capacidad de actuación o de voluntad política de los Estados y las jurisdicciones locales.

Si bien es cierto que representa una instancia de carácter complementario, también tiene una función reparadora, en la medida en que, cuando los sistemas internos se encuentran desarticulados o desestructurados no permiten establecer una responsabilidad internacional individual, por lo que se erige como un presupuesto necesario para el reestablecimiento de la paz social en el marco de los procesos de reconciliación nacional y reconstrucción de las instituciones estatales. Es así, que la existencia de una instancia jurisdiccional penal internacional, también reviste una función preventiva, ya que su simple existencia, con competencias efectivas para sancionar la responsabilidad penal del individuo, lleva aparejada en sí misma un indudable efecto disuasivo con relación a la violación de las normas penales internacionales, logrando con ello alcanzar la idea de justicia universalmente generalizada en los sistemas democráticos de derecho.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

En este capítulo, se aborda el desarrollo de la noción de jurisdicción complementaria, propuesta por la Comisión de Derecho Internacional y adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, dada la necesidad de reforzar el sistema de justicia penal a fin de evitar la impunidad. En ese entendido se hace referencia a las discusiones de fondo que tuvieron lugar en la Comisión de Derecho Internacional, en el Comité *ad hoc* establecido por la Asamblea General para revisar el proyecto propuesto por la Comisión y en el Comité preparatorio de las Naciones Unidas para la institución de una Corte Penal Internacional. El resultado alcanzado en Roma se obtuvo, ante todo, gracias al consenso entre los Estados que comprobaron que la comunidad internacional necesitaba de un organismo de jurisdicción internacional permanente, encargado de decidir sobre la responsabilidad individual por los crímenes de índole internacional. Pero este organismo debe permitir que la jurisdicción penal nacional competente ejerza sus funciones previamente a su intervención, y sólo intervenga en ausencia de tal jurisdicción, o si ésta es incapaz de evitar la impunidad.

En los últimos veinte años, la noción de jurisdicción ha sido una cuestión clave en numerosos debates sobre el derecho internacional humanitario. La razón es simple: en un mundo en el que el castigo de los crímenes internacionales es fundamental para el mantenimiento de la paz y la seguridad ¿Cómo conciliar las jurisdicciones penales internacionales con la jurisdicción de los tribunales nacionales en situaciones en las que ambos tienen competencia para tratar el mismo asunto?

Esta cuestión no se trató a profundidad hasta finales de los años ochenta, pues previamente los Estados aplicaban principios generales de jurisdicción penal para determinar qué tribunal nacional tenía competencia para procesar a una persona acusada de actos que constituían crímenes internacionalmente reconocidos. Pero, en 1989, la delegación de Trinidad y Tobago propuso a la Asamblea General de las Naciones Unidas la creación de una Corte Penal Internacional para combatir lo que consideraba uno de los crímenes internacionales más recientemente reconocidos: el tráfico de drogas. La propuesta, que no era nueva para las Naciones Unidas, se hacía eco del trabajo que habían realizado dos comités especiales, constituidos por la Asamblea General en 1951 y en 1953, a fin de elaborar proyectos de estatutos de tribunales penales internacionales.

La Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la preparación del nuevo proyecto de estatuto. Aunque no había muchas posibilidades de que esta Comisión lograra su objetivo, una serie de acontecimientos, que tuvieron lugar entre 1989 y 1992 favorecieron sus esfuerzos: el Consejo de Seguridad creó sendos tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, permitiendo así, por primera vez desde la II Guerra Mundial, que se investigara y se procesara, a nivel internacional, a personas acusadas de violaciones del derecho internacional humanitario.

En 1994, la Comisión presentó el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) a la Asamblea General, al mismo tiempo que elaboraba el borrador del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. La propuesta se basaba en precedentes internacionales, como eran los tribunales de Nuremberg y de Tokio, los proyectos de estatutos de 1951 y 1953, el proyecto de Estatuto de 1980 para la Creación de una Jurisdicción Penal Internacional para el cumplimiento de la Convención sobre el *apartheid* y los estatutos de los Tribunales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda.

El proyecto de Estatuto de la Corte fue analizado luego por un Comité Especial, establecido por la Asamblea General, a fin de revisar los aspectos de fondo y administrativos más importantes del texto. A pesar de que no logró el consenso suficiente para convocar a una conferencia de plenipotenciarios, el Comité consiguió que los Estados se familiarizaran con la idea de crear un tribunal penal internacional para procesar a los inculcados. Como evidenciaron los debates posteriores, los Estados eran reacios a aceptar la constitución de un órgano judicial internacional completamente independiente, que pudiera pronunciarse sobre la responsabilidad individual por crímenes internacionales. Muchos veían en esa noción una eventual pérdida de su soberanía nacional.

Las deliberaciones del Comité Especial culminaron en 1996, con la decisión de establecer un Comité Preparatorio, cuya tarea sería examinar el proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, tomando en cuenta las diferentes opiniones, las observaciones realizadas por el Comité Especial y los comentarios escritos que remitieron los Estados y las organizaciones internacionales. Al abordar estas diversas cuestiones, el Comité elaboró una lista de temas, en la que incluyó uno titulado *Complementariedad y mecanismo de activación*. La idea era debatir la relación de la corte internacional propuesta con los sistemas nacionales.

Cuando remitió su informe final, en 1998, el Comité propuso una nueva versión del proyecto de Estatuto, que luego se analizó en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Se volvió a debatir la cuestión de la complementariedad, pero ningún grupo de trabajo la incluyó específicamente en su orden del día, por lo cual se dejó para que la estudiara el Comité Plenario. El concepto se aceptó finalmente, tal y como lo había propuesto el Comité Preparatorio y se insertó explícitamente en el preámbulo y en los artículos 1, 17, 18 y 19 del Estatuto, aunque concierne, naturalmente, a toda la estructura y el funcionamiento de la Corte.

I. JURISDICCIÓN COMPLEMENTARIA

A fin de solucionar el problema de la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional, el Consejo de Seguridad, cuando instituyó el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y el correspondiente para Ruanda, decidió investir a ambos órganos de lo que se llamó una “jurisdicción concurrente”¹, acompañada de una “cláusula de primacía”.

La experiencia de los dos tribunales internacionales *ad hoc* contribuyó a que se profundizara la noción de jurisdicción. La primacía que se concedió a estos tribunales dio lugar a muchas controversias, pues los Estados opinaban que estaban perdiendo su soberanía nacional, por tal motivo fue necesario establecer un nuevo tipo de relación para preservar la soberanía de los Estados, sin alterar el objetivo de reducir la impunidad. Así, se consideró que la Corte Internacional, en lugar de tener primacía sobre los tribunales nacionales, sería complementaria de éstos y sólo intervendría cuando no se dispone de una jurisdicción penal nacional para realizar sus tareas, o ésta es incapaz de hacerlo.

¹ Hay que tener en cuenta que el concepto de jurisdicción concurrente se ha aplicado, durante muchos años a las relaciones entre Estados. Para más detalles, véase Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Londres 4a ed., Clarendon Press, 1995, p. 317 y ss.

Según el concepto de jurisdicción complementaria, la Corte Penal Internacional tendría competencia para investigar y enjuiciar un asunto siempre y cuando un Estado no reivindique su jurisdicción. Los Estados siguen teniendo el papel principal, pero si no lo asumen o consideran que es imposible hacerlo, no muestran interés en el asunto o actúan de mala fe; la Corte se hará cargo de esa función para garantizar que se haga justicia. Está concebida, en particular, para intervenir en asuntos en los que no hay perspectiva de que los criminales internacionales sean debidamente procesados por tribunales nacionales. Se subraya que la Corte es un órgano que complementará las jurisdicciones nacionales existentes, así como los procedimientos para la cooperación judicial internacional en asuntos penales y que no tiene por objeto excluir la competencia de los tribunales nacionales, ni menoscabar el derecho de los Estados a pedir la extradición. Es así que el concepto de jurisdicción complementaria propuesto por la Comisión de Derecho Internacional superó todas las etapas del proceso de negociación, hasta que fue finalmente aceptado e incorporado al Estatuto.

Al precisar la definición de complementariedad, el Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional contribuyó en la elaboración de un concepto ampliamente aceptado de jurisdicción nacional, señalando que éste²:

No se limitaba a la jurisdicción territorial, sino que comprendía también el ejercicio de la jurisdicción por los Estados competentes para ejercerla, de conformidad con los principios y acuerdos en vigor: así, respecto de la aplicación de la justicia militar, lo que importaba no era el Estado en cuyo territorio se cometía el presunto crimen, sino aquel cuyos militares participaban en los hechos. Había que tener en cuenta también los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre extradición para determinar qué Estado tenía un firme interés en la cuestión y debía, por consiguiente, ejercer la jurisdicción.

² *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50º período de sesiones, suplemento no 22 (A/50/22), ONU, Nueva York, párr. 39

Una vez que se definió claramente el concepto, se pudo pasar a determinar las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional, prestando especial atención a la índole de las excepciones, al ejercicio de la jurisdicción nacional, a la designación de la autoridad competente para decidir acerca de esas excepciones y a los requisitos de oportunidad.

La noción de jurisdicción complementaria es bastante reciente. Deriva de la importancia creciente que ha cobrado la relación entre los Estados y las organizaciones internacionales, puesto que la función que desempeñan esas entidades internacionales, diferentes de los Estados, ha forjado una nueva concepción del sistema internacional y de la distribución de derechos, responsabilidades y tareas. No es fácil anticipar cómo evolucionará la noción de jurisdicción complementaria en las legislaciones nacionales. Por lo general, los sistemas jurídicos internos poseen unas estructuras jerárquicas dentro de las cuales los órganos judiciales tienen un ámbito de acción más o menos definido; es difícil imaginar un órgano judicial que no cumpla sus funciones y que resuelva el asunto por una jurisdicción sustituta. A nivel interestatal, la tendencia predominante parece favorecer la jurisdicción concurrente, más bien que la complementaria.

Es cierto que, al tiempo que se toma cada vez más conciencia de la gravedad de ciertas conductas, no sólo en los foros nacionales, sino también en la comunidad internacional, los Estados se han percatado de que, en ciertas circunstancias, sus aparatos nacionales o su legislación interna son insuficientes para juzgar crímenes que socavan los principios más elementales de humanidad. A fin de preservar el ideal de justicia, pero sobre todo de evitar la impunidad, los Estados han acabado, en consecuencia, por aceptar el hecho de que sus sistemas necesitan nuevos mecanismos para remediar sus imperfecciones. Así pues, la idea de una jurisdicción internacional se considera una manera de reforzar los esfuerzos contra la impunidad, tratando siempre de preservar el ideal de justicia.

La creación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia muestra que, finalmente, algunos Estados estaban dispuestos a aceptar un órgano judicial internacional autorizado a intervenir en asuntos penales, en particular en aquellos que, por su gravedad, tienen un impacto internacional. Sin embargo, como se verá más adelante, la relación con una corte penal internacional permanente no se entendió de la misma manera, pues muchos Estados argumentaron que la primacía de los tribunales *ad hoc* se debía a su vínculo especial con el Consejo de Seguridad, lo que no era el caso de la Corte Penal Internacional, pues el proyecto era instituir la mediante un tratado. La idea de jurisdicción complementaria les pareció una buena transacción a los Estados que temían una limitación a su soberanía.

II. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA DEFINICIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE

1. *El problema principal: la amenaza a la soberanía*

La Comisión comprendió con claridad que cualquier propuesta sobre la creación de una corte internacional debía tener en cuenta la resistencia que ofrecerían los Estados. Se debían evitar dos problemas: 1) que la Corte no menoscabara la soberanía de los Estados; 2) que los mecanismos que se adoptaran no amenazaran los esfuerzos que se realizaban en el ámbito de los sistemas nacionales, a fin de promulgar leyes adecuadas para castigar los crímenes internacionales bajo jurisdicción universal³. Efectivamente, las delegaciones de los Estados debatieron estos dos problemas en el Comité Preparatorio. Por ejemplo, al analizar la importancia de la Corte y su relación con los tribunales nacionales, algunas delegaciones hicieron clara referencia, por primera vez, a uno de los principales objetivos de la Corte. Se sostuvo que, si bien

³ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, ONU, Nueva York, 1990, vol. I, párrafos 118-119.

las autoridades nacionales eran las principales responsables del enjuiciamiento de los crímenes, cuya lista figura en el Estatuto, se necesitaba un tribunal internacional para evitar la impunidad, aunque se era consciente de que la Corte solamente debía intervenir en los casos en que la solución a nivel nacional no fuera satisfactoria⁴. Esta declaración está muy lejos de ser trivial; pone exactamente de manifiesto la situación con que iban a enfrentarse los Estados en la Conferencia de Plenipotenciarios: ¿Estaban dispuestos a preservar la soberanía a cualquier precio, incluso corriendo el riesgo de admitir la impunidad por crímenes graves contra los derechos humanos y el derecho internacional?

Cabe señalar que la Comisión misma estaba convencida de la necesidad de crear una Corte Penal Internacional. En su informe, se abordaron, por ejemplo, las objeciones que formulaban algunos Estados al establecimiento de la Corte. Una de ellas era la de que el sistema internacional de diligencias judiciales en vigor, basado en la norma de la jurisdicción universal había funcionado relativamente bien y que el establecimiento de la Corte podía restringir y dificultar la efectiva aplicación de esa norma. En su respuesta, la Comisión hizo notar la carga que el sistema de jurisdicción universal imponía a los Estados, aduciendo que, en ciertas circunstancias, podía llevar a la impunidad debido a presiones externas o internas (chantajes, ataques terroristas, etc.), y, por ende, implicaba el riesgo de que el resultado del juicio no fuera equitativo⁵.

2. Las propuestas de la Comisión de Derecho Internacional

La Comisión propuso tres posibilidades a la Asamblea General: 1) un tribunal penal internacional con jurisdicción exclusiva, es decir, que los Estados deberían abstenerse de ejercer jurisdicción sobre los crímenes que fueran de la competencia de la Corte; 2) una jurisdicción concurrente del tribunal penal

⁴ *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal internacional*, A/CONF.183/2/Add.1, ONU, Nueva York, 1997 párr. 157.

⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Penal, *op. cit.* nota 64, parte 1, párr. 7.

internacional con los tribunales nacionales; y 3) un tribunal penal internacional que sólo tuviera atribuida competencia de segunda instancia, que le permitiría revisar las decisiones de los tribunales nacionales relativas a crímenes internacionales⁶.

La Comisión consideró que la segunda propuesta presentaba algunas desventajas, pues contradecía la uniformidad de aplicación. Además, estimó que sería problemática la eventual situación en la que una parte quisiera iniciar una acción ante un tribunal nacional y otra, ante el internacional. No obstante, el relator especial Thiam, que había preparado un proyecto anterior de estatuto para la corte penal internacional⁷, y la Comisión, consideraron que la posibilidad de una jurisdicción concurrente era satisfactoria y representaba una buena avenencia. En realidad, sin hacer referencia explícita al concepto de jurisdicción complementaria, la Comisión indicó que, en los casos en que las jurisdicciones nacional e internacional fueran concurrentes, se daría preferencia a los tribunales nacionales, y la Corte Internacional tendría jurisdicción sólo si los Estados competentes decidieran no investigar⁸.

Esta solución fue controvertida dentro de la Comisión, especialmente para quienes la veían como una fuente de conflictos de jurisdicción que podían dar lugar a parálisis e injusticia. Algunos miembros apoyaron, pues, la idea de que la Corte tuviera jurisdicción exclusiva, lo que eliminaría los posibles conflictos de jurisdicción entre este órgano y los tribunales nacionales. En este contexto, es importante señalar que algunos miembros de la Comisión subrayaron que el

⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Penal, *op. cit.*, nota 64, vol. II, parte 2, párr. 130.

⁷ En este primer proyecto de Estatuto, el relator especial proponía el texto siguiente:

1. La Corte procesará a individuos acusados de los crímenes definidos (...) respecto de los cuales el (o los) Estado(s) en el/los que se presume que se ha cometido el crimen le haya(n) otorgado jurisdicción. 2. Se requerirá la cesión de jurisdicción (...) sólo si esos Estados también tienen jurisdicción, según la legislación nacional, sobre esos individuos.” En los comentarios a estas propuestas, se sostiene que: “En este caso también, el relator especial ha tomado en cuenta los comentarios de los miembros de la Comisión que expresaron su preocupación de que debería respetarse la jurisdicción penal de los Estados.

⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Penal, ONU, Nueva York, 1991, vol. II, parte 1, párrafos. 38-41.

principio de soberanía ya no se consideraba absoluto, como en el derecho internacional tradicional⁹.

Siguiendo una propuesta presentada por el relator especial, la Comisión también propuso una fusión de las opciones 1) y 2), según los tipos de crímenes que se debiera investigar: para algunos, la Corte tendría jurisdicción exclusiva y para otros, jurisdicción concurrente¹⁰. El problema que implicaba esta propuesta era la confección de la lista de crímenes que corresponderían a cada tipo de jurisdicción, pues las opiniones al respecto eran muy diferentes.¹¹

La tercera opción, según la cual la Corte Penal Internacional estaría autorizada a efectuar exámenes judiciales, también tuvo algunos defensores, quienes argumentaron que esa solución abordaba el problema de uniformidad ya señalado, por lo que estaban a favor de la jurisdicción exclusiva. Según su opinión, esta alternativa “tendría también una función preventiva en la medida en que induciría a los tribunales nacionales a ser más prudentes y más atentos en la aplicación de las normas del derecho internacional”¹², y los Estados podrían aceptarla, teniendo en cuenta los sistemas similares que existen en todos los mecanismos procesales en el derecho internacional de los derechos humanos. De todos modos, se llegó a la conclusión de que esta opción no era realista¹³.

3. El punto de partida del proyecto de Estatuto propuesto por la Comisión de Derecho Internacional

En la resolución 47/33 del 25 de noviembre de 1992, la Asamblea General solicitó a la Comisión que elaborara un proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional como órgano judicial permanente. El Grupo de Trabajo que se

⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Penal, *op. cit.* nota 69, vol. II, parte 2, párr. 114. y 115.

¹⁰ *Íbidem*, parte 1, párr. 41.

¹¹ *Íbidem*, parte 1, párr. 42.

¹² *Íbidem*, parte 1, párr. 116.

¹³ *Íbidem*, parte 1, párr. 57.

conformó a tal efecto en la Comisión presentó su primer informe en 1993¹⁴. En el primer proyecto formal, el Grupo de Trabajo adoptó el principio de jurisdicción complementaria, añadiendo la condición de que la Corte no pudiera ejercer su jurisdicción, a menos que todos los Estados que pudieran tener competencia dieran su consentimiento. En un comentario al artículo 24 del proyecto, el Grupo de Trabajo indicó qué Estados concurrentes deberán consentir en que la Corte tenga jurisdicción: a) Todo Estado que tenga jurisdicción según el tratado correspondiente; b) Los Estados que sean Partes en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, c) El Estado del que sea nacional la persona acusada del crimen (el Estado nacional); y d) El Estado en cuyo territorio se haya cometido el acto en cuestión (el Estado territorial).

El Grupo de Trabajo propuso asimismo que la Corte tuviera jurisdicción exclusiva cuando el Consejo de Seguridad le atribuyera un asunto. En tal caso, ningún Estado podía reivindicar válidamente su jurisdicción sobre la de la Corte. Esta propuesta del Grupo de Trabajo provocó reacciones inmediatas por parte de la Sexta Comisión de la Asamblea General y de los Estados, que sostuvieron que las disposiciones creaban una gran incertidumbre. El Grupo de Trabajo procedió a revisar el proyecto de Estatuto y presentó una versión final en 1994. En esa ocasión, la Comisión de Derecho Internacional declaró que el Estatuto se había redactado teniendo en cuenta “el hecho de que el sistema del tribunal debe concebirse como complementario de los sistemas nacionales que funcionan sobre la base de los mecanismos existentes de cooperación internacional y asistencia judicial (...)”¹⁵. La Comisión proponía que la Corte interviniera en casos en que no había perspectiva de que un presunto criminal fuera procesado por tribunales nacionales. Por eso se hizo hincapié en la idea de que ese Tribunal actuaría como un órgano que complementaría las jurisdicciones nacionales y los procedimientos existentes para la cooperación judicial internacional. Por lo tanto, no se pretendía

¹⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, ONU, Nueva York, 1993, vol. II, parte 2, Anexo.

¹⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, ONU, Nueva York, 1994, vol. II, parte 2, párr. 81.

excluir la jurisdicción vigente de los tribunales nacionales, ni tampoco socavar el derecho de los Estados a pedir extradiciones.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Comisión propuso un grupo de artículos para delimitar y hacer posible la índole complementaria de la jurisdicción de la Corte. Los artículos 20, 25, 27, 34 y 35 del proyecto, entre otros, establecieron los requisitos básicos para que la Corte ejerciera jurisdicción. Según la Comisión, “a través de la combinación de una jurisdicción definida, requisitos claros de aceptación de esta jurisdicción y controles, basados en principios, del ejercicio de la jurisdicción. El Estatuto se propone garantizar, según se expresa en el preámbulo, que la Corte sea complementaria de los sistemas de justicia penal nacionales en los casos en que no se disponga de procedimientos de enjuiciamiento establecidos por éstos o sean ineficaces”¹⁶.

Estos últimos comentarios de la Comisión se convirtieron en la definición aceptada del concepto de jurisdicción complementaria. Más tarde, este concepto fue adoptado por el Comité Especial y por el Comité Preparatorio y, sin duda, impregnó el texto del Estatuto, tal como fue aprobado en la Conferencia de Roma. No obstante, el concepto no estuvo exento de críticas, por lo que, tanto el Comité Especial, como el Comité Preparatorio se vieron obligados a perfeccionarlo, reconociendo tácitamente que cualquier decisión sobre la jurisdicción de la Corte determinaría todo su funcionamiento.

III. LA JURISDICCIÓN COMPLEMENTARIA COMO SOLUCIÓN

A pesar de que la Comisión de Derecho Internacional logró elaborar el proyecto de Estatuto en un lapso de tiempo relativamente corto, tomando en cuenta las observaciones que los miembros de la Comisión y los Estados formularon por escrito y en el seno de la sexta Comisión de la Asamblea General, no consiguió que ese texto plasmara un acuerdo ampliamente concertado. Las

¹⁶ Anuario, *op. cit.* nota 75, parte 2, Anexo, p. 37.

implicancias de la creación de un órgano judicial internacional aún causaban muchas preocupaciones.

Por ello, y a pesar de que "la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que convocara una conferencia internacional de plenipotenciarios para que estudiara el proyecto de estatuto y celebrara una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional"¹⁷, la Asamblea General creó un Comité Especial para que revisara el proyecto. Aunque, tras dos años de trabajo, el Comité no logró el consenso suficiente para convocar una conferencia internacional; los debates que tuvieron lugar en ese contexto permitieron a los Estados analizar con mayor detalle diversos aspectos que no habían sido objeto de las necesarias consideraciones o deliberaciones. La Oficina del Comité propuso que se debatiera, en primer lugar, el concepto de complementariedad.¹⁸

Efectivamente, el Comité Especial analizó a profundidad ese concepto y evaluó las implicancias de que una Corte fuera complementaria de los tribunales nacionales. En su informe a la Asamblea General, en el año 1995, el Comité trató de determinar el marco teórico necesario en el que debería entenderse el concepto de complementariedad. Es muy posible que la intención fuera brindar a los Estados los suficientes elementos de juicio para apreciar las ventajas de un sistema de jurisdicción de esas características.

Como se había evidenciado la posibilidad de lograr cierto acuerdo para fijar los términos del Estatuto de la Corte Internacional, y en vista del "...valor educativo que había tenido el trabajo del Comité Especial..."¹⁹ la Asamblea General decidió constituir un Comité Preparatorio para analizar el proyecto de

¹⁷ Anuario, *op. cit.* nota 76, párr. 90.

¹⁸ Recomendaciones de la Oficina sobre el trabajo del Comité Especial durante el período 14-25 de agosto de 1995, Documento no oficial no 5/Rev.2.

¹⁹ Cherif Bassiouni, "Observations concerning the 1997-98 Preparatory Committee's work", *Nouvelles Etudes Penales – The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications*, no 13, 1997, p. 9.

Estatuto preparado por la Comisión y los comentarios de los Estados, a fin de facilitar la tarea de la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios.

Aunque durante los doce primeros meses de trabajo se tenían dudas sobre la eficacia del Comité, sobre todo acerca de su capacidad para alcanzar un acuerdo sobre un texto antes de la fecha límite, éste logró terminar su labor y presentó el informe final en abril de 1998, en el que se incluía el proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional, el proyecto del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, el proyecto de Normas de Procedimiento para la Conferencia y el proyecto de organización del trabajo en la conferencia.

A pesar de los múltiples obstáculos que debió afrontar en su primer año de trabajo, el Comité logró analizar en detalle el tema de la complementariedad y de sus consecuencias para el Estatuto en cuanto al contenido y a los procedimientos.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Comité Especial subrayó que ni la Comisión de Derecho Internacional, ni el Comité mismo proponían que con la instauración de la Corte se reemplazara a los tribunales nacionales en los procedimientos penales. Sin embargo, comprendió el temor manifestado por los Estados de que una definición abstracta sembrara la confusión y no permitiera que la Corte funcionara correctamente. Se consideró oportuno que “hubiera una interpretación común de las repercusiones prácticas que dicho principio tendría sobre el funcionamiento de la Corte Penal

Internacional”²⁰. Según algunos Estados, el concepto deberá resaltar la presunción de que las jurisdicciones nacionales tendrían primacía sobre la corte propuesta²¹.

Otros, en cambio, consideraron que debía prevalecer la idea de una jurisdicción concurrente, acompañada de una disposición de primacía en favor de la Corte Internacional²².

Se destacó también, que la Comisión de Derecho Internacional no estaba intentando establecer una jerarquía entre la Corte Internacional y los tribunales nacionales. Por ende, aunque la Corte determinara que una decisión de un tribunal nacional no está bien fundada, esa determinación no podría ni debería entenderse como una facultad fiscalizadora de un tribunal superior. El objetivo tácito era evitar una situación en la que un criminal fuera protegido por un Estado para impedir su enjuiciamiento o una pena mayor. Otra situación en la que se pensaba que la Corte Internacional podría intervenir se presentaría en el caso de que las autoridades nacionales no tomaran ninguna medida, sin motivos bien fundados, tras la comisión de un crimen²³.

Una observación importante puso en relieve la necesidad de salvaguardar la primacía de las jurisdicciones nacionales garantizando, a la vez, que la jurisdicción de la Corte Internacional no se convirtiera en meramente residual. Esta observación era muy pertinente y debería entenderse como una advertencia: es

²⁰ *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50o período de sesiones, Suplemento no 22 (A/50/22), ONU, Nueva York, par. 30.

²¹ Las delegaciones que apoyaron esta posición argumentaron que los sistemas nacionales brindaban las siguientes ventajas: “a) todos los participantes estarían operando dentro del contexto de un sistema jurídico establecido, con inclusión de los acuerdos bilaterales y multilaterales en vigor; b) el derecho aplicable estaría mejor definido y más desarrollado; c) las actuaciones serían menos complicadas, debido a que estarían apoyadas en precedentes y normas conocidos; d) el procesamiento y la defensa serían, probablemente, menos costosos; e) habría usualmente mayor disponibilidad de pruebas y testigos; f) se reducirían al mínimo los problemas de idiomas; g) los tribunales nacionales aplicarían medios establecidos de obtener pruebas y testimonios, incluida la aplicación de normas relativas al perjurio; y h) las penas estarían definidas con precisión y se podrían hacer cumplir de inmediato (...)”, *Ibidem*, párr. 31.

²² *Ibidem*, párr. 32.

²³ *Ibidem*, párr. 45.

cierto que la soberanía de los Estados debe preservarse, pero ¿Para qué serviría crear un órgano internacional cuyo ámbito de acción fuera tan limitado que no tuviera nunca la oportunidad de intervenir? Recuérdese que, la idea de establecer una corte penal internacional se basaba en un ideal de justicia y en la convicción de que, ante crímenes atroces que afectan a la comunidad internacional, la impunidad es inaceptable. Ahora bien, si todos los sistemas nacionales fueran efectivos, eficaces y justos, y tuvieran la capacidad de juzgar tales crímenes, no se necesitaría ninguna corte internacional. Sin embargo, algunos miembros de la comunidad internacional estimaron que ése no era el caso. La advertencia no era, pues, superflua; al contrario, venía a recordar que los Estados consideraban que, de algún modo, era necesario disponer de un órgano internacional semejante y que se debían tomar las medidas oportunas para ello. Esta consideración no altera el hecho de que se necesite una mayor clarificación y de que se deben tener en cuenta otras cuestiones conexas²⁴.

1. La índole excepcional de la jurisdicción de la Corte

El Comité Especial, así como el Comité Preparatorio, reiteraron que la complementariedad debería entenderse en el marco de la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción de una corte penal internacional, y que ésta debe considerarse como excepcional²⁵. Se señaló que, dados los escasos recursos de que dispondría la corte propuesta, sería mejor evitar someterle asuntos que los tribunales nacionales podían tratar sin dificultad. Una mejor justificación de este argumento sería que, en derecho internacional, se considera que el ejercicio del poder de control y el derecho penal incumben al Estado y que, por consiguiente, la jurisdicción de la Corte debería considerarse como una excepción a las prerrogativas del Estado²⁶. Respaldó esta idea la opinión de

²⁴ El Comité mencionó las cuestiones de la cooperación judicial internacional, la entrega, la extradición, la detención, el encarcelamiento, el reconocimiento de las decisiones y el derecho aplicable.

²⁵ *Íbidem*, vol. I, párr. 154.

²⁶ *Íbidem*, párr. 155.

algunos Estados de que el establecimiento de la Corte no disminuía ni reemplazaba, tampoco debía hacerlo, la obligación de los Estados de enjuiciar y castigar a los sospechosos de haber cometido crímenes internacionales²⁷. Según esta opinión, ésa sigue siendo una obligación de todos los Estados, pues esos crímenes afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Pero esta aseveración no debería entenderse como el otorgamiento de un carácter absoluto a las jurisdicciones nacionales, porque ello obligaría a definir la jurisdicción de la Corte en función de lo que no puede hacer, en lugar de lo que sí puede hacer. Por ello, se propuso incluir un artículo específico en el texto del proyecto²⁸. La misma propuesta se presentó al Comité Especial, pero no obtuvo el apoyo suficiente. La situación fue diferente en el Comité Preparatorio, donde finalmente se aceptó²⁹.

Según el Comité Preparatorio, las excepciones que autorizarían la intervención de la Corte debían deducirse del preámbulo del proyecto, en el que se hacía referencia a casos en los que los procedimientos de enjuiciamiento dentro de los sistemas nacionales de justicia penal “no existan o no sean eficaces”³⁰. Los Estados estimaron que las expresiones de “no existieran” y “no fueran eficaces” no eran demasiado claras y que, por lo tanto, podían dar lugar a dudas sobre los criterios que justificaban tal determinación. En el Comité Especial, se hizo referencia al motivo que impulsaba a la CDI a emplear dichas expresiones, en el sentido de que la Comisión “suponía que la corte penal internacional sólo intervendría en los casos en que no existieran perspectivas de que los presuntos responsables de delitos graves fueran debidamente enjuiciados por los tribunales nacionales”³¹. Se excluiría su intervención en caso de que los tribunales nacionales tomaran decisiones de absolver, condenar o no procesar a esos criminales, a menos que la Corte estuviera convencida de que tales decisiones no están bien fundadas.

²⁷ *Íbidem*, párr. 156.

²⁸ *Íbidem*, párr. 161.

²⁹ *Íbidem*, p. 10.

³⁰ *Íbidem*, p.9.

³¹ *Íbidem*, párr. 42.

Si bien puede parecer que se trata de un asunto meramente terminológico, las expresiones “no existan” y “no sean eficaces”, tal como se empleaban en el proyecto de Estatuto, o la frase “no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”, que figura en el artículo 17.1 (b) del Estatuto de Roma, pueden ser fuente de ambigüedades hasta que la Corte determine los criterios que se aplicarán. Las disposiciones de los artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto de Roma no ayudan mucho a clarificar las expresiones mencionadas. Al contrario, al referirse a otras nociones subjetivas, complican aún más el problema³². Se consideró asimismo que otra excepción al ejercicio de la jurisdicción nacional era el caso de un Estado que voluntariamente desistiera o renunciara a su jurisdicción en favor de la Corte. Aunque algunos Estados criticaron esta idea, argumentando que no parecía compatible con el concepto de complementariedad, pareció una consecuencia lógica de ese concepto: la corte internacional sólo debía intervenir en una situación de falta de la jurisdicción nacional competente. Por lo tanto, si el Estado competente determina, por la razón que sea, que no ejercerá su derecho de jurisdicción, podrá desistir de este ejercicio y se abrirán las puertas para que la CPI intervenga a fin de evitar la impunidad.

Por último, se estableció que estas excepciones a la jurisdicción nacional deberían considerarse antes, incluso, de que el fiscal de la Corte incoe una investigación, argumentando que ésta podría obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción nacional. Además, si un caso estaba siendo investigado o estaba pendiente en un tribunal nacional, la corte internacional debería declinar temporalmente su competencia, aunque podría reanudar su investigación si el Estado competente desistía de llevar a cabo la suya o si se hubiera determinado alguna de las circunstancias excepcionales antes mencionadas.³³

³² Los párrafos 2 y 3 del art. 17 se refieren a los criterios que la Corte debería aplicar para decidir la admisibilidad de una causa. Se mencionan los procedimientos que se adoptan con el propósito de sustraer a una persona de su responsabilidad penal, las “demoras injustificadas” en el juicio y una actuación que es “incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”.

³³ Informe del Comité Especial, *op. cit.*, nota 81, párr. 51.

2. Criterios para establecer la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional.

Luego de que se determinaron las posibles situaciones en las que la Corte estaría autorizada a intervenir, el Comité Especial y el Comité Preparatorio tomaron posiciones opuestas respecto de qué órgano debería decidir si se daban o no las circunstancias excepcionales antes mencionadas. Algunos consideraron que se debía seguir la norma adoptada en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia y sostuvieron que ese poder debía concederse a la Corte misma. Se hizo también referencia al artículo 24 del proyecto, en el que se estableció que "... (I) La Corte apreciará su propia competencia en todo asunto que se le someta...". Dado que se trata de los poderes de un órgano judicial, corresponde por lo tanto a la Corte, determinar si puede iniciar una investigación o no. Por otro lado, algunas delegaciones se opusieron a esta propuesta, pues consideraron que el precedente fijado por el Tribunal *ad hoc* no era representativo de la opinión actual de los Estados, sino que era el producto de circunstancias muy especiales, por consiguiente, se propuso definir criterios que se aplicarían a las diversas situaciones que pudieran presentarse.

Se tuvieron en cuenta tres posibilidades para solucionar esas cuestiones: a) la Corte ejercería su competencia sólo con el consentimiento de los Estados competentes para investigar; b) la Corte determinaría su propia competencia según una serie de criterios expresamente enunciados en el Estatuto; y c) la Corte tendría la libertad de establecer su propia competencia según parámetros flexibles³⁴. Las delegaciones consideraron que las dos últimas opciones eran problemáticas, porque no requerían el consentimiento de los Estados para iniciar una investigación, lo que no estaban dispuestas a aceptar. Así pues, consideró necesario estudiar en profundidad las consecuencias de un rechazo de la competencia de la Corte por parte de un Estado³⁵.

³⁴ *Íbidem*, párr. 162.

³⁵ *Íbidem*, párr. 163.

3. Admisibilidad, non bis in idem y cooperación judicial

A. Admisibilidad

La Comisión consideró que, en el proyecto de Estatuto que había presentado, se daba una expresión operacional al principio de complementariedad, especialmente en el artículo 35, que se refiere a la admisibilidad. En este sentido, el Comité Preparatorio estimó que las situaciones en las que la Corte debería declarar inadmisibile una demanda eran más numerosas que las previstas por la CD³⁶. Sólo los Estados interesados³⁷ podrían plantear cuestiones de inadmisibilidad y, según el Comité, deberían hacerlo antes de que comience el juicio o, a más tardar, al inicio de éste³⁸.

B. El principio de non bis in idem

El Comité Preparatorio tuvo asimismo en cuenta la importancia del principio de *non bis in idem* al definir la noción de complementariedad. La prohibición de enjuiciar a una persona por un crimen por el cual ya ha sido juzgada, por el mismo, o por otro órgano judicial, tiene considerables consecuencias por lo que concierne a la jurisdicción de la Corte, dado que puede impedir una aplicación efectiva de la justicia: un tribunal nacional puede querer proteger a un acusado de una pena más severa, imponiéndole una sanción más leve e impidiendo así que la Corte inicie cualquier tipo de acción. En consecuencia, el Comité determinó que el principio de *non bis in idem* no debía interpretarse de tal modo que permita a los delincuentes eludir toda acción judicial³⁹. Al mismo tiempo, se consideró que la Corte no debía tener el poder de revisar las decisiones tomadas por los tribunales nacionales. Por consiguiente, el Comité decidió, y así lo expresó en su propuesta de abril de 1998, que el principio de *non bis in idem* no sería aplicable a la Corte Penal Internacional cuando las diligencias realizadas por el tribunal nacional

³⁶ *Íbidem*, párr. 164.

³⁷ El concepto de "Estado interesado" remite a: el Estado del que el acusado es nacional, el Estado o los Estados de los que la víctima o las víctimas son nacionales, el Estado que tiene la custodia del acusado, el Estado en cuyo territorio se ha cometido el supuesto crimen (Estado del *locus delicti*) o cualquier otro Estado que pudiera ejercer jurisdicción respecto del delito del que se trate; *Ibid.*, párr. 167.

³⁸ *Íbidem*, párr. 168.

³⁹ *Íbidem*, párr. 170.

tuvieran el propósito de proteger al acusado de su responsabilidad penal, no se hayan efectuado de forma independiente e imparcial o no se hayan llevado a cabo de manera coherente con la intención de someter a una persona a la justicia⁴⁰.

C. Complementariedad y cooperación judicial

Según el artículo 53 del proyecto, relativo al traslado y la extradición de los inculcados, podía surgir algún problema en caso de que haya solicitudes de la Corte (traslado) y de un Estado (extradición) que se disputan la competencia. A fin de solucionarlo, el Comité presentó tres opciones para el artículo 87, párrafo 6⁴¹.

Por ejemplo, un Estado puede solicitar la comparecencia de una persona por un crimen común, y la Corte puede hacerlo por un crimen internacional. ¿Qué jurisdicción tiene prioridad? ¿El Estado al que se solicita la extradición debería satisfacer la demanda del Estado solicitante, si existe una obligación convencional de hacerlo, o debe entregar al inculcado a la Corte? Algunos Estados argumentaron que darle prioridad a ésta sería contrario al principio de complementariedad, pues se haría prevalecer la jurisdicción internacional sobre la nacional. Cabe hacer dos observaciones a este respecto: en primer lugar, se debe tomar en consideración el impacto relativo que tienen los crímenes según las leyes nacionales, en comparación con los crímenes internacionales, cuya gravedad conmociona a la comunidad internacional y que están considerados de lesa humanidad. Parece, pues, apropiado que se dé prioridad al procesamiento de conductas que atentan contra la humanidad, frente a conductas que, por terribles que sean, es difícil que alcancen el nivel de gravedad de un crimen internacional. En segundo lugar, se debería evitar toda confusión cuando se habla de solicitudes competidoras en un marco de jurisdicción complementaria. Si un tribunal se declara competente para enjuiciar a una persona inculpada de crímenes internacionales, la jurisdicción de la CPI tendría que ceder la precedencia a ese tribunal.

⁴⁰ *Íbidem*, p. 45.

⁴¹ *Íbidem*, pp. 135-136.

V. EL RESULTADO DE UNA HISTORIA DE CINCUENTA AÑOS: EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El trabajo del Comité Especial fue sin duda de fundamental importancia para la aceptación de la Corte Penal Internacional. Permitted que los Estados analizaran de manera más detallada una idea que se había ido abriendo paso durante más de cincuenta años, sin embargo, una serie de acontecimientos que tuvieron lugar en los años noventa hicieron que los Estados reconocieran, quizá por primera vez, la necesidad de crear un tribunal penal internacional, abriendo así el camino a una conferencia internacional, que se celebró tres años después. Efectivamente se logró sentar un nuevo precedente en el ámbito del derecho humanitario y de los tribunales penales internacionales pues⁴²:

Los esfuerzos que realizó el Comité Preparatorio allanaron el camino para la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, que se celebró en Roma, los meses de junio y julio de 1998. Al mismo tiempo, el producto final del arduo trabajo realizado por los tres órganos implicados, la Comisión de Derecho Internacional, el Comité Especial y el Comité Preparatorio, dio el tono de las deliberaciones en la Conferencia. El hecho de que se incluyera la cuestión de la complementariedad en el orden del día del Comité Plenario, en lugar de recomendarla a un comité específico, puede interpretarse como una señal de que se había alcanzado un consenso suficiente. En cambio, los detalles relativos a la aplicación de la complementariedad generaron más controversias. Pero, finalmente, esta noción se incorporó de manera imparcial en varias disposiciones del Estatuto.

⁴² Solera, Oscar, "Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 31 de marzo de 2002, número 845 pp.21, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList106/3C73D7B43A84CE8AC1256DE100694C58>

1. Definición de la noción de complementariedad en el Estatuto

Como se ha señalado, la complementariedad puede tomar diversas formas en los procedimientos de la Corte, e incluso en la fase de investigación realizada por el fiscal.

En primer lugar, la cuestión de la índole complementaria de la Corte se introdujo y se subrayó en el preámbulo⁴³, mismo que dice en la parte que interesa:

“...*Destacando que* la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales...”

Esta declaración está reforzada por los párrafos precedentes, que fijan los fundamentos de la complementariedad y cómo debe entenderse ésta, pues los crímenes internacionales conmueven la conciencia de la humanidad, amenazan la paz, la seguridad y el bienestar mundiales, y no deben quedar sin castigo; los Estados tienen la principal responsabilidad de tomar las medidas necesarias para evitar la impunidad; y una Corte Penal Internacional es necesaria en interés de las generaciones presentes y futuras, para protegerlas de los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto.

Siguiendo la propuesta que se había formulado en el proyecto elaborado por el Comité Preparatorio, en el artículo 1 del Estatuto, se establece la jurisdicción de la Corte: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional... La Corte será una institución permanente, estará facultada para

⁴³ El Comité Especial propuso dos opciones para reglamentar el concepto de complementariedad: según la primera, una mera referencia a este concepto en el preámbulo del Estatuto sería insuficiente y, por tanto, era necesario incorporar una disposición específica que diera más precisiones al respecto; se consideró que, de ese modo, se señalaba la importancia que se daba a este principio. Según la otra opción, el principio de complementariedad se podría explicar detalladamente en el preámbulo; las normas de interpretación que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados serían suficientes para determinar el contexto en el que se debía interpretar y aplicar el Estatuto en su conjunto. Informe del Comité Especial, *op. cit.*, nota 81, párrafos. 35-37

ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.”

A. Inicio de la investigación

Las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte están establecidas en el artículo 12, según el cual dicha competencia es automáticamente aceptada por los Estados que se hacen Partes en el Estatuto. Por tanto, para que la Corte ejerza su competencia, los siguientes Estados deben ser Partes en el Estatuto o haber aceptado su competencia de conformidad con el artículo 12.3: a) el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar el crimen y b) el Estado del que sea nacional el acusado.

Según el artículo 13, el procedimiento se inicia por tres mecanismos posibles: a) remisión del asunto por un Estado Parte; b) remisión por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; en ese caso, la Corte puede iniciar una investigación aunque el Estado del acusado y el del crimen no hayan aceptado su competencia y; c) una investigación ordenada por el fiscal por iniciativa propia.

A. Corte Penal Internacional y sus atribuciones investigadoras

La cuestión de la admisibilidad se plantea cuando la Corte examina la situación judicial de un inculcado a la luz de la jurisdicción nacional: si la Corte llega a la conclusión de que el asunto se ha remitido a un tribunal nacional, tiene que declararlo inadmisibile. Es interesante observar que las dudas expresadas por muchas delegaciones en cuanto a la posible subjetividad de la Corte cuando determine la falta de voluntad o de capacidad de un Estado para emprender una acción penal, hicieron que se definieran ciertos criterios que la Corte debe aplicar. Así, en el artículo 17 se estipulan los principales elementos que definen la relación entre la Corte y los tribunales nacionales, interpretando la jurisdicción de la Corte

por la vía negativa, es decir, estableciendo lo que *no* puede hacer, en lugar de lo que *sí* puede. Sin perjuicio de lo anterior, se fijan algunos criterios para la intervención de la Corte. Para que un caso sea declarado admisible, han de cumplirse cuatro condiciones, a saber:

- Que ningún Estado que tenga jurisdicción esté investigando o enjuiciando a la persona en cuestión por los mismos actos que constituyen el crimen internacional;
- Que ningún Estado que tenga jurisdicción haya decidido, tras haber investigado el asunto, incoar acciones penales;
- Que el inculpado no haya sido enjuiciado previamente por la conducta a que se refiere la denuncia;
- Que el caso sea de suficiente gravedad como para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Para algunos autores, estas condiciones deberían interpretarse en forma acumulativa⁴⁴, es decir, que han de cumplirse todas para que la Corte pueda intervenir. La primera condición se refiere a la situación en la que la Corte cede su jurisdicción en favor de los tribunales nacionales. La segunda tiene elementos de la primera: primacía de los tribunales nacionales, y de la tercera, que se refiere al principio de *non bis in idem*. La excepción que se incluye en el párrafo 17.1 (c) también está comprendida en el párrafo 17.2 (a). La cuarta condición se refiere a una intervención calificada de la Corte para evitar que se la considere un sustituto de los tribunales nacionales.

⁴⁴ Solera, Oscar, op. cit., nota 103, p. 28.

C. La determinación de falta de capacidad o de voluntad de un Estado

Las excepciones a esas condiciones son probablemente más problemáticas. Afirmar que un Estado está actuando de mala fe o que carece de capacidad o de voluntad para iniciar acciones penales es indudablemente una acusación seria. Si tal situación se presenta alguna vez en la práctica, no cabe duda de que ocasionará controversias. El Estatuto prevé tres tipos de conductas de un Estado que pueden inducir a la Corte a determinar que dicho Estado no tiene disposición para iniciar acciones penales: a) cuando se haya instruido el proceso con el propósito de sustraer a la persona en cuestión de su responsabilidad penal; b) cuando se considere una demora injustificada incompatible con un esfuerzo genuino por hacer comparecer a una persona ante la justicia; y c) cuando el tribunal nacional competente no es independiente o imparcial. En cuanto a la incapacidad para incoar acciones penales, el Estatuto hace referencia a la ausencia de mecanismos efectivos, en el plano nacional, para reunir las pruebas y los testimonios o para detener al acusado.

Por consiguiente, las excepciones pueden clasificarse en subjetivas y objetivas. Las subjetivas son las que corresponden a las tres primeras situaciones; las objetivas, a las situaciones descritas en el párrafo 17.3. Es posible interpretar los dos primeros elementos del párrafo 17.2 como una referencia al concepto de “actuar de mala fe”. Sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o demorar indefinidamente las diligencias, pueden ser maneras de permitir que el inculpado quede sin castigo. La tercera situación puede deberse a presiones externas, no sólo políticas, sino también, como dijo la Comisión de Derecho Internacional, a amenazas proferidas por grupos terroristas, que pueden impedir el desarrollo normal de las diligencias judiciales.

En cuanto a las condiciones objetivas, es evidente que un Estado que no dispone de los medios suficientes para reunir las pruebas necesarias o para detener al acusado puede ser considerado incapaz de efectuar una investigación adecuada. En tales circunstancias, es necesaria la jurisdicción complementaria de

la Corte Penal Internacional. La pregunta que cabe plantear en este sentido, es si todas esas condiciones son coherentes con la definición de jurisdicción complementaria adoptada. La respuesta parece ser afirmativa, especialmente si se considera el artículo 17, que toma en cuenta los diferentes objetivos enunciados en el preámbulo, a saber: evitar la impunidad, respetar las jurisdicciones nacionales y garantizar que los Estados adopten una actitud responsable respecto de las violaciones graves, si no quieren verse despojados, mediante una excepción, de su competencia primaria sobre el caso.

D. Aspectos de procedimiento de la admisibilidad

Los artículos 18 y 19 complementan las disposiciones estipuladas en el artículo 17. En el artículo 18, se establece el procedimiento que ha de seguirse para decidir la admisibilidad. Cabe destacar que este artículo exhorta a que el fiscal y el Estado competente mantengan estrechos contactos sobre la marcha de las investigaciones o la celebración de un juicio a nivel nacional. El objetivo de esta precaución es evitar cualquier demora injustificada de las diligencias.

Por otra parte, el artículo 19 contiene una norma, que muchos consideraron implícita en la función judicial, según la cual la Corte debe cerciorarse de que tiene competencia en todas las causas que se le sometan. Su decisión de admitir una causa puede ser impugnada por el acusado o por el Estado que tiene competencia en la causa, sea porque ese Estado ya la está investigando o porque, de conformidad con el artículo 12, se requiere su aceptación de la jurisdicción de la Corte.

Por tal virtud vale la pena hacer una sinopsis de la complementariedad en el Estatuto de la Corte, en el que, sin hacer un análisis detallado en este capítulo, el siguiente bosquejo puede contribuir a clarificar la primera etapa de los procedimientos, en los que la cuestión de la complementariedad cumple una función más evidente:

- Inicio de una investigación: el fiscal está a cargo de esta parte de las diligencias y la incoa cuando una causa es sometida a la Corte por un Estado Parte, por el Consejo de Seguridad, o por su propia iniciativa. En el primer y en el último caso, se requiere que el Estado donde se cometió el crimen o el Estado del inculcado hayan aceptado la competencia de la Corte (artículos 9, 12, 13, 14 y 15).
- El fiscal notificará su intención de abrir una investigación a todos los Estados Partes y a los Estados que ejercerían normalmente jurisdicción. En el plazo de un mes; esos Estados deben informar a la Corte si están investigando o han investigado los actos que constituyen el objeto de la intervención de la Corte. Si éste es el caso, el fiscal debe remitirse a la investigación realizada por el Estado (artículos 15, 16 y 18).
- Si el fiscal considera que existen razones justificadas para abrir una investigación, debe presentar una solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares para que ésta la autorice. El fiscal puede solicitar esta autorización, aunque un Estado ya esté investigando la causa (artículo 15).
- La Sala de Cuestiones Preliminares puede autorizar al fiscal a proceder a la investigación. Esta decisión no afectará la determinación posterior de la Corte acerca de la jurisdicción y la admisibilidad de la causa. La Sala de Cuestiones Preliminares también puede rechazar la solicitud del fiscal, lo que no impide que, más tarde, pueda presentarse otra solicitud basada en nuevos hechos sobre la misma situación. El Estado implicado o el fiscal pueden apelar todas estas decisiones ante la Sala de Apelaciones (artículos 18, 19, 57 y 58).
- Si hay pruebas suficientes, el fiscal solicitará a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de detención o una citación de comparecencia. Tras la entrega del inculcado a la Corte, la Sala de

Cuestiones Preliminares deberá celebrar una audiencia para confirmar los cargos por los cuales el fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. Una vez que se hayan confirmado esos cargos, la Presidencia debe constituir una Sala de Primera Instancia, que será responsable del juicio (artículos 58 y 61).

- Para proceder, la Corte debe cerciorarse de que tiene competencia en la causa, basándose en los criterios establecidos en el artículo 17. El acusado o un Estado que tenga competencia en la causa pueden impugnar su decisión. Si la impugnación se efectúa antes de la confirmación de los cargos, se remitirá a la Sala de Cuestiones Preliminares. En caso contrario, a la Sala de Primera Instancia (artículos 17, 19 y 82).

En ese momento, que es crucial, la Corte examinará su relación con las jurisdicciones nacionales, a fin de determinar su propia jurisdicción; en otras palabras, en ese momento entra en juego la complementariedad.

A medida que avanzan las diligencias, surgen otras cuestiones estrechamente relacionadas con la complementariedad, como la cooperación judicial, la extradición y el traslado, así como el cumplimiento de las órdenes de detención. Sin embargo, es indudable que esta cuestión desempeña un papel fundamental en la fase inicial del procedimiento, puesto que el planteamiento de la complementariedad coincide con el momento, tan esperado y temido, en que la Corte evaluará si puede o no iniciar su investigación o su acción penal. El tiempo dirá si la práctica confirma este punto de vista. Por lo antes señalado⁴⁵:

No es tarea sencilla explicar cómo las delegaciones en la Conferencia de Roma elaboraron el texto que finalmente se aprobó. Podemos hacer conjeturas y suponer que, antes de la conferencia, existía un grado de

⁴⁵ Solera, Oscar, op. cit., nota 103, p. 32

consenso suficiente y que las negociaciones fluyeron sin obstáculos. Pero, si se tiene en cuenta la atención que prestaron los medios informativos al tema, así como la actitud hacia el Estatuto final de, al menos, un Estado poderoso, es obvio que ése no fue el caso.

Una posible explicación es que los Estados, antes de la Conferencia de Roma, previeron que la complementariedad era la única solución que podría conciliar su interés por proteger las soberanías nacionales con su altruista preocupación por castigar los crímenes internacionales y reducir la impunidad. Al menos una cuestión estaba suficientemente clara: una gran mayoría de los Estados quería una corte penal internacional y apoyaba la idea de establecerla. A partir de las diversas propuestas sobre la jurisdicción de la Corte, pudieron comprender que la jurisdicción complementaria era el único camino viable para salvar las diferencias entre los Estados, y así construir los cimientos de la Corte Penal Internacional.

CAPÍTULO CUARTO

EL NUEVO PARADIGMA DE LA POLÍTICA CRIMINAL; LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Las cuestiones relativas a la competencia de la Corte Penal Internacional, ponen de manifiesto la construcción de una nueva política criminal global, la que se define y se explica con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional que trasciende los límites locales y que busca la protección de los valores fundamentales del ser humano.

Se afirma lo anterior, pues el proceso de creación de la Corte Penal Internacional, así como el inicio en sus operaciones, son muestras claras de la adopción de una política criminal globalizada, pues la conceptualización de las conductas criminales que lesionan a la comunidad internacional, así como la instrumentación de las instancias encargadas de su investigación, persecución y sanción forman parte de un sistema de control supranacional, en el que encontramos todos los estadios que competen a la política criminal como disciplina.

Hasta antes de la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma, la política criminal tenía una connotación local y era definida por cada uno los Estados Nacionales, ya sea por intereses propios, o atendiendo criterios regionales o internacionales, pero sin perder de vista que dicha atribución era exclusiva de ellos; sin embargo, con la nueva concepción de conductas criminales

internacionales y un órgano jurisdiccional internacional, dicha disciplina adquiere un nuevo carácter y ya podemos hablar de la implementación de una política criminal global.

Los países que signaron y ratificaron el Estatuto, entre ellos México, han construido una nueva visión de las conductas susceptibles de reproche penal, así como de las acciones a seguir para atacar, contrarrestar o disuadir la comisión de dichos actos. Ejemplo de ello es el establecimiento de una jurisdicción supranacional que busca ser independiente e imparcial, tanto en la toma de decisiones, así como en la investigación, persecución y resolución de las causas puestas bajo su conocimiento; ello aunado a que será también la responsable de vigilar la correcta ejecución de las penas impuestas por ella.

En ese entendido, al día de hoy enfrentamos la conformación de una política criminal que ya no es supeditada a los intereses nacionales, sino que se genera y se desarrolla bajo el cuidado y observación de una comunidad internacional cada vez más comprometida en la protección de los valores fundamentales del ser humano, pues la potestad punitiva ya no es exclusiva de los Estados locales, sino que se traslada a una Institución con capacidad de investigación y sanción de las conductas contenidas en el Estatuto de Roma..

Cabe señalar que hay voces que afirman que esta nueva política criminal supranacional no atiende a la protección de los valores fundamentales del individuo ni de la comunidad internacional, sino que busca proteger la economía global, los procesos de producción y por ende, el patrimonio y fuente de riqueza de aquellos que detentan en poder, Sin embargo, cabe señalar que del catálogo contenido en el Estatuto de Roma, los crímenes descritos no atienden intereses patrimoniales o económicos, sino que describe el cúmulo de conductas consideradas inaceptables por atentar contra la vida y preservación del ser humano como individuo y como núcleo social.

I. LA DEFINICIÓN DE LOS CRÍMENES COMPETENCIA DE LA CORTE

De acuerdo con algunos autores como García Ramírez¹, las conductas definidas en el Estatuto de Roma como crímenes son especies de *jus cogens*, en virtud de que “perjudican los intereses de toda la comunidad mundial, porque constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y escandalizan la conciencia de la humanidad, además de que se caracteriza(n), tanto implícita como explícitamente, por una conducta o política de Estado, independientemente del hecho de que se haya cometido deliberadamente o por omisión...” por tal razón “...vinculan a todos los Estados al ser normas que incorporan obligaciones de las que ningún Estado puede sustraerse”, dicho en otras palabras, son normas *erga omnes*.

1. Genocidio

Del conjunto de crímenes que se refiere el Estatuto de Roma, el crimen de genocidio ha sido la figura cuya inclusión en el ámbito de la competencia material de la Corte suscitó menos problemas durante el proceso de elaboración del Estatuto². Ello debido a que las disposiciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, se consideran hoy día reflejo del derecho internacional consuetudinario en función del amplísimo y significativo número de Estados que son parte de la misma.

Así, ya en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1994, el genocidio se distinguía del resto de la categoría de crímenes que se incluían en el

¹ García Ramírez, Sergio. *La Corte Penal Internacional*, Inacipe, México, DF. 2004, p.242.

² Art. 6°.- *Genocidio*. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

ámbito de competencia material de la Corte como un *core-crime*, con relación al cual se tendría competencia inherente, sin necesidad de una aceptación expresa de los Estados Parte en el Estatuto, pero que se limitaba a los Estados Parte de la Convención sobre genocidio, ya que en caso contrario el Estado tenía que ceder su competencia conforme a alguno de los mecanismos establecidos en el artículo 21 del Proyecto de 1994.

Sin embargo, el Estatuto recoge el mismo concepto de genocidio que la Convención de 1948, entendiendo por él los “actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”, siendo la misma descripción que se recogen los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales en la ex-Yugoslavia y Ruanda, en los artículos 4 y 2, respectivamente.

Esta opción de mantener el tipo de la Convención de 1948 en ampliaciones ha sido, en general, valorada positivamente, pues se considera que con ella se preserva la esencia consuetudinaria del delito de genocidio. Así, este crimen se centra en la destrucción física de los miembros de un grupo y tiene como bien jurídico tutelado “...determinados grupos humanos con una identidad y caracteres propios, que los convierte al mismo nivel que los propios Estados, en las bases de la comunidad internacional...”³

En lo referente a los grados de participación y formas imperfectas de ejecución del crimen de genocidio, el Estatuto sigue lo dispuesto por la Convención de 1948, que señala que serán punibles el genocidio, la conspiración para cometer genocidio, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad en dicho delito⁴. Pero a diferencia de la Convención o de los Estatutos para los Tribunales Internacionales de la ex-Yugoslavia y Ruanda, el Estatuto de

³ Lirola Delgado y Martín Martínez, *op. cit.* nota 31, p.116.

⁴ *Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio*, Ginebra, 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor: 12 de enero de 1951, ONU, Artículo III, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwplList103/C214EE874C344EEDC1256DE100596060>.

Roma las trata dentro del marco general del principio de responsabilidad penal individual, distinguiendo específicamente respecto del crimen de genocidio: “la instigación directa y pública que se cometa”⁵. Así, puede concluirse que entre las formas de participación en el delito en comento están: la autoría directa, la coautoría, la autoría mediata, la inducción y la complicidad.

No obstante la escasa práctica internacional en la persecución y sanción de genocidio, la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de la ex-Yugoslavia y Ruanda⁶, representa un referente necesario para la solución de los problemas de interpretación que se puedan suscitar en la aplicación del Estatuto, ello en virtud de que tal jurisprudencia precisa del elemento subjetivo de este crimen, que es el que le confiere al genocidio su especialidad. Es decir, se identifica con la especial intención de destruir, en todo o parcialmente, a un grupo nacional determinado, étnico, racial o religioso; como tal, esta singularidad es lo que lo distingue del resto del derecho internacional humanitario.

De acuerdo con la jurisprudencia en comento, el análisis del elemento subjetivo de genocidio comprende dos aspectos. El primero se refiere a la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cuya precisión requiere, a su vez, la determinación de la naturaleza discriminatoria del genocida. El segundo aspecto, concierne a la intención de destruir, en todo, o parcialmente al grupo como tal. Es así, que el primer aspecto se centra en los elementos discriminatorios que rodean la intención de destruir a un grupo determinado, mientras que el segundo, se refiere a la intención de destruir a un grupo en su conjunto, en tanto que entidad separada y distinta.

⁵ *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, ONU, 1998, Artículo 25.3.
<http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

⁶ Véase las sentencias: *Prosecutor v. Jelusic et al.*, N° IT-95-10, de 14 de diciembre de 1999, párrafo 66, ONU, <http://www.un.org/icty/Supplement/supp10-e/jelusic.htm>, y *Prosecutor v. Kambada*, caso N° ICTR-96-4-T, de 2 de octubre de 1998, párrafo 63.1, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunals.nsf/b8ee9d9eaf3e815c80256a7000689bab/76b7129645198c0fc1256b0a0039e243?OpenDocument>

La naturaleza discriminatoria del acto de genocidio se deriva de que la elección de las víctimas se lleve a cabo en función de su pertenencia a un grupo particular que se pretende destruir. Por tal virtud, el delito de genocidio se aproxima a la figura de persecución⁷.

Por otro lado, en lo referente a la determinación del grupo que sea objeto de persecución, la jurisprudencia apunta la dificultad de definir a un grupo nacional, étnico o racial, utilizando criterios objetivos y científicamente irreprochables. Por tal razón, se ha considerado más apropiado establecer la condición de grupo desde la perspectiva de los que quieren singularizar o estigmatizar a los miembros del grupo frente al resto de la comunidad, en aplicación de un criterio positivo en relación con el cual se distingue a un grupo de individuos por las características que los singularizan, bien en función de un criterio negativo, de no considerar que un individuo se integra al mismo grupo al que pertenece el presunto sujeto activo, es decir, el probable genocida⁸.

En lo referente a la prueba de la intención discriminatoria, hay que destacar que la jurisprudencia en comento toma en consideración no sólo el contexto general en el que se cometieron los actos, sino, en particular, las declaraciones, los hechos del probable responsable, entendiendo que un individuo que actúe concientemente en un marco de violencia generalizada y sistemática, que se dirija sólo sobre un grupo específico, no puede negar razonablemente que escoge a sus víctimas discriminatoriamente. Por lo que la intención del genocida se puede deducir con un cierto número de presunciones de hecho, como el contexto en el que el acto se ha cometido, así como la escala de atrocidades o el hecho de escoger deliberadamente y selectivamente a las víctimas en relación a su

⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia, 1993, Consejo de Seguridad, ONU, artículo 5.h.
<http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/OTROS%20TRATADOS/ESTATUTO%20DEL%20TRIBUNAL%20INTERNACIONAL%20PARA%20LA%20EX-YUGOSLAVIA.htm>

⁸ *Prosecutor v. Jelicic*, *op. cit.* nota 112, párrafo 70-71

pertenencia a un grupo determinado, excluyendo a miembros de otro grupo.⁹De esta manera, se puede presumir la voluntad criminal del sujeto activo de los hechos y el contexto en que se producen. No obstante, el alcance de esta presunción puede matizarse en función de que no se haga, respecto de todos los acusados o sólo los máximos responsables, respondiendo la práctica de los tribunales *ad hoc*, a la utilización de estas presunciones especialmente en los casos de que la posición jerárquica del acusado, unida a su participación activa, lo convierten en un elemento clave en la destrucción de un grupo determinado.

Con relación a la intención de destruir en todo o parte a un grupo como tal, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha señalado que no es necesario que la destrucción se oriente a todo el grupo en su conjunto, sino que puede incluso darse en una zona limitada geográficamente. En así que la Sala de Apelaciones de ese Tribunal ha sostenido que, en toda persona acusada de genocidio, tiene que concurrir la intención específica de cometer un crimen de esta naturaleza, siendo un requisito inexcusable para la apreciación de esta intención, la comisión efectiva de un crimen de genocidio, incluso aunque el autor principal no haya sido juzgado, salvo en el caso del crimen de instigación directa y pública a cometer genocidio, en el que no se requiere que se produzca el resultado esperado por el perpetrador.

Según esta jurisprudencia, también cabría la posibilidad de deducir la existencia de la intención genocida del elemento material que representa el comportamiento del individuo. En este supuesto el Tribunal para la ex-Yugoslavia, ha sido más exigente, valorando elementos tales como el que los crímenes cometidos no sean sistemáticos o no estén apoyados en una organización o sistema, como sería el caso de una persona que hubiese actuado en forma arbitraria y según su propia iniciativa. Y en todo caso, hay que destacar que la concurrencia de este dolo específico es el que permitirá distinguir los supuestos de

⁹ Henderson, Loik S. "Prosecutor v. Ayakesu, caso N°. ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de octubre de 1998, párrafo 63.1". *Memorandum for the office the prosecutor*, 2000, <http://www.nesl.edu/center/wcmemos/2000/hendersn.htm>

complicidad, en los que la ayuda se lleva a cabo con conocimiento de la concurrencia de la intención genocida de los autores, aunque esta intención, como tal, no se comparta por parte del cómplice.

En tal virtud, estas apreciaciones marcan una “delgada línea” de separación entre la complicidad y la autoría¹⁰, cuya diferencia se encuentra en la determinación y prueba del elemento subjetivo que en la complicidad se limita a conocer o haber conocido que, a través de la conducta realizada, se propiciaba o facilitaba el crimen cometido por otro. En suma la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, ha interpretado el crimen de genocidio como una figura destinada a la protección de grupos específicamente diferenciados conforme a los criterios de la Convención de 1948. Frente a las dificultades que suscita identificar los criterios que sirven como base para tales diferenciaciones, se pone de manifiesto cómo, en definitiva, éstos vendrán determinados por el elemento material en el que se concreten los hechos destinados a destruir un grupo protegido, así como por el elemento subjetivo de la especial intención de destruir, total o parcialmente a un grupo como tal.

2. Los crímenes de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad constituyen otra de las categorías de conductas sobre de las cuales, desde un inicio, existía consenso en la comunidad internacional acerca de su inclusión en el Estatuto de Roma¹¹, documento que

¹⁰ Quel López, Francisco Javier, “Hacia una jurisdicción internacional penal permanente: el proyecto del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional” *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, coord. Francisco Javier Quel López y Carlos R. Fernández de Casadevante Romani, 1997, ISBN 84-344-1609-3, Págs. 153.

¹¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.*, nota 110, Artículo 7.- *Crímenes de lesa humanidad*:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes: cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación

recoge el concepto propuesto en el artículo 18 del Proyecto de Código de crímenes de 1996. Entre los elementos definitorios que se recogen es este concepto se encuentran: a) La ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado; b) El carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil; c) La ausencia del requisito de la existencia de motivos de discriminación; y d) El elemento subjetivo del conocimiento de dicho ataque.

grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

A. Ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado

Superando la experiencia y conceptos vertidos en los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg en su artículo 6°.c y la ex-Yugoslavia, Ens. Artículo 5°, que vinculan a este crimen con la existencia de un conflicto armado, el Estatuto de Roma prescinde de dicho elemento, para así recoger el espíritu del derecho consuetudinario internacional, evitando con ello que sea un requisito de procedibilidad y por ende un elemento normativo, el hecho de que la conducta sujeto de reproche se haya presentado durante una confrontación de hecho, ya sea local, como en el caso de una guerra civil, o en su caso, entre una o varias naciones. Aquí cabe hacer la aclaración que la jurisprudencia generada en el Tribunal de la ex-Yugoslavia tende a relativizar la conexión de este crimen con la existencia de un conflicto armado planteándolo únicamente como una condición de competencia y no como un elemento normativo¹².

En el marco del Estatuto de Roma, la ausencia de conexión de los crímenes de lesa humanidad con un conflicto armado es una manera eficaz de extender la competencia de la Corte, por lo que conductas que no se adecuan a la descripción de genocidio y crímenes de guerra que requieren un mayor grado de especialidad, son susceptibles de reproche penal.

a. El carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil

Esta referencia se identifica con una cláusula-umbral que está destinada a establecer un nivel de gravedad que resulta necesario para que los hechos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad puedan ser competencia de la Corte, resultando de ello una manifestación concreta del

¹² Prosecutor v. Ayakesu, *op.cit.* nota 115, párrafo 6.3.2 y 6.3.3

principio de complementariedad al que responde la articulación de la competencia material de dicho órgano supranacional. En función de esta cláusula, la sanción de los hechos que no queden comprendidos en la competencia referida, corresponderá a las jurisdicciones locales, pero sin que por ello pierdan su nivel altamente grave.

Bajo este rubro, cabe hacer referencia a la interpretación lograda en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia del concepto de ataque generalizado o sistemático, que ha estimado que dichos rubros conducen a la existencia de un elemento de escala o planificación tendiente a: 1) la implementación de una política determinada dirigida contra una comunidad particular; 2) el establecimiento de instituciones paralelas para el desarrollo de dicha política, en la que haya participación de autoridades o políticas de alto nivel; 3) El empleo de medios financieros, militares o de otro tipo; o 4) el alcance y la naturaleza continuada, persistente y continua de violencia cometida contra una población civil determinada¹³.

Es de acuerdo a este plan o política determinada o *policy element*, que se puede establecer la dimensión propia y distintiva del crimen de lesa humanidad, que puede incluso llegar a identificarse con un hecho individual o aislado, que se enmarque dentro de la existencia de tal plan o política. Así, el conflicto de la ex-Yugoslavia, permite destacar la importancia de que ésta política no se limite a la realizada por un Estado, y pueda abarcar también la de una organización que disponga del control, de facto, de un territorio en un momento determinado. De hecho, como lo ha señalado el Tribunal Internacional, para sancionar las acciones sistemáticas de violencia en ese país, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por órganos o agentes de un Estado, pero también por individuos que no actúen en función de un cargo oficial, siendo necesario, en este caso, algún tipo de apoyo implícito o explícito por parte del Estado o las autoridades

¹³ Prosecutor v. Jelisc, *op. cit.* nota 112, párrafo 53

oficiales, o que, ese comportamiento, venga claramente promovido por la existencia de una política gubernamental o se ajuste definitivamente a esta¹⁴.

También esta jurisprudencia precisa el concepto de sociedad civil, la que no incluye solamente a los civiles en sentido estricto, sino que también a todas las personas que estén *hors de combat* en el momento en que cometieron los hechos sujetos de reproche penal, incluyéndose aquí a las personas que hubiesen portado armas o las que hubieran participado activamente en un movimiento de resistencia.

b. La ausencia del requisito de la existencia de motivos de discriminación

A diferencia de lo señalado en los Estatutos de los Tribunales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, el Estatuto de Roma no requiere que el ataque a la población civil sea por motivos nacionales, políticos raciales o religiosos, ello con excepción a lo previsto en el artículo 7.1.h.

c. El elemento subjetivo del conocimiento de dicho ataque.

Este elemento resulta de los apuntados anteriormente, pues requiere que se cometan con conocimiento de dicho ataque. Este elemento de intencionalidad ha sido destacado por el Tribunal para la ex-Yugoslavia, al señalar que los delitos de lesa humanidad son de una naturaleza especial a los que se les atribuye un mayor nivel de gravedad moral (*moral turpitudine*), que se identifica con la intención de cometer la conducta determinada y el conocimiento del contexto particular del ataque a una población civil. Por ello, lo que transforma un acto individual en un crimen de lesa humanidad, es su inclusión en un marco más

¹⁴ *Prosecutor v. Kupreskic*, Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, Naciones Unidas, 18 de junio de 2001, <http://www.un.org/icty/Supplement/supp25-e/kupreskic.htm>, párrafos 551-555.

amplio, siendo por ello irrelevante los motivos personales que, como tales, puedan animar al autor de su realización.

B. Formas particulares del crimen de lesa humanidad

Por lo que se refiere a la identificación y precisión de los actos que se integran dentro del concepto de crímenes de lesa humanidad, sin buscar hacer un análisis detallado de cada uno de ellos por no ser objeto del presente trabajo, es necesario destacar que el Estatuto de Roma no se limita a enumerarlos, sino que también los define. Primeramente hace alusión a aquellas conductas previamente calificadas como crímenes de lesa humanidad por otros instrumentos internacionales¹⁵, siendo éstos. a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzado de población; e) encarcelación; f) tortura; g) violación; y h) persecución de un grupo fundada por motivos políticos, raciales, nacionales, religiosos.

En relación al crimen de tortura, el Estatuto contempla un concepto más amplio al de otros tratados internacionales¹⁶, pues no exige el elemento normativo de que el sujeto activo sea funcionario público para que se materialice y sea susceptible de sanción.

Asimismo, el Estatuto contempla el crimen de *apartheid*¹⁷, que en el Proyecto de Código de crímenes de la Comisión de Derecho Internacional de 1996 incluía dentro de la “discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos”. Por otra parte, y derivado de los conflictos en la ex-Yugoslavia y Ruanda se añadieron las figuras de esclavitud sexual, prostitución

¹⁵ Estatuto de los Tribunales de Nuremberg, Tokio, artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículo 18 del Proyecto de Código de crímenes de la Comisión de Derecho Internacional.

¹⁶ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984.

¹⁷ Estatuto de Roma, op. cit. nota 111, Art. 7.1.j

forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable¹⁸. Sin embargo y debido a la diferencia de opiniones, la definición de “embarazo forzado” se matizó con una fórmula de compromiso en la que se señala que no quedan afectadas las normas de derecho interno relativas a ese concepto.

Por tal motivo, la inclusión de las figuras señaladas en el párrafo que antecede, son un ejemplo claro de que, con el Estatuto de Roma, la comunidad internacional busca llegar a un punto de equilibrio entre la codificación del derecho consuetudinario existente en materia de responsabilidad penal del individuo y la incorporación de nuevos supuestos derivados del desarrollo del derecho internacional.

Otro de los supuestos que son innovadores al ser incluidos en el Estatuto de Roma es la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales étnicos, culturales, religiosos, de género”¹⁹; pues esta figura no se encuentra recogida en ningún tratado internacional y, su razón de ser, es la de lograr un carácter subsidiario para el crimen de genocidio. Así también, en este punto, el Estatuto contempla una fórmula de compromiso consistente en establecer una definición en la que se entenderá por persecución “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad de un grupo o de la colectividad”, pero ligando a la comisión de este supuesto a cualquier otro acto de los recogidos en el artículo 7, o a cualquier otro crimen de la competencia de la Corte.

En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determina que, para que una conducta se pueda adecuar como delito de lesa humanidad:²⁰

¹⁸ *Íbidem*, Art. 7.1.g

¹⁹ *Íbidem*, Art. 7.1.h

²⁰ *Prosecutor v. Kupresick*, *op. cit.* nota 120, párrafo 616-617

Deberá tratarse de una violación grave o una negación expresa (*gros or blatant denial*) de un derecho fundamental que alcance el mismo nivel de gravedad que el resto de las figuras incluidas dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad y que contenga el elemento discriminatorio que lo singulariza respecto a éstas. Se trata pues, de una figura que, como se pone de manifiesto, pertenece al mismo género que el genocidio, en la medida que en ambos supuestos, lo que se busca es atacar a personas en función a su pertenencia a un grupo determinado.

Como lo han apuntado algunos autores²¹, el Estatuto de Roma intenta llegar a un texto de conjunto, coherente e incluyente, con el que se pretende remediar la dispersión y las incertidumbres existentes con relación a una categoría de crímenes que hasta el momento no había sido recogida. Además de que se busca ejercer la práctica internacional de una manera dinámica y abierta, con la voluntad de disponer de un instrumento que permita la adecuación a las distintas conductas que, en el futuro, también se consideren susceptibles de reproche y persecución penal.

Sin embargo, esta formulación abierta es motivo de críticas²², especialmente en las demás conductas consideradas como delitos de lesa humanidad, mismas que son: “otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”²³, “otros abusos sexuales de gravedad comparable”²⁴ y especialmente, la cláusula subsidiaria que se refiere a “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes

²¹ Cuerda Riezu, A. y Ruiz Colomer, Ma. A., “Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, *La Ley. Actualidad*, 1999, número 4,724.

²² Bustos Ramírez considera que para que el derecho penal sea social y democrático, además de garante de los valores fundamentales; las descripciones o tipos contenidas en él deben tener una connotación “cerrada”, para evitar que sean objeto de interpretaciones subjetivas que permitan utilizar a la norma jurídica como instrumento de intereses particulares y alejados del bien social.

²³ Estatuto de Roma, *op. cit.* nota 111, Art. 7.1.e.

²⁴ *Íbidem*, Art. 7.1.g.

sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”²⁵

Toda vez que en los Estatutos de los Tribunales *Ad hoc*, también se encuentran previstas cláusulas subsidiarias²⁶, la jurisprudencia del Tribunal para la ex-Yugoslavia considera que la determinación de las violaciones referidas en el párrafo que antecede se logra: “en la vía de los estándares contenidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, que permiten identificar una serie de valores y derechos fundamentales de la persona humana, cuya infracción puede conducir a la comisión de delitos de lesa humanidad”. De esta manera, éste tipo de cláusula permite que se puedan considerar crímenes de lesa humanidad, las violaciones de los derechos humanos reconocidos y contenidos en otros documentos internacionales. Ante estos supuestos, el Estatuto requiere de otros tratados para poder perfeccionar y completar la descripción típica de los delitos de lesa humanidad, pues de lo contrario, la descripción, al resultar tan general y ambigua, daría pie a que no se pudiese llegar a una sanción adecuada para aquellas conductas que sean violatorias de derechos humanos y que reúnan suficiente gravedad.

3. Los crímenes de guerra

Dada la naturaleza propia de los conflictos bélicos, la figura de los crímenes de guerra, es sin duda la que fue objeto de mayores discusiones en el proceso de elaboración de Estatuto de Roma. Las dificultades que se plantearon bajo este rubro fueron de índole formal y de orden material. Bajo el primer supuesto, era necesaria la utilización de una terminología adecuada que fuera comprendida, tanto para los Estados parte, como para toda la comunidad internacional, ello con la finalidad de delimitar perfectamente la competencia de la Corte en este sentido.

²⁵ *Íbidem*, Art. 7.1.k.

²⁶ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, artículo 5.i y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículo 3.i.

Es así que fue recogida la noción de “crímenes de guerra”, plasmada en el Proyecto de Código de crímenes de 1996.

En el plano sustantivo, la discusión se centró en la necesidad de determinar cuáles violaciones de las normas de derecho humanitario debían considerarse suficientemente graves como para incluirse en el Estatuto y, particularmente, en la inclusión de conflictos armados de carácter interno. Otra preocupación fue la voluntad de añadir y ampliar el grado de protección de las normas de derecho internacional, así como los resultados obtenidos con los trabajos de los Tribunales Internacionales existentes previamente.

Así, el Estatuto de Roma prevé en su artículo 8^o²⁷. Por lo que hace a la gravedad de los crímenes de guerra, en aplicación del principio de

²⁷ Artículo 8 *Crímenes de guerra*.

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias

militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Veneno o armas envenenadas; xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. e) Otras violaciones

complementariedad se introduce una cláusula umbral que establece que la competencia de la Corte, con relación a estos crímenes será “en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”²⁸.

La redacción de la cláusula en comento es muy similar a la establecida para los crímenes de lesa humanidad y se fundamenta también en la existencia de un *policy element*, como criterio delimitador del alcance general de la gravedad de los hechos dentro de las categorías de crímenes competencia de la Corte. Esta cláusula constituye un elemento normativo que tiene como finalidad delimitar su

graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. 3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

²⁸ Estatuto de Roma, *op. cit.* nota 111, Artículo 8.1

competencia únicamente para aquellos comportamientos y acciones verdaderamente lesivas y extraordinarias cometidas por un gobierno o entidad que se encuentre en un conflicto armado.

Por lo que respecta al contenido concreto que se asigna a los crímenes de guerra, el Estatuto contiene los supuestos recogidos sistemáticamente en torno a cuatro grandes categorías, en función a la distinción de conflictos armados de carácter internacional y conflictos armados de carácter interno. Por lo que respecta a los primeros, se recogen las “infracciones graves a los convenios de Ginebra de 1949”²⁹ y las “violaciones graves de las leyes y usos aplicable en los conflictos armados internacionales”³⁰. Con estas consideraciones se logró complementar y enriquecer la legislación internacional existente hasta ese momento³¹, que es antecedente directo del Estatuto mismo que emplea una redacción similar, sin embargo las figuras jurídicas han sido objeto de matices, consecuencia de las discusiones y negociaciones durante el proceso de su elaboración.

Ejemplo de lo anterior es la prohibición de ataques desproporcionados³², en el que se añadió la expresión “claramente excesivos”, para poner de manifiesto la gravedad de los hechos reprochables. Así también se realizó una adecuación al supuesto del traslado, por parte de la potencia ocupante, de su propia población civil al territorio que ocupa³³, al que se le añadió la expresión “directa o indirectamente”, para que queden contemplados aquellos supuestos en los que no se adopten las medidas necesarias para evitar que la propia población organice el traslado.

Otro apartado importante, es el relativo a la determinación de las armas prohibidas, en las que se hace una enumeración expresa, pero cabe hacer referencia que, del texto en comento, no se descarta o prohíbe el uso de armas

²⁹ *Íbidem*, Artículo 8.2.a.

³⁰ *Íbidem*, Artículo 8.2.b.

³¹ Las violaciones contenidas en los artículos 11 y 35 del Protocolo I de 1977, así como las previstas en los artículos 23, 25 y 27 del Reglamento de La Haya.

³² Contendida en el artículo 8.2.b.iv, también previsto en el artículo 83.b del Protocolo I

³³ Estatuto de Roma, op. cit. nota 111, Artículo 8.2.b.viii

nucleares o de destrucción masiva, así, entre las armas prohibidas se encuentran las envenenadas y las armas químicas, o aquellas que "...por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional"³⁴. Con ésta cláusula general se dio pie a ampliar el catálogo de los métodos y medios de combate que sean objeto de una prohibición completa y hayan sido incluidos en el anexo del Estatuto. Esta solución puede aplicarse para el caso de las armas nucleares, así como a las minas terrestres anti-personas y las armas láser cegadoras, en virtud de existir tratados internacionales en dichas materias.

Hecho innovador es la inclusión en el Estatuto como crímenes de guerra, los ataques contra fuerzas e instalaciones pertenecientes a una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados³⁵; así como la comisión de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual³⁶, al igual que reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas³⁷.

Otra contribución importante es la referente a los conflictos armados internos³⁸, que cuenta con una sistemática paralela a la relativa a los conflictos armados internacionales, pues recoge los supuestos previstos por los cuatro Convenios de Ginebra³⁹, así como las normas procedentes del Protocolo II de 1977 y otras contenidas en el Reglamento de la Haya de 1907. Además de que se añadieron tres supuestos que no habían sido contenidos en los instrumentos referidos y que son los mismos que en el caso de los conflictos armados

³⁴ *Íbidem*, Artículo 8.2.b.xviii a xx

³⁵ *Íbidem*, Artículo 8.2.b. iii

³⁶ *Íbidem*, Artículo 8.2.b. xxii

³⁷ *Íbidem*, Artículo 8.2.b.xxi

³⁸ *Íbidem*, Artículo 8.2.c y e

³⁹ Artículo 3, en los cuatro convenios

internacionales, es decir, los ataques a las misiones de paz, los delitos de índole sexual y el alistamiento de menores 15 años⁴⁰. Aun cuando en este rubro hay avances significativos, tal y como lo apuntan Liora Delgado y Martín Martínez⁴¹, “se advierte...la ausencia de supuestos relevantes como...los ataques a los bienes, la prohibición de causar hambre a la población civil y de obstaculizar intencionalmente la distribución de ayuda humanitaria, (así como) el uso de armas prohibidas...”

Cabe referir que a instancia de los gobiernos de Francia, Estados Unidos de América y la mayoría de los países árabes, el propio Estatuto contempla la posibilidad de excepción para la persecución y sanción de los crímenes de guerra⁴², pues permite que los Estados Parte, a iniciativa propia, queden ajenos a la competencia de la Corte durante un periodo de siete años, respecto a los crímenes cometidos por sus nacionales o en su territorio. En este sentido, Liora Delgado⁴³ apunta que:

Se pone en entredicho la capacidad de la Corte para sancionar los crímenes de guerra y sobre todo se evidencia la desconfianza que pesa sobre esta institución por parte incluso de algunos de los Estados que votaron y apoyaron la adopción del Estatuto. Pudiera parecer que, la CPI se entendiese más como un mecanismo de disuasión y sanción de los comportamientos ajenos, que como un instrumento que garantice, en todos los supuestos, la represión de los crímenes mencionados, incluso cuando ello implique la posibilidad de quedar sometido a su competencia en perjuicio de las propias competencias sancionadoras.

4. La agresión

⁴⁰ Estatuto de Roma, *op. cit.* nota 111, Artículos 8.2.c.ii, vii y viii

⁴¹ Lirola Delgado Magdalena y Magdalena M. Martín Martínez, *op. cit.* nota, 31, p.129

⁴² Estatuto de Roma, *op. cit.*, nota 111, Artículo 124, conocida como cláusula *opting-out*

⁴³ Lirola Delgado Magdalena y Magdalena M. Martín Martínez, *op. cit.* nota, 31, p.120

Aun cuando la agresión⁴⁴ se encuentra contemplada como crimen en el Estatuto, es la única figura que no ha quedado tipificada, pues esta labor quedó postergada para un periodo no menor de siete años después de la entrada en vigor de dicho instrumento⁴⁵, tiempo en el que se podrán llevar a cabo las enmiendas que se estimen pertinentes, entre ellas, la definición y adopción de una disposición que defina el crimen de agresión y se establezcan las condiciones del ejercicio de la competencia de la Corte.

Es así que el crimen de agresión, figura como uno de los que son competencia del tribunal internacional, pero sólo formalmente, en virtud de que éste no podrá ejercer actos jurisdiccionales hasta que no se diriman los problemas de fondo pendientes en cuanto a la definición y condiciones de ejercicio en ese supuesto; existiendo disposición expresa en el Estatuto que las disposiciones que las aborde deberán ser compatibles con las disposiciones de Carta de las Naciones Unidas.

El hecho de que al día de hoy no exista una definición de agresión como crimen competencia de la Corte es porque hay dificultades de orden conceptual y de procedibilidad, ya que, la Resolución 3314/77 de las Naciones Unidas incide en los aspectos de acto de Estado y por otra parte, en la práctica jurisdiccional internacional⁴⁶ que enfatiza la responsabilidad del individuo.

⁴⁴ Estatuto de Roma, *op. cit.* nota 111, artículo 5.1.d

⁴⁵ Como es sabido, en 2002 se verificó la sexagésima ratificación del Estatuto y es en este año cuando entró en vigor, razón por la cual el periodo de siete años se cumplirá en el año 2009, ello en términos de los artículos 121 y 123 de dicho instrumento.

⁴⁶ Derivada de los Estatutos para los Tribunales de Nuremberg y Tokio y su aplicación material.

CAPÍTULO QUINTO

LA VINCULACIÓN DE MÉXICO CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La vinculación de la Corte Penal Internacional y los Estados, sin importar que sean partes del Estatuto de Roma o no, es un presupuesto fundamental sobre el cual se basa el funcionamiento de la jurisdicción penal internacional. La atribución de competencia para actuar en un asunto determinado no resultaría en sí misma suficiente para hacer efectivo el ejercicio de su jurisdicción si no lleva aparejada una obligación de cooperación por parte de los Estados, los que representan, en sí mismos, los sujetos de derecho internacional, que de acuerdo con sus propias organizaciones, cuentan con los mecanismos y medios necesarios para el ejercicio de las funciones coercitivas y jurisdiccionales en sus respectivos ámbitos territoriales.

Por ello, no se trata solamente que la Corte se haya instituido con base en uno de los cauces clásicos de cooperación interestatal previstos en el derecho internacional, como es la conclusión de un tratado, sino de una puesta en práctica y operatividad basada en la cooperación de los Estados. Por tal virtud, la substanciación de una causa penal interna puede requerir de la cooperación y la participación de varios Estados, a través de convenios o tratados bilaterales o multilaterales; en el caso de la Corte Penal Internacional, esta necesidad deviene de una necesidad funcional, ya que ésta carece de los medios que disponen los Estados, pues sus sistemas judiciales internos permiten su seguimiento y consecución casi de forma natural.

Así, la cooperación de los Estados constituye una manifestación más del creciente desarrollo que ha venido experimentando la cooperación jurídica internacional en materia penal, como consecuencia de los fenómenos de progresiva transnacionalización y globalización que se han acentuado en materia penal. Aun cuando la cooperación entre la Corte Penal Internacional y los Estados

responde a premisas distintas a otras experiencias de cooperación jurídica internacional en esta materia, se trata de una cooperación que se establece entre jurisdicciones de distinta naturaleza, internacional y nacional, y que tiene un carácter predominantemente unilateral, ya que se realiza a favor de una institución internacional. Es además una cooperación que, por el principio de complementariedad,¹ se orienta a la consecución de su objetivo compartido por las jurisdicciones nacionales e internacionales, de garantizar la sanción de los crímenes más graves y de mayor trascendencia para la comunidad internacional; lo que constituye en sí, el punto fundamental del cúmulo de obligaciones derivadas del Estatuto.

Partiendo de esta base y desde un punto de vista metodológico, el análisis de las obligaciones de cooperación de los Estados en el Estatuto de Roma se ha planteado en torno a dos tendencias bien definidas apuntadas por Cassese². Una de ellas es la llamada aproximación horizontal, que corresponde con los esquemas habituales de cooperación internacional penal entre los Estados y que se sustenta sobre la cooperación realizada de manera voluntaria por el o los Estados requeridos. Otra es la conocida como la aproximación vertical, cuyo modelo es representado por los Tribunales *ad hoc* en la ex-Yugoslavia y Ruanda, y en el que el interés que prevalece es el de una jurisdicción penal internacional que tiene atribuida la capacidad de obligar a los Estados a cooperar, sin que éstos puedan eximirse en virtud de la protección a intereses nacionales. Es así que el Estatuto de Roma pondera un sistema mixto que contiene elementos de ambos esquemas teóricos, integrándolos en una aproximación propia que se deriva de los presupuestos jurídico-políticos a los que responde este instrumento. De ahí que resulta necesario centrarse, en primer plano, en los intereses que

¹ Estatuto de Roma, *op. cit.* nota 111, "Artículo 1.-Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto..."

² Cassese, A. *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, Londres, EJIL, Vol. 10, 1999, pp. 164-166.

marcan la especificidad de las obligaciones de cooperación de los Estados frente a la Corte Penal Internacional.

En ese entendido hay que ponderar que la cooperación entre la Corte y los Estados se plantea en relación con los distintos círculos de Estados y ámbitos materiales. Con relación a los primeros, resulta posible distinguir entre las obligaciones de la cooperación de los Estados Parte, de las obligaciones que puedan llegar a generarse para terceros Estados, y en todo caso, con relación a éstos, la existencia de la Corte Penal Internacional está llamada a ser objetivo de algún grado de reconocimiento, en virtud del principio de efectividad.

Por lo que se refiere a los ámbitos materiales de la cooperación, aunque la regulación de esta materia se concentra en la parte IX (“De la Cooperación internacional y la asistencia judicial”), en realidad sus efectos se proyectan a lo largo de todo el articulado del Estatuto, y no sólo en relación con la dimensión procesal, sino también, respecto a los aspectos orgánicos y sustantivos. Por esta razón es conveniente distinguir las obligaciones de cooperación de carácter general, que son las que se corresponden con los primeros aspectos, de aquellas de naturaleza predominantemente procesal más estrechamente ligadas a las actuaciones de la Corte Penal Internacional. No obstante, sólo se trata de una diferenciación a efectos sistemáticos, en la medida en que todas las obligaciones de cooperación que se desprenden del estatuto de Roma forman un conjunto y responden a una lógica común de auxiliar a la Corte en el desempeño de sus funciones.

Es así que varios Estados se han visto en la necesidad de realizar ajustes o reformas a sus sistemas locales para estar en posibilidad de garantizar esa cooperación a la Corte; situación que ha sucedido en el caso de México, pues se vio en la necesidad de impulsar una Reforma a su artículo 21 Constitucional en el que se establecía el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público

en territorio mexicano; la que se materializó con su publicación y entrada en vigor³, permitiendo con ello, que en Sesión de 21 de junio de 2005⁴ el Senado ratificara el contenido del Estatuto de Roma firmado por México en septiembre de 2000. Una vez satisfecha la formalidad antes referida, México depositó ante la oficina de tratados de la Organización de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, dicho documento, para así convertirse en la nación número 100 en ratificar el Estatuto de Roma, y adquirir efectos vinculantes a partir del primer día de enero de 2006.

I. LAS OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Es necesario apuntar que es diferente la cooperación que hay entre los Estados y la Corte, en relación a la cooperación interestatal en materia penal, pues en el primer caso, dicha cooperación surge de un tratado multilateral, mediante el cual se ha creado una jurisdicción penal internacional que es y será competente para la atención y resolución de conductas consideradas como criminales en el propio Estatuto de Roma; situación que no sucede con la cooperación interestatal, ya que ésta se limita al ámbito de las jurisdicciones nacionales de los Estados involucrados.

Es así que las diferencias antes señaladas se pueden presentar en tres niveles distintos, el primero, se refiere a obligaciones de carácter estrictamente unilateral a favor de la Corte, las que no pueden quedar supeditadas a un requisito de reciprocidad, lo que no significa que México no pueda solicitar la cooperación por parte de la Corte, atendiendo al principio de complementariedad, cuando se

³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de México, el 20 de junio de 2005, misma que en su parte conducente establece: "Art. 21.-...EL EJECUTIVO FEDERAL PODRÁ, CON LA APROBACION DEL SENADO EN CADA CASO, RECONOCER LA JURISDICCION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL..."

⁴ Cámara de Senadores, México, DF., Sesión de 21 de Junio de 2005: Artículo Único.- Se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en la Ciudad de Roma, el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho...Dado en la Cámara de Senadores a los veintiún días del mes de junio de 2005.

investigue o enjuicie determinada conducta. Por tal motivo, este nivel de cooperación debe entenderse dentro de un marco de comunicación y consultas mutuas previstas en el propio Estatuto, las que tienen como finalidad lograr agilidad y eficacia en tal cooperación.

En el segundo nivel se encuentran los aspectos sustantivos y orgánicos de la cooperación entre los Estados y la Corte, situación que es distinta en la cooperación interestatal, pues en ésta, es práctica general que los tratados que la establecen suelen incluir cláusulas de “salvaguarda del orden público” o de intereses nacionales esenciales de los Estados involucrados. El Estatuto, al establecer una jurisdicción penal internacional, limita al mínimo las causas que pueden ser invocadas o alegadas por los Estados para eximirse de ciertas obligaciones de cooperación en materia penal, ya sea a través de procedimientos de asistencia judicial o de mecanismos de cooperación policial, pues dicha cooperación no se limita únicamente a aspectos de carácter procesal.

Si bien es cierto que el Estatuto prevé la cooperación exclusivamente en el plano procesal, la misma se aparta de las figuras e instrumentos habitualmente utilizados en el marco de la cooperación interestatales, en particular, de la figura de la extradición. Lo anterior tiene su razón de ser porque las necesidades particulares que genera la cooperación con la Corte Penal Internacional, requieren de instrumentos o figuras nuevas, no tanto en su contenido, pero sí en su terminología, funcionamiento e instrumentación, dando cabida a esquemas de cooperación penal y de auxilio judicial nuevos.

Así también, la relación y cooperación de los Estados frente a la Corte Penal Internacional, es diferente de las particularidades existentes entre Estados y los Tribunales Penales Internacionales para los casos de la ex-Yugoslavia y Ruanda, pues el establecimiento de dichas jurisdicciones penales internacionales atiende a razones diferentes al establecimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; pues en el caso de los tribunales antes mencionados es resultado

de resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas, y su jurisdicción, resulta obligatoria para los Estados, bajo el principio de primacía de éstos tribunales respecto a los tribunales locales⁵. Tal elemento condiciona todas las obligaciones de cooperación que se generan para los Estados desde un enfoque totalmente diferente del que dio origen a la creación de la Corte Penal Internacional. En particular, la operatividad de la primicia que marca una diferencia clara en lo que respecta a los criterios de solución de los conflictos de jurisdicción entre el Tribunal Internacional y los tribunales nacionales, y el alcance e intensidad de las obligaciones de cooperación.

En ese orden de ideas, la primicia supone la atribución del ejercicio de la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* en caso de conflicto con las jurisdicciones nacionales. Así también, la Corte prevé esta situación atendiendo al principio de complementariedad⁶ a favor de las jurisdicciones nacionales, todo ello sin perjuicio de matizar adecuadamente el juego de la primicia y la complementariedad en cada caso particular. En el primero, tanto por razones políticas, económicas y eficacia, con la creación de los Tribunales Penales Internacionales no se ha pretendido excluir o prevenir el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales nacionales. En el segundo caso, las facultades de supervisión de la Corte Penal Internacional sobre las jurisdicciones nacionales en beneficio de la propia Corte. En la primicia se proyecta también el grado y el tipo de obligación de cooperación que se establecen en el sistema de los tribunales *ad hoc* y que se generan exclusivamente a favor de la jurisdicción internacional, en demérito de la discrecionalidad de los Estados, siendo exigible su cumplimiento, en último término, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En cambio, la cooperación con la Corte Penal, se articula sobre el consentimiento previo del Estado, que funciona siempre como criterio indispensable de su operatividad.

⁵ Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia, *op. cit.* nota 113, Estatuto del Tribunal Penal Internacional en Ruanda, *op. cit.* nota 115, Artículo 8°.

⁶ “La solución de Roma...reconoció que el compromiso, el derecho y la jurisdicción corresponden en primer lugar al Estado particular, y sólo después, en defecto de este, a la comunidad internacional”, García Ramírez Sergio, *op. cit.* nota 106, p.201

1. Las obligaciones de cooperación

Como se ha apuntado líneas arriba, para el funcionamiento y ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales de la Corte Penal Internacional es indispensable la cooperación de los Estados, sean parte o no; en tal virtud es necesario revisar cuáles son las obligaciones previas que se deben cubrir para la condición de Estado Parte.

Se puede considerar que la cooperación de los Estados con la Corte inicia con la voluntad manifiesta de adquirir esa condición ante el Estatuto de Roma. En un principio, las obligaciones de cooperación se concentraron en el rápido inicio y tramitación de los requisitos exigidos, de conformidad con el derecho interno para que el Estado pudiera manifestar su conformidad en obligarse por el Estatuto; a este respecto, una vez abierto a la firma, dicho documento permite la ratificación, aceptación, aprobación y adhesión como mecanismos de manifestación de dicho consentimiento en obligarse⁷.

En la mayoría de los supuestos, los procedimientos de ratificación en el plano interno, han conllevado al examen de la compatibilidad de las disposiciones del Estatuto con los respectivos textos constitucionales; habiendo resultado necesario proceder previamente a una reforma constitucional, tal y como sucedió en el caso de México con la reforma al artículo 21 de su Carta Magna. En todo caso, la adquisición de la condición de Estado Parte, conlleva la obligación de

⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, op. cit., nota 111, artículo 125 que dice:

1. El presente Estatuto estará abierto a la firma de todos los Estados el 17 de julio de 1998 en Roma, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Posteriormente, y hasta el 17 de octubre de 1998, seguirá abierto a la firma en Roma, en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia. Después de esa fecha, el Estatuto estará abierto a la firma en Nueva York, en la Sede de las Naciones Unidas, hasta el 31 de diciembre del año 2000. 2. El presente Estatuto estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 3. El presente Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas

asegurarse de que, en el derecho interno, existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación que se establecen en el artículo 88⁸. Es aquí donde los derechos internos plantean la gran variedad de fórmulas y soluciones. En el caso particular mexicano, se logró la compatibilidad de su derecho interno con el Estatuto de Roma al establecerse el mecanismo de aceptación de jurisdicción, en el que el Ejecutivo, con aprobación del Senado de la República autorizara la jurisdicción en cada caso en particular, es decir, que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no es plena frente al Estado Mexicano, sino que requiere del previo consentimiento de su gobierno.

2. Obligaciones derivadas del Estatuto

Estas obligaciones son varias, tal es el caso del financiamiento de la Corte, que puede darse en dos vertientes, la primera, por medio de cuotas que cubren los Estados Parte y la segunda, indirecta, derivada del presupuesto que le es destinado por la Organización de Naciones Unidas o por medio de contribuciones voluntarias. Tan tiene el carácter vinculatorio el aspecto de financiamiento, que el Estatuto atribuye consecuencias de morosidad del pago de las contribuciones financieras a los gastos de la Corte Penal, privando al Estado moroso del derecho de voto en la Asamblea y en la Mesa, cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las contribuciones adeudadas por los dos años anteriores completos.⁹

En este mismo marco de obligaciones de carácter general se insertan las derivadas de la participación en el nombramiento de los órganos de la Corte, especialmente de los magistrados, así como las que se concluyan de la posibilidad de que la Corte celebre sesiones o juicios en otro lugar distinto del Estado anfitrión. Estos aspectos generan también efectos para terceros Estados que, aunque no sean parte en el Estatuto, pueden llegar a tener que reconocer a la

⁸ *Íbidem*, Artículo 88.- Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.

⁹ *Íbidem*, artículo 112.8

Corte, bien expresamente, bien por la vía del principio de efectividad, por ejemplo, cuando las actividades de ésta se extiendan, previo acuerdo, al territorio de un Estado tercero.

3. Obligaciones de carácter sustantivo

Las obligaciones de cooperación derivadas de los aspectos sustantivos del Estatuto se plantean con relación a los crímenes incluidos dentro de la competencia material de la Corte Penal Internacional. En principio, el Estatuto no establece ninguna obligación de transportación de los mismos en los ordenamientos internos de los Estados parte, salvo la referencia muy general que se hace en el preámbulo a la adopción de medidas en el plano nacional para asegurar que dichos crímenes sean sometidos a la acción de la justicia, y de manera indirecta, de las repercusiones que se derivan del desarrollo de las obligaciones de cooperación internacional y asistencia judicial¹⁰. En este punto, el Estatuto se aparta una vez más de los esquemas que siguen los instrumentos internacionales en materia de cooperación penales, pues en ellos, se suele establecer una obligación de resultado consistente en que, los Estados parte, establezcan su competencia para conocer de las conductas tipificadas en el plano internacional y las introduzcan en el derecho interno para ajustarlas al principio de legalidad penal.

El Estatuto establece un sistema de aplicación directa creando el órgano jurisdiccional internacional encargado de juzgar tales crímenes y además lo tipifica con suficiente precisión. Desde esta perspectiva, puede señalarse que cuenta con una vocación de tratado normativo y el carácter autoejecutable de las disposiciones relativas a la competencia material de la Corte. Sin embargo, puesto que la jurisdicción de la Corte es complementaria respecto del ejercicio de las

¹⁰ *Íbidem*, artículos 86 y 88.

jurisdicciones nacionales, la incorporación de los Estados parte resulta aconsejable por varios motivos.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los crímenes de la competencia de la Corte tienen una base consuetudinaria, pues los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra contienen elementos que suponen un desarrollo progresivo del derecho internacional penal. De esta forma, la incorporación en los derechos internos, amén de proporcionar seguridad jurídica acerca del contenido de los crímenes y una base convencional para su aplicación, supone una confirmación de la opinión *iuris* existente sobre aquellos aspectos de los crímenes con relación a los cuales el Estatuto tiene efectos o generadores de nuevas normas de derecho internacional.

En segundo lugar, la incorporación en el derecho interno sirve para favorecer el papel del Estatuto de Roma como vía para la armonización de las legislaciones penales internas. Con la efectividad del principio de complementariedad garantiza la aplicación uniforme de dichos crímenes por parte de las legislaciones nacionales. A este respecto hay que tener en cuenta que la falta de incorporación en el derecho interno de tales crímenes podrá valorarse por la Corte como un indicio de la falta de disposición del Estado para proceder a su sanción. Así, los Estados parte tienen varias alternativas para proceder a esta incorporación, partiendo de la idea de que los crímenes previstos en el Estatuto, están definidos con suficiente precisión como para considerar que se ajustan al principio de legalidad y que no necesitan ser objeto de una nueva tipificación en el plano interno. La posibilidad más sencilla consiste en utilizar directamente el tipo legal tal y como aparece recogido en el propio Estatuto, haciendo una remisión a la disposición internacional o reproduciéndola en la norma interna. En el caso de México, hay disposición expresa en el Título Tercero, denominado “Delitos contra la Humanidad”, del Libro Segundo, del Código Penal Federal, en lo que se prevén

los delitos de “Violación de los deberes de humanidad”¹¹ y “Genocidio”¹², plantándose la posibilidad de ajustar el primero de los mencionados a la figura de crímenes de guerra recogidos en el Estatuto.

En este mismo orden de consideraciones, ligadas a la efectividad del principio de complementariedad, se incluye el que los Estados parte reconozcan su competencia extraterritorial sobre los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional a través del principio de jurisdicción universal.

A. Obligaciones de asistencia judicial

La parte IX del Estatuto comprende dieciséis artículos¹³, en los que se regula la cooperación internacional y asistencia judicial entre la Corte y los Estados, ya sean parte o no en el Estatuto, así como la colaboración con organizaciones internacionales. Cabe señalar que dichos artículos no son los únicos relativos a la esta materia, porque la cooperación impregna a todo el Estatuto, sin embargo, su particularidad estriba en que abordan la cuestión, no desde del enfoque de la Corte, sino desde la perspectiva de las entidades a las que se dirige la solicitud de cooperación. En este sentido, ni los Estados, ni las organizaciones internacionales intergubernamentales requeridas podrán aplicar en

¹¹ Art. 149.- Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos, o en los hospitales de sangre, se le aplicará por ese sólo hecho: prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto, para los casos especiales, en las leyes militares.

¹² Art. 149-Bis.- Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo. Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos. Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos. Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. En caso de que los responsables de dichos delitos fueran gobernantes, funcionarios o empleados públicos y las cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación”.

¹³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, op. cit. nota 111, artículos 86 al Art. 102

rigor el principio de reciprocidad, puesto que, aunque el Estatuto ha previsto la posibilidad de que un Estado solicite la cooperación de la Corte¹⁴, la mayoría de las solicitudes de asistencia, tendrán, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones entre Estados, un marcado carácter unidireccional, cuyo propósito es favorecer el ejercicio por la Corte de la función jurisdiccional.

El Estatuto enuncia con carácter general el contenido de las obligaciones de cooperación y asistencia judicial, trazando una escala de exigencias de menor a mayor, para posteriormente, una vez definidas las obligaciones sustantivas, describir el procedimiento formal y los aspectos técnico-prácticos de la cooperación. Además, articula un sistema de cooperación y asistencia judicial *sui generis*, fruto de la combinación de elementos del modelo clásico interestatal de cooperación internacional en materia penal y el modelo supranacional o de integración sobre los que se asientan los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y la ex-Yugoslavia.¹⁵

En efecto, el artículo 86 impone a los Estados parte la obligación genérica de cooperar plenamente con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia. Pese a que el tenor literal del precepto es equívoco, este deber de cooperación no se limita a las dos fases mencionadas, sino que se extendería hasta englobar una serie de actuaciones de naturaleza *pre* y *pos* procesales, que pueden tener lugar durante el procedimiento preliminar e incluso después de la conclusión del proceso penal, de la misma manera que la obligación de cooperación se predica respecto de todos los órganos de la Corte. En este sentido, el Estatuto parece exigir un mayor grado de colaboración a los Estados parte, pero no rechaza solicitar ayuda judicial o de otra índole a organizaciones

¹⁴ *Íbidem*, artículo 93.10

¹⁵ Estas dos características, junto con la definición tasada de los motivos que un Estado puede alegar para negarse a cooperar con la Corte son, a juicio de Mochochoko, las tres notas que caracterizan la regulación de la parte IX del Estatuto. Véase. P. Mochochoko, "International Cooperation and Judicial Assistance" *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute* comp., R.S. Lee, , La Haya, Kluwer, pp. 305-307

internacionales o a Estados que no sean parte, no importando que sea sobre bases distintas.¹⁶

En concreto, la cooperación de los Estados no parte dependerá de la conclusión de acuerdos especiales con la Corte, o de arreglos especiales a través de otros medios, probablemente como consecuencia de la aceptación *ad hoc* por el Estado que se trate de la competencia de la Corte en un caso en Particular.¹⁷

Así, la primera manifestación de la obligación de cooperación es decir, el primer escalón de una escala en ascenso, consiste en atribuir a la Corte la facultad genérica de formular solicitudes de cooperación a los Estados parte. Esta fórmula de cooperación tiene su origen en algunos tratados multilaterales relativos a la represión de delitos internacionales y, con ellas, se pretende poner de manifiesto que, en principio, la Corte puede requerir la colaboración de un Estado parte en cualquier fase del proceso, sin límite alguno, ni material, ni temporal¹⁸.

Las solicitudes de cooperación se tramitarán o bien por el Secretario de la Corte o bien, por la Fiscalía, según el órgano de la que provengan, y ellos mismos recibirán las respuestas de los Estados requeridos (regla 176). En este punto conviene recordar que, debido a la aproximación marcadamente estatalista que el Estatuto adopta, también se prevé la posibilidad de que se le atribuya a los Estados la potestad de designar, tanto los conductos nacionales encargados de recibir solicitudes de cooperación, como el idioma en el que se redactarán.

¹⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota, 111, Art. 87.5.- La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada....”

¹⁷ Jiménez García, F. “Hacia una Jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998” *Studia Carande. Revista de ciencias sociales y jurídicas*, 1993-3, España, Instituto Ramón Carande, p. 127.

¹⁸ El artículo 86, toma como referente el artículo 29 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, junto con el artículo 11 del Convenio de Montreal para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, y el Tratado de asistencia recíproca en asuntos penales, aprobado por la resolución de la Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas 45/117, de 14 de diciembre de 1990.

Es así, que cada Estado notificará al Secretario en el momento de la ratificación o adhesión al Estatuto, todos los datos relativos a la autoridad nacional designada para prestar asistencia a la Corte, así como el o los idiomas oficiales en los que las solicitudes deberán redactarse¹⁹. Las autoridades nacionales podrán posteriormente modificar los canales de comunicación o el idioma, sin otro requisito previo que la comunicación por escrito al Secretario. Los cambios surtirán eficacia cuarenta y cinco días después de la fecha en que hayan sido notificados a la Corte, y lógicamente no afectarán a las solicitudes en curso²⁰. Las mismas normas serán de aplicación cuando la petición de cooperación se dirija a una Organización Internacional.²¹

Las solicitudes de cooperación y asistencia preservarán la confidencialidad de la información a la que se refieran, y velarán por la seguridad de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares, para lo que se necesitará plena colaboración del Estado requerido²². Si el Estado considerase que la solicitud de cooperación le plantea problemas por no contener la información necesaria, por ser de imposible ejecución debido a un error en la identificación de la persona buscada o a su no localización, o por resultar incompatibles con una obligación convencional preexistente, celebrará sin dilación consultas con la Corte a fin de intentar eliminar los obstáculos que impidan dicha cooperación.²³

El diálogo continuo y la negociación entre la Corte y los Estados requeridos están llamados a desempeñar en la práctica un papel crucial, con la finalidad de abrir cauces permanentes de comunicación que eliminen conflictos y ofrezcan modos alternativos de colaboración, cauces que, sin embargo, en ningún caso diluirán la obligación de cooperación; así las consultas fracasasen, prevalecerá la

¹⁹ Reglas 177 y 178

²⁰ Regla 180.

²¹ Regla 176.4

²² Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.*, nota, 111, Artículo 87, numerales 3 y 4.

²³ *Íbidem*, artículo 97

opinión de la Corte, en la medida en que el propio Estatuto, estipula la solución de que las controversias relativas a las funciones judiciales compete a la Corte.²⁴

En cualquier caso, si un Estado, ya sea parte o no en el Estatuto, se negase a dar curso a una solicitud de colaboración, la Corte podrá constatar formalmente el incumplimiento, dando traslado de esa decisión a la Asamblea de los Estados parte o al Consejo de Seguridad, en el caso de que éste fuese el órgano que hubiera actuado como remitente del asunto²⁵. Por lo tanto, aplicando por analogía el mismo argumento que el Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia utilizó en el caso *Blaskic subpoena*²⁶, la Corte carecerá, en sus relaciones con los Estados parte, de un poder coercitivo o sancionador directo que le permita exigir la cooperación, de manera que deberá acudir a otras instancias.

En tal virtud, la Asamblea examinará cualquier cuestión que le sea remitida con relación a la falta de cooperación, sin embargo, el Estatuto no prevé cuales serán las consecuencias de continuar en su actitud el Estado reticente. Por el contrario, si el órgano que toma cartas en el asunto es el Consejo de Seguridad, sería posible una mayor efectividad, ya que éste dispone de una amplitud de posibilidades previstas en el capítulo VII de la Carta de la Naciones Unidas para exigir el cumplimiento de las obligaciones de cooperación.

Las dudas acerca de la contundencia y eficacia de los recursos de la Asamblea de los Estados parte para remediar la falta de colaboración estatal, junto con la apuesta decidida por la consulta en lugar de la confrontación como garantía del cumplimiento de las obligaciones de cooperación, explican que el Estatuto imponga a los Estados el deber de asegurarse de que, en sus respectivos derechos internos, existen procedimientos que hagan posible el cumplimiento de todas las formas de cooperación²⁷, ello con la finalidad de uniformar criterios y

²⁴ *Íbidem*, artículo 119.

²⁵ *Íbidem*, Art. 86. e para los Estados que no sean parte y Art. 87.7 para los Estados Parte.

²⁶ *Prosecutor v. Blaskic, Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of the Trial Chamber II of July 1997, Case no. IT-95-14.*

²⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota 111, artículo 88.

evitar que los Estados puedan determinar unilateralmente el grado de su obligación de colaboración con la Corte.

Este deber de adecuación puede implicar la adopción de numerosas medidas legislativas encaminadas a asegurar la coordinación entre el sistema internacional y los sistemas internos, garantizando la incorporación posterior y posterior aplicación de las obligaciones de cooperación y asistencia en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por lo tanto, sin perjuicio de la adopción de otras medidas legislativas en el plano sustantivo, los Estados parte deberán adaptar su derecho interno para ejecutar las solicitudes de información y documentación, así como para cooperar con la investigación y el enjuiciamiento de un asunto, la práctica de las pruebas y la asistencia judicial solicitada respecto de personas protegidas, ya se trate de testigos, víctimas o incluso de personas investigadas o de los propios inculpados²⁸. En ese entendido, cualquier norma o procedimiento administrativo interno que conlleve un aplazamiento o la obstrucción de la plena cooperación con la Corte, contravendría las obligaciones que los Estados parte se han comprometido a observar, lo que podría dar lugar a que la Corte adoptase una decisión de incumplimiento según lo previsto en el Artículo 87.7

Por tal motivo, ningún Estado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de las obligaciones asumidas de conformidad con el Estatuto, tal y como lo prevén los artículos 25 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. De otra manera, que a las garantías propias de que dispone la Corte para asegurarse el cumplimiento de las obligaciones de cooperación, hay que añadir los medios tradicionales de los que disponen los Estados parte, de conformidad con el derecho internacional público para reaccionar frente a la violación de las

²⁸ Éstos serían tres de los ámbitos principales en los que la cooperación exige una policía activa por parte de los legisladores nacionales. Un examen mucho más exhaustivo de las modificaciones legislativas que entraña la participación en el Estatuto puede encontrarse en el documento elaborado por Amnistía Internacional, *The International Criminal Court: Checklist for Effective Implementation*.

obligaciones internacionales de naturaleza convencional (*pacta sunt servanda*), lo que incluye la exigencia de responsabilidad internacional por hechos ilícitos por el Estado incumplidor, con independencia de que la causa del incumplimiento sea imputable a la subdivisión o entidad de naturaleza infra-estatal, así como la posible adopción de medidas de autotutela.

B. Obligaciones específicas.

Junto con la obligación genérica de cooperación, el Estatuto describe varios tipos de obligaciones concretas, a saber: a) detención y entrega de personas investigadas o acusadas (incluyendo la detención provisional); b) asistencia en materia de investigación o enjuiciamiento y; c) tramitación y divulgación de documentos e información y práctica de la prueba testimonial.

a. Detención y entrega a la Corte de personas

El Estatuto faculta a la Corte solicitar la detención y entrega a cualquier Estado donde pueda hallarse una persona objeto de investigación o acusada de la comisión de un crimen de competencia, como lo señala el artículo 89.1 de su Estatuto²⁹ . La orden de detención y entrega surtirá los mismos efectos que una petición de extradición, fórmula clásica de cooperación entre los Estados que está llamada a convivir con el Estatuto y a la que no pretende desplazar; pero de la que pretende diferenciarse con nitidez. Así, el artículo 102³⁰ establece una diferencia entre el término “entrega” y el de “extradición”, ello con la finalidad de superar el

²⁹ La Corte podrá transmitir, junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno.

³⁰ Para los efectos del Estatuto:
a) Por "entrega" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte; b) Por "extradición" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno.

obstáculo que se deriva de la existencia del principio, común en la mayoría de los derechos internos, que prohíbe la extradición de los propios nacionales.³¹

En cambio, por lo que se refiere a la ejecución de la obligación de cooperación en la regulación del Estatuto, éste deberá cumplir con la solicitud prevista en su derecho interno³². La aplicabilidad de los derechos nacionales a los procedimientos de detención y entrega de personas a la Corte es consecuencia de una orientación estatalista, así como del peso que la soberanía retiene frente a las exigencias de solidaridad internacional. Por esta razón, las autoridades judiciales del Estado donde se ha ejecutado la solicitud, podrán verificar si la detención se ha efectuado conforme a derecho, y respeto a las garantías procesales que su ordenamiento reconoce a las personas investigadas o acusadas.

Una vez definido el contenido de la obligación, el Estatuto prevé con carácter excepcional la posibilidad de que el Estado requerido posponga la solicitud de cooperación, cuando la persona cuya detención o entrega se pida,

³¹ Este punto en particular causaba controversia en el ámbito jurídico mexicano, en virtud de que no existía una unidad de criterios respecto a la interpretación del Artículo 15 Constitucional, en concordancia con el artículo 102 de Estatuto, sin embargo, no fue necesaria una reforma constitucional en virtud de que el carácter de la norma internacional es únicamente complementaria y no limitativa del texto del artículo mencionado.

³² Procedimiento de detención. 1. El Estado Parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega tomará inmediatamente las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno y con lo dispuesto en la Parte IX del presente Estatuto. 2. El detenido será llevado sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinará si, de conformidad con el derecho de ese Estado: a) La orden le es aplicable; b) La detención se llevó a cabo conforme a derecho; y c) Se han respetado los derechos del detenido. 3. El detenido tendrá derecho a solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega. 4. Al decidir la solicitud, la autoridad competente del Estado de detención examinará si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte. Esa autoridad no podrá examinar si la orden de detención fue dictada conforme a derecho con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 58. 5. La solicitud de libertad provisional será notificada a la Sala de Cuestiones Preliminares, que hará recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención. Antes de adoptar su decisión, la autoridad competente del Estado de detención tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones, incluidas las relativas a medidas para impedir la evasión de la persona. 6. De concederse la libertad provisional, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá solicitar informes periódicos al respecto. 7. Una vez que el Estado de detención haya ordenado la entrega, el detenido será puesto a disposición de la Corte tan pronto como sea posible.

haya impugnado la admisibilidad del asunto ante la Corte, alegando la excepción de cosa juzgada. El aplazamiento será de carácter temporal, mientras no exista o esté pendiente la decisión sobre la admisibilidad, ya que, resuelta la impugnación a favor de la Corte, se procederá a dar cumplimiento a la solicitud. La misma respuesta se dará en caso de que la persona buscada esté siendo enjuiciada o cumpla condena por un crimen diferente al que motiva la solicitud de la Corte, instándose de nuevo, en este caso, a la celebración de consultas para evitar cualquier confrontación.³³

Así, el Estatuto ha dispuesto un conjunto de normas para resolver las dificultades que debe enfrentar un Estado en caso de presentación de solicitudes concurrentes de cooperación, es decir, de la coexistencia de una solicitud de detención y entrega de la Corte con una petición clásica de extradición entre Estados³⁴. Tales problemas se deben a que los crímenes de la competencia de la Corte son los mismos, aunque no los únicos, que facultan a los Estados para el ejercicio de la jurisdicción universal, por lo que resulta probable que un Estado parte en el Estatuto, reciba una solicitud de detención y entrega a la Corte de una persona por la comisión de determinados crímenes y simultáneamente, una petición de extradición formulada por otro Estado respecto a la misma persona, por los mismos hechos.³⁵

En ese entendido, en el Estatuto se han articulado respuestas diferenciadas en función de la combinación de tres variables: 1) que las solicitudes concurrentes provengan de Estados parte, o de Estados no parte; 2) que la Corte haya determinado o no la admisibilidad de la causa; 3) que las solicitudes concurrentes conciernan o no a las mismas personas y los mismos crímenes. Por tal virtud, el

³³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota 111, artículo 89.4.- Si la persona buscada está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte, el Estado requerido, después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte.

³⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota 111, artículo 90.

³⁵ Arcos Vargas, María del Carmen, "La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional" *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, CGPJ; pp. 435-453

Estatuto ofrece soluciones para todas las posibles combinaciones, en las que se da preferencia a las solicitudes de la Corte, ya sea en primera o segunda estancia.³⁶ Por lo tanto, la única dificultad real se presentará cuando el Estado que solicite la extradición no sea parte y el Estado requerido esté obligado por alguna norma internacional a concedérsela, en cuyo caso parece que prevalecería la obligación convencional por encima del Estatuto. No obstante, antes de adoptar una decisión al respecto, el Estado requerido deberá tomar en consideración algunos elementos, entre los que destaca la fecha de las respectivas solicitudes, los intereses y la conexión del Estado requirente con el crimen o con la posibilidad de acuerdos posteriores sobre la entrega. En este sentido es necesario señalar que éstos son los mismos factores que las autoridades nacionales suelen ponderar antes de tramitar o denegar una solicitud de extradición.

Salvo esta excepción, en los restantes supuestos de solicitudes concurrentes, incluidas las peticiones de extradición provenientes de Estados no parte, o referidas a conductas distintas de las que constituyen el objeto de la solicitud de la Corte, el Estado requirente estará obligado a dar prioridad a la petición de la Corte, siempre que ésta hubiera sido previamente declarada admisible en la causa.

Si bien algunos autores han criticado que no se reconozca prioridad absoluta a las solicitudes de cooperación dimanantes de la Corte, permitiendo así que sean los Estados afectados los que resuelvan el dilema entre la justicia universal internacional y la justicia nacional, lo cierto es que tanto, el método de creación de la Corte, como el juego de complementariedad, impiden la aplicación del principio de primicia que se predica respecto de los Tribunales *ad hoc* y las jurisdicciones nacionales. Con estos condicionamientos previos, el Estatuto ha optado por atribuir a los Estados un poder discrecional similar al que gozan para la resolución de solicitudes concurrentes de extradición, lo que en modo alguno, puede entenderse como una invitación a la desobediencia respecto a las

³⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota 111, artículo 90.

peticiones de cooperación de la Corte. Por el contrario, el propósito que se persigue es evitar que la cooperación de la corte obligue al Estado requerido a incumplir las obligaciones internacionales, ya que en ausencia de una disposición similar el artículo 103 de la Carta de la Organización de la Naciones Unidas, difícilmente podría invocarse la importancia de los bienes jurídicos protegidos por la Corte como justificación de la violación de otras disposiciones convencionales de rango presuntamente inferior. De ahí que, en consonancia con la política de diálogo y concertación que preside toda la Parte IX, se insista en la celebración de consultas para resolver cuantos problemas pudieran obstaculizar o impedir la cooperación entre el Estado requerido y la Corte.³⁷

La voluntad de no exigir al Estado requerido que incumpla las obligaciones derivadas del derecho internacional explica que la Corte deba abstenerse de dar curso a cualquier solicitud de cooperación que entrañe violación de obligaciones contraídas para con un tercer Estado en materia de inmunidades, salvo que el tercer Estado renuncie previamente a invocar la inmunidad de la que se trate³⁸. Lo anterior no es óbice para reconocer que puede existir una contradicción aparente entre ésta disposición y el artículo 27 del propio Estatuto, en donde se recoge la improcedencia del cargo oficial como eximente o atenuante de la responsabilidad penal individual. Por ello, es necesaria una interpretación integradora de ambos preceptos, para señalar que el Estatuto no busca modificar las normas consuetudinarias o convencionales relativas a las inmunidades, sino sólo desactivar sus efectos en caso de que la Corte se considere competente para enjuiciar una causa determinada. No obstante, el hecho de que la Corte renuncie a solicitar la colaboración estatal no impedirá que pueda procesar a cualquier persona considerada inmune con arreglo al derecho interno o al derecho internacional.

³⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, op. cit. nota 111, artículo 97.

³⁸ Art. 98

La misma intención de no obligar a los Estados a actuar de manera incompatible con otras obligaciones internacionales es la que anima el artículo 98.2. En este caso, la tramitación de una solicitud de entrega, queda supeditada a la previa obtención del consentimiento de un tercer Estado. En realidad, con esta fórmula se pretende dar cobertura al personal integrante de las fuerzas militares desplegadas fuera de sus fronteras, de manera que la Corte sólo cursará una petición de colaboración al Estado receptor, en cuyo territorio se encuentre la persona objeto de la solicitud de entrega después de haber verificado que cuenta con la aquiescencia del Estado de origen al que pertenezcan las fuerzas militares, a imagen y semejanza de lo previsto en el Estatuto de la Fuerzas de la OTAN.³⁹

Por último, el Estatuto describe en una tercera instancia; cuáles son las formalidades que deben satisfacer las solicitudes de detención y entrega, tomando de nueva cuenta como punto de partida el derecho interno del Estado requerido. En concreto, además de su tramitación por escrito, o por cualquier otro medio que asegure su consistencia, es necesario que la solicitud de entrega esté acompañada de una copia de la orden de detención dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares. En ella se deberán contener los datos necesarios para la identificación y localización de la persona buscada, así como por cuantos documentos e informaciones se precisen para la entrega de conformidad con el derecho interno del Estado requerido, sin perjuicio de que, en atención al carácter específico de la cooperación con la Corte, no podrán exigirse requisitos más gravosos que los aplicables a las solicitudes de extradición. La persona buscada tiene derecho a que todos los documentos relativos a la entrega sean traducidos a un idioma que comprenda y hable (Regla 187).

³⁹ Véase el artículo 7 del Convenio entre los Estados Parte del Tratado del Atlántico Norte, relativo al Estatuto de sus Fuerzas, de 19 de junio de 1951. En el que se reconoce la necesidad de contar con el consentimiento del Estado que envía, es decir, la prioridad de la jurisdicción de dicho Estado frente al del Estado en donde se hallan estacionadas las fuerzas militares.

En caso de urgencia, la Corte puede, antes de presentar formalmente la solicitud de entrega, pedir la detención provisional de una persona sobre la base de la orden de detención previamente dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares⁴⁰. La idea de simplificar trámites formales y evitar demoras, permite a la Corte pedir por anticipado la colaboración de un Estado mientras prepara la solicitud de detención y entrega y los documentos justificativos que deben acompañarla, los que deberán transmitirse al Estado requerido en un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la detención provisional (regla 188). Transcurrido este plazo, el detenido podrá solicitar al Estado de detención su libertad provisional, determinación que le corresponde a dicho Estado, el que deberá adoptarla previa ponderación del riesgo de fuga, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Sala de Cuestiones Preliminares. Pese a quedar en libertad, la persona buscada podrá ser detenida de nuevo y entregada a la Corte sin dilación, una vez que el Estado requerido haya recibido la solicitud de entrega en plazo y forma.

Además de las obligaciones de detención y entrega o detención provisional, los Estados parte también tienen el deber de facilitar el tránsito por su territorio de aquellas personas que otro Estado pretende poner a disposición de la Corte⁴¹. La solicitud de autorización del tránsito contendrá además de los típicos elementos descriptivos de la persona, la orden de detención y entrega. Cuando el traslado tenga lugar por vía aérea no se exigirá en principio la autorización del Estado cuyo territorio se pretende sobrevolar sin escalas, salvo que tenga lugar un aterrizaje imprevisto.

⁴⁰ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota 111, artículo 92 en concordancia con el artículo 58.5

⁴¹ *Íbidem*, artículo 88.3

b. La asistencia en materia de investigación y enjuiciamiento.

Junto con las obligaciones en materia de detención y entrega de personas a la Corte, el Estatuto reconoce la necesidad de la cooperación y asistencia estatal en lo referente a una investigación o enjuiciamiento en curso. La especificidad del ejercicio de la función jurisdiccional por la Corte demanda la colaboración de autoridades para la práctica y preservación de pruebas, el interrogatorio y protección de víctimas y testigos, la toma de declaraciones del acusado, el reconocimiento judicial, la ejecución de allanamientos y decomisos y otras formas de asistencia previstas en dicho documento.⁴²

La principal dificultad que suscitó la regulación de esta materia durante la Conferencia de Roma tuvo su origen en la reticencia de los Estados a aceptar que el fiscal de la Corte pudiera ejecutar directamente, o a través del personal a su servicio, las solicitudes de asistencia en el territorio de un Estado sin necesidad de obtener el permiso previsto por las autoridades competentes de dicho Estado. De otra parte, los recelos manifestados por las delegaciones estatales eran perfectamente comprensibles, teniendo en cuenta que, tanto los actos de investigación en el procedimiento preliminar, como la práctica de pruebas son competencia exclusiva de los órganos judiciales y las autoridades policiales nacionales, en la medida en que afectan la soberanía del Estado donde tiene lugar⁴³.

De ahí que, incluso en los supuestos clásicos de cooperación internacional, ya sea a través de los procedimientos de asistencia judicial o mediante el recurso a los mecanismos de cooperación policial internacional (INTERPOL), la asistencia en materia penal se canaliza por medio de los tratados bilaterales y/o multilaterales, que se caracterizan por tres elementos: exigir el consentimiento previo del Estado afectado; proclamar la vigencia del principio de reciprocidad; e

⁴² *Íbidem*, artículo 93

⁴³ Lirola Delgado Isabel y Martín Martínez Magdalena, *op. cit.* nota 31, pp.274 y 275.

incluir cláusulas de salvaguarda del orden público o los intereses nacionales esenciales del Estado afectado.

Bajo ese punto de vista, la posibilidad de que el fiscal de la Corte pueda llevar a cabo diversas actuaciones relacionadas con una solicitud de cooperación en el territorio de un Estado requerido, sin contar con su autorización, merece una valoración muy positiva, todo ello sin perjuicio de que el Estatuto subordine la ejecución de dichas solicitudes al cumplimiento de condiciones estrictas, la principal de las cuales se refiere al hecho de que la intervención del Fiscal ha de ser esencial para la cooperación y no entrañar la utilización de medios coercitivos.

Por otra parte, el Estatuto somete a las solicitudes de asistencia una especie de control de legalidad, en la medida en que su contenido debe estar en conformidad con el derecho interno del Estado requerido, es decir, en caso de que la medida estuviera prohibida por la legislación nacional por contravenir un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general, la Corte deberá modificar la solicitud de asistencia, de lo que se deduce que, en caso de contradicción insuperable, prevalecerá en última instancia el derecho interno.

De igual manera, en cuanto a la imposición de límites a la cooperación, el Estatuto sólo menciona algunas de las posibles modalidades de ejecución, tales como el reconocimiento judicial, la entrevista de testigos o la recepción de pruebas sin la presencia de autoridades nacionales, además de establecer un régimen diferente según que el presunto crimen se haya cometido en el territorio de un Estado parte cuya colaboración se requiere o en otro Estado. En la última hipótesis, el Estado podrá imponer condiciones añadidas para facilitar las investigaciones o hacer valer restricciones relativas a su seguridad interna. De cualquier forma, ante cualquier dificultad habrá que acudir al consabido mecanismo de consultas para desbloquear la ejecución de la solicitud de asistencia.

Por lo que respecta a los requisitos formales que han de cumplir las solicitudes de asistencia contempladas en el artículo 93, deberán formularse por

escrito, y contener los elementos necesarios para permitir la identificación y localización de la persona o el lugar objeto de la búsqueda, a semejanza de lo previsto para las solicitudes de detención y entrega. Sin embargo a diferencia de éstas, no necesitan ir acompañadas de la orden de detención, puesto que su finalidad es distinta, aun cuando sí deberá contener una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos que la motivan, así como el procedimiento a seguir para su ejecución, amén de cualquier otra información que el ordenamiento del Estado requerido considere precisa. En adición, las Reglas de Procedimiento y Prueba han concretado el contenido de las solicitudes de algunas modalidades específicas de cooperación en especial las relativas a las seguridades de los testigos y el traslado provisional de detenidos⁴⁴

A. La tramitación y divulgación de documentos y la práctica de la prueba testimonial.

Respecto a la tramitación y divulgación de documentos es notorio que la investigación o el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los crímenes de guerra, puede requerir la entrega y/o divulgación de documentos o información que conciernan a la seguridad interior y exterior del Estado cuya colaboración se solicita. Para solucionar la eventualidad, el Estatuto ha previsto la puesta en marcha de un complejo mecanismo de concertación entre el Fiscal, la Corte y el Estado requerido, cuyo propósito último es permitir la ejecución de la solicitud de cooperación, sin menoscabo de la defensa de la seguridad de los Estados.

En otro orden de ideas, en lo que atañe a las solicitudes de asistencia para la práctica de la prueba testimonial, ésta reviste especial importancia en las causas penales y en especial en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, por lo que resulta imprescindible la cooperación estatal para la práctica de dicha

⁴⁴ *Íbidem*, artículo 93.2 y reglas 190 y 192.

probanza en el juicio oral, ello con la finalidad de evitar las declaraciones arrancadas en violación a los derechos o garantías fundamentales.

Sin embargo, el Estatuto sólo ordena la cooperación para favorecer la comparecencia voluntaria de testigos o expertos y el traslado provisional del detenido a la Corte con su consentimiento. Este dato, sumado al hecho de que el fiscal sólo podrá ejecutar aquellas solicitudes relativas a la toma de declaraciones o entrega de pruebas realizadas voluntariamente y que no impliquen medidas coercitivas, puede provocar que la prueba testimonial no se rinda en persona ante la Corte, sino a través de medios electrónicos, o lo que es peor, que traiga consigo la adopción de medidas especiales que pudieran lesionar gravemente los derechos del acusado.

Por tal virtud sería conveniente que, en la práctica y desahogo de esta probanza, se extendiera el deber de comparecencia que los testigos tienen, de conformidad con los ordenamientos internos⁴⁵, a las solicitudes dictadas por la Corte, atribuyendo a las autoridades nacionales la obligación de asegurar y anticipar los gastos que genere la ejecución de solicitud de comparecencia. Asimismo debería asimilarse el delito de falsedad ante la Corte al mismo previsto en las causas penales internas.

Con relación a los gastos generados por la ayuda, el Estatuto regula una disposición común acerca de cómo se distribuyen las costas generadas por la ejecución de todas las solicitudes⁴⁶, así la regla general es que los gastos ordinarios correrán a cargo del Estado requerido, mientras que la Corte afrontará los gastos extraordinarios, además de los relativos a viajes, transportes, dietas, traducciones, interpretación y transcripción.

⁴⁵ En el caso de México, el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto los hechos investigados. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.

⁴⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota 111, artículo 100.

B. Obligaciones en la ejecución de penas

Junto a las obligaciones de cooperación y asistencia descritas en la parte IX del Estatuto, éste regula también la intervención de los Estados en lo que genéricamente se denomina la ejecución de la pena (Parte X).

En efecto, en el caso de la Corte, al igual como sucede con los tribunales *ad hoc*, tanto la ejecución de las sentencias como el cumplimiento de las condenas depende de la colaboración de los Estados, que son quienes, por un lado, deben asegurar la efectividad de los pronunciamientos emanados de la Corte, garantizando su aplicación a través de sus respectivos ordenamientos internos, y por el otro, han de poner al servicio de la Corte las instituciones judiciales y las estructuras penitenciarias de las que ésta carece para asegurar así el cumplimiento de las diferentes penas. Tomando como modelo el sistema implantado para los tribunales *ad hoc*⁴⁷, el Estatuto aborda tres bloques de cuestiones. En primer lugar, la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad⁴⁸. En segundo lugar, la colaboración estatal en la ejecución de las multas y órdenes de decomiso⁴⁹. Por último, la cuestión de la respuesta ante la posible fuga o evasión de un condenado.

Por lo que concierne a la ejecución de las penas privativas de libertad, se subordina a un acto unilateral por el que el Estado manifiesta el consentimiento en obligarse a recibir a las personas que hubieran sido condenadas por la Corte. Por tanto, en este ámbito, la cooperación estatal no es obligatoria, automática ni inmediata, sino que exige una declaración adicional por parte de las autoridades nacionales en la cual expresen su voluntad de poner su propia administración penitenciaria a disposición de la Corte; expresión que debe emanar de los órganos autorizados para tal efecto y tiene que ser en forma clara, precisa e inequívoca. El

⁴⁷ Art. 27 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional en la ex-Yugoslavia y 26 del Tribunal Penal Internacional en Ruanda.

⁴⁸ Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.* nota 111, artículos 103 a 108 y 110 y Reglas 198 a 210.

⁴⁹ *Íbidem*, artículo 109 y Reglas 211 a 213.

Estado que manifieste su disponibilidad a recibir condenados pasará a formar parte de una lista, elaborada por el secretario, al que la Corte recurrirá para determinar en cada caso concreto dónde debe cumplir un condenado la pena que le haya sido impuesta.⁵⁰

Así, el Estatuto reconoce a todo Estado que formula la declaración de aceptación la facultad de poner cuantas condiciones considere oportunas; por su parte la Corte se reserva el derecho de aceptar o no tales condiciones, en cuyo caso la Presidencia excluirá a dicho Estado de la lista arriba indicada. El mecanismo de acumulación, aceptación y retirada de estas declaraciones es similar al de las reservas a los tratados internacionales, ya que el Estado que haya puesto condiciones a la recepción de condenados podrá retirarlas, modificarlas o enmendarlas en cualquier momento, previa conformación de la Presidencia, pudiendo también darse de baja de la lista cuando lo estime conveniente.

La elección del Estado de ejecución de la pena compete a la Corte; en concreto será la Presidencia quien ejerza tanto ésta como las restantes funciones relativas a la parte X. Aunque se trata de una facultad discrecional, el Estatuto ha fijado algunos criterios, tanto objetivos, como subjetivos, que han de guiar la selección. Entre los primeros destacan la necesidad de garantizar el respeto a las normas internacionales relativas al tratamiento de los reclusos y el reparto equilibrado de esta responsabilidad entre los Estados parte, sobre la base del principio de distribución geográfica equitativa y la ponderación del número de Estados voluntarios y el número de condenados.

Entre los criterios subjetivos se insiste en la necesidad de tomar en cuenta factores personales relativos al condenado, tales como su nacionalidad y muy especialmente su opinión sobre cuál debería ser el Estado designado para la ejecución, para lo cual se le permitirá realizar observaciones al respecto.

⁵⁰ *Íbidem*, artículo 103.1 y regla 200

Una vez realizada la elección, la Presidencia notificará su decisión al Estado designado, quien a su vez, indicará sin demora si acepta o no la designación. Si el Estado inicialmente escogido rechazara la designación se procederá a una nueva elección, quedando en última instancia la posibilidad de que la pena se ejecute en un establecimiento penitenciario de los Países Bajos, que es el Estado anfitrión de la Corte. Aun cuando existe una gran dependencia de las administraciones penitenciarias internas, no es obstáculo para que la Corte cuente con amplias funciones de decisión y supervisión, pues ésta no sólo designará el Estado en donde se ejecutará la pena, sino también determinará el momento de la entrega del condenado e incluso podrá de oficio o a petición del fiscal o del condenado, cambiar el lugar de cumplimiento de la condena.⁵¹ Así también, la Presidencia controlará la ejecución y posible reducción de la pena privativa de libertad, las condiciones de reclusión e incluso el traslado de condenados que hayan cumplido su pena. La supervisión se concreta en la atribución a la Corte de un conjunto de derechos y la imposición de deberes relativos a los Estados en donde se realice la ejecución.

Respecto a las facultades de supervisión que se permitirán a la Corte se encuentran: a) controlar la ejecución y las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de libertad, que se rigen por la legislación interna del Estado de ejecución pero con arreglo al Estatuto y otras normas convencionales internacionales relativas al tratamiento de reclusos, previéndose el derecho de la Corte a reunirse con el condenado y a escuchar sus observaciones sin presencia de las autoridades internas del Estado respectivo; b) adoptar las decisiones relativas a las solicitudes de apelación o revisión; c) aprobar las decisiones de los Estados de ejecución relativas al procesamiento, sanción o extradición del condenado por otros delitos; d) decidir sobre la posible reducción de la pena o la terminación de la ejecución de la condena y; e) solicitar información acerca de la decisión adoptada por el Estatuto de ejecución de trasladar al condenado que ha cumplido su pena o de autorización a permanecer en su territorio.

⁵¹ *Íbidem*, artículo 104 y reglas 209 y 210.

Por lo que se refiere a las obligaciones asumidas por el Estado de ejecución se encuentran: a) respetar la obligatoriedad, duración y condiciones de la pena de reclusión impuesta por la Corte, dicho en otras palabras, el Estado no puede modificarlas por iniciativa propia; b) incorporar a su derecho interno los límites para el enjuiciamiento o sanción del condenado que se halle bajo su custodia por otros delitos; c) facilitar al condenado presente solicitudes de revisión y apelación, además de acatar las determinaciones que adopte la Corte; d) mantener recluido al condenado hasta que haya cumplido su condena o hasta que la Corte se pronuncie sobre su reducción. Pese a aplicar su legislación interna, el Estado respectivo renunciará a interferir o reducir la duración de la condena, por tratarse de una competencia exclusiva de la Corte. En concreto, la Sala de Apelaciones no examinará ninguna cuestión de reducción de condena hasta en tanto el recluso hubiese cumplido las dos terceras partes de ésta o hasta transcurridos veinticinco años, cuando se trate de cadena perpetua. Los criterios para decidir si procede o no una remisión parcial son similares a los que se aplican en los diferentes derechos internos y se refieren fundamentalmente al posible arrepentimiento, la reinserción y la alarma social suscitada por una eventual libertad anticipada; e) excarcelar al condenado una vez cumplida su condena o cuando lo ordene la Corte, así como facilitar su traslado a un tercer Estado; y f) preparar y ejecutar, en su momento, los programas de conciencia social y de formación del personal adscrito a la administración penitenciaria a fin de favorecer la correcta aplicación del Estatuto.

En resumen, los Estados de ejecución han transferido a la Corte las principales funciones características de la función jurisdiccional penal. De esta forma, la cooperación de los Estados con la Corte constituye un cambio cualitativo respecto a los cauces tradicionales de cooperación y asistencia judicial en materia penal, a la par de que evidencia la necesidad de superar no sólo la fórmula tradicional de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sino incluso los mecanismos previos para el reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales internacionales.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Para construir una concepción integral de lo que es política criminal es necesario comprender desde una perspectiva totalizante los diferentes aspectos que implica el proceso de criminalización, esto es, considerarlos como un sistema de control. Esta visión incluye no sólo las leyes penales, sustantivas y adjetivas, sino las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, es decir, los cuerpos policiales, las instancias investigadoras, los órganos jurisdiccionales, el procedimiento penal, el sistema penitenciario.

Luego entonces, mirada la cuestión criminal desde la política implica que no hay estadios separados o independientes, sino que todos forman una unidad, por lo que el ámbito de acción de la política criminal no se circunscribe al ámbito de la justicia penal, sino que se refiere a la totalidad del sistema de control social, por lo que se interrelaciona con otras áreas de la política estatal, particularmente del *sector social*, como salud, vivienda, educación, trabajo, etc., con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas.

Por tanto, la política criminal en su primer estadio, es el poder definitorio de los procesos criminales dentro un núcleo social y, por consiguiente, permite dirigir y organizar la respuesta estatal tendente a combatir la impunidad y contribuir a la preservación, reestablecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad sociales; entonces, la política criminal ha de auxiliarse y atender

diversas disciplinas, tales como la dogmática jurídico-penal que juega un papel fundamental en la concepción e instrumentación de ésta, pues es la derivación conceptual por excelencia del instrumento formal de definición, ya que es el resultado de la propia política implementada por una sociedad. Más aún, la finalidad de la dogmática desde este punto de vista es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto éste es uno de los ámbitos básicos en que se materializa la política criminal y refleja el grado de evolución de las políticas públicas y, por ende, el grado de desarrollo de una sociedad.

En ese entendido, el derecho, como objeto de estudio de la dogmática jurídico penal, es uno de los instrumentos más importantes con que cuenta el Estado para lograr justificar sus alcances y límites, pues constituye la legitimación de su actividad, además de que, gracias a él, adquiere su carácter institucional que le dota, entre otras cosas, de la potestad exclusiva para ejercer la fuerza frente a quien atente contra su estabilidad o cometa algún acto considerado como “criminal”, siempre y cuando haya agotado previamente todos los medios posibles a su alcance para la solución de un conflicto.

Como medio de control social, el derecho tende a evitar determinados comportamientos que se reputan como indeseables para la sociedad, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se materialicen; mas el derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves que afectan directamente a la persona o al patrimonio de quien los realiza para evitar los comportamientos que considera especialmente más reprobables. Se trata, pues, de una forma de control social importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado y, por otra, constituya una de las formas más eficaces del poder. De ahí que este poder punitivo sólo pueda ejercerse de acuerdo a lo previsto por determinadas normas legales aprobadas por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito (que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado) y qué penas deben sufrir quienes las realicen.

En ese orden de ideas, para lograr comprender la construcción de la política criminal, es necesario referirnos al derecho penal como disciplina toral en la definición de las conductas indeseables que atentan contra la persona humana y la sociedad, así como contra la comunidad internacional y que no han sido disuadidas o controladas por las otras ramas del derecho.

En ese orden de ideas, el derecho penal representa un valor específico en la construcción y desarrollo de la política criminal, sea a nivel local o internacional, pues la definición de las conductas consideradas como susceptibles de reproche penal, es decir, la descripción que realiza el legislador de las conductas que lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico tutelado, como es la vida, la libertad, la seguridad o estabilidad de los individuos o instituciones; así como las consecuencias de derechos a las que se hará acreedor quien las materialice en el mundo fáctico, se encuentran circunscritas en esta disciplina; ello, aunado a que se establecen los límites razonables en la imposición de penas para aquellos que adecuan su actuar al tipo legal.

Por otra parte, el derecho penal reviste gran relevancia en el establecimiento de la política criminal, en virtud de que gracias a él, se establecen los pasos a seguir dentro del proceso penal, para así tratar de garantizar la claridad, certeza y equidad de las partes, además de clarificar los límites materiales y formales de la actuación de la autoridad del drama penal.

SEGUNDA

Hasta antes de la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma, la política criminal tenía una connotación local y era definida por cada uno los Estados, sin embargo, con la nueva concepción de conductas criminales internacionales, dicha disciplina adquiere un nuevo carácter y ya podemos hablar de la implementación de una política criminal internacional desde un punto de vista formal.

Los países que signaron y ratificaron el Estatuto han construido una nueva definición de las conductas que, por su gravedad y trascendencia, son susceptibles de reproche penal en el ámbito internacional; así como de las acciones a seguir para atacar, contrarrestar o disuadir la comisión de dichos actos. Muestra de ello es la creación e inicio de operaciones de la Corte Penal Internacional, estableciéndose así una jurisdicción supranacional, misma que fue posible gracias al concierto internacional al ceder parte de sus facultades y así dotarle de una potestad punitiva que, hasta ese entonces, era exclusiva de los gobiernos locales.

La razón de ser de dicho tribunal es lograr la independencia e imparcialidad tanto en la toma de decisiones, así como en la investigación, persecución y resolución de las causas puestas bajo su conocimiento; además de combatir la impunidad y contribuir con el reestablecimiento, mantenimiento y preservación de la paz y la seguridad internacional. En ese entendido, al día de hoy enfrentamos la conformación de una política criminal que ya no es supeditada a los intereses nacionales, sino que se genera y se desarrolla bajo el cuidado y observación de una comunidad internacional. En virtud de que en 2002 tuvo verificativo la sexagésima ratificación del Estatuto de Roma, requisito *sine qua non* para su entrada en vigor, es a partir de ese año que los conceptos de derecho internacional penal, y política criminal internacional cobran vida propia y se erigen como una realidad fáctica y no sólo como un ejercicio conceptual.

Así, con la existencia de una instancia de jurisdicción internacional penal, se logra garantizar la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo cuando los cauces locales o internos resulten insuficientes o ineficaces, situación de gran utilidad en los conflictos armados en los que las instituciones locales han sido rebasadas. De este modo, la presencia de una jurisdicción penal internacional con carácter complementario es idónea y necesaria para los mecanismos de sanción internos, ya que su objetivo es suplir la ausencia de capacidad de actuación o de voluntad política de los Estados y las jurisdicciones locales.

Si bien es cierto representa una instancia con carácter complementario, también tiene una función reparadora en la medida en que los sistemas internos que se encuentran desarticulados o desestructurados no permiten establecer una responsabilidad internacional individual, por lo que se erige como un presupuesto necesario para el reestablecimiento de la paz social en el marco de los procesos de reconciliación nacional y reconstrucción de las instituciones estatales.

Es así, que la existencia de una instancia jurisdiccional penal internacional también reviste una función preventiva en la medida de que su simple existencia con competencias efectivas para sancionar la responsabilidad penal del individuo, lleva aparejada en sí misma un indudable efecto disuasivo en la relación con la violación de las normas penales internacionales, logrando con ello alcanzar la idea de justicia universalmente generalizada en los sistemas democráticos de derecho.

TERCERA

Ante la necesidad de una instancia supranacional encargada de decidir sobre la responsabilidad individual por los crímenes de índole internacional, los Estados aprobaron el texto definitivo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que, como característica esencial, prevé que este organismo deba permitir que la jurisdicción penal nacional competente ejerza sus funciones previamente a su intervención, y sólo lo hará en ausencia de tal jurisdicción o si ésta es incapaz de evitar la impunidad, es decir, cuenta con un carácter complementario que sólo podrá hacer valer cuando no se disponga de una jurisdicción penal nacional para realizar sus tareas o ésta es incapaz de hacerlo.

Según el concepto de jurisdicción complementaria, la Corte Penal Internacional tendrá competencia para investigar y enjuiciar un asunto siempre y cuando un Estado no reivindique su jurisdicción. Es así que los Estados siguen teniendo el papel principal, pero si no lo asumen o consideran que es imposible hacerlo, no muestran interés en el asunto o actúan de mala fe, la Corte se hará

cargo de esa función para garantizar que se sancione a los responsables. Esta instancia está concebida, para intervenir en asuntos en los que no hay perspectiva de que los criminales internacionales sean debidamente procesados por tribunales nacionales. Se subraya que la Corte es un órgano que complementa las jurisdicciones nacionales existentes, así como los procedimientos para la cooperación judicial internacional en asuntos penales, y que no tiene por objeto excluir la competencia de los tribunales nacionales, ni menoscabar el derecho de los Estados a pedir la extradición.

La idea de la jurisdicción complementaria se basa, en primer término, en respetar las soberanías y legislaciones nacionales, es decir, las jurisdicciones locales tienen primicia frente a la Corte; además de que los Estados se han percatado de que, en ciertas circunstancias, sus aparatos nacionales o su legislación interna son insuficientes para juzgar crímenes que socavan los principios más elementales de humanidad. A fin de preservar el ideal de justicia, pero, sobre todo, de evitar la impunidad, los Estados han acabado, en consecuencia, por aceptar el hecho de que sus sistemas necesitan nuevos mecanismos para remediar sus imperfecciones. Así pues, la idea de una jurisdicción internacional se considera una manera de reforzar los esfuerzos contra la impunidad, tratando siempre de preservar el ideal de justicia.

Las excepciones que autorizan la intervención de la Corte son aquellos casos en los que los procedimientos de enjuiciamiento dentro de los sistemas nacionales de justicia penal “no existan o no sean eficaces”, es decir, que sólo intervendrá en los casos en que no se dieran perspectivas de que los presuntos responsables de delitos graves sean debidamente enjuiciados por los tribunales nacionales. Otra excepción al ejercicio de la jurisdicción nacional es el caso de un Estado que voluntariamente desista o renuncie a su jurisdicción en favor de la Corte. Por lo tanto, si el Estado competente determina, por la razón que sea, que no ejercerá su derecho de jurisdicción, podrá desistir de este ejercicio y se abrirán las puertas para que la CPI intervenga a fin de evitar la impunidad.

CUARTA

Las cuestiones relativas a la competencia de la Corte Penal Internacional, ponen de manifiesto la construcción de una nueva política criminal global, la que se define y se explica con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional que trasciende los límites locales y que busca la protección de los valores fundamentales del ser humano.

Se afirma lo anterior, pues el proceso de creación de la Corte Penal Internacional, así como el inicio en sus operaciones son muestras claras de la adopción de una política criminal internacional, pues la conceptualización de las conductas criminales que lesionan a la comunidad global, así como la instrumentación de las instancias encargadas de su investigación, persecución y sanción, forman parte de un sistema de control supranacional, en el que encontramos todos los estadios que competen a la política criminal como disciplina. Hasta antes de la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma, la política criminal tenía una connotación local y era definida por cada uno los Estados Nacionales, ya sea por intereses propios o atendiendo criterios regionales o internacionales, pero sin perder de vista que dicha atribución era exclusiva de ellos; sin embargo, con la nueva concepción de conductas criminales internacionales y un órgano jurisdiccional internacional, dicha disciplina adquiere un nuevo carácter y ya podemos hablar de la implementación de una política criminal internacional.

Los países que signaron y ratificaron el Estatuto, entre ellos México, han construido una nueva visión de las conductas susceptibles de reproche penal, así como las acciones a seguir para atacar, contrarrestar o disuadir la comisión de dichos actos. Ejemplo de ello el establecimiento de una jurisdicción supranacional que busca ser independiente e imparcial tanto en la toma de decisiones, así como en la investigación, persecución y resolución de las causas puestas bajo su conocimiento; ello aunado a que será también la responsable de vigilar la correcta ejecución de las penas impuestas por ella.

En ese entendido, al día de hoy enfrentamos la conformación de una política criminal que ya no es supeditada a los intereses nacionales, sino que se genera y se desarrolla bajo el cuidado y observación de una comunidad internacional cada vez más comprometida en la protección de los valores fundamentales del ser humano, pues la potestad punitiva ya no es exclusiva de los Estados locales, sino que se traslada a una Institución con capacidad de investigación y sanción de las conductas contenidas en el Estatuto de Roma..

Cabe señalar que hay voces que afirman que esta nueva política criminal supranacional no atiende a la protección de los valores fundamentales del individuo ni de la comunidad internacional, sino que busca proteger la economía global, los procesos de producción y por ende, el patrimonio y fuente de riqueza de aquellos que detentan en poder, Sin embargo, los crímenes descritos no atienden intereses patrimoniales o económicos, sino que son el cúmulo de conductas consideradas inaceptables por atentar contra la vida y preservación del ser humano como individuo y como núcleo social.

Por tal virtud, las conductas definidas en el Estatuto de Roma como crímenes y que son competencia de la Corte Penal Internacional son especies de *jus cogens*, en virtud de que atentan contra los intereses de toda la comunidad mundial, pues constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y atacan la conciencia de la humanidad, además de que se caracterizan, tanto implícita como explícitamente, por una conducta o política de Estado, independientemente del hecho de que se haya cometido deliberadamente o por omisión, por tal razón, son normas que incorporan obligaciones de las que ningún Estado puede sustraerse, dicho en otras palabras, son normas *erga omnes*.

En ese entendido, el Estatuto de Roma prevé como crimen competencia de la Corte el *Genocidio*, concebido como *aquellos actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Así, este crimen se centra en la destrucción física de los miembros de un*

grupo y tiene como bien jurídico tutelado determinado grupo humano con una identidad y caracteres propios, que los sitúa en el mismo nivel que los propios Estados, en las bases de la comunidad internacional.

En lo referente a los grados de participación y formas imperfectas de ejecución del crimen de genocidio, el Estatuto señala que serán punibles el genocidio, la conspiración para cometer genocidio, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad en dicho delito. Así, puede concluirse que entre las formas de participación en el delito en comento están: la autoría directa, la coautoría, la autoría mediata, la inducción y la complicidad.

Por otra parte, el análisis del elemento subjetivo de genocidio comprende dos aspectos, el primero se refiere a la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cuya precisión requiere, a su vez, la determinación de la naturaleza discriminatoria del genocida. El segundo aspecto, concierne a la intención de destruir, en todo o parcialmente al grupo como tal. Es así, que el primer aspecto se centra en los elementos discriminatorios que rodean la intención de destruir a un grupo determinado, mientras que el segundo, se refiere a la intención de destruir a un grupo en su conjunto, en tanto que entidad separada y distinta.

La naturaleza discriminatoria del acto de genocidio se deriva de que la elección de las víctimas se lleve a cabo en función de su pertenencia a un grupo particular que se pretende destruir. Por tal virtud, el delito de genocidio se aproxima a la figura de persecución.

Asimismo, *los crímenes de lesa humanidad* constituyen otra de las categorías de conductas sobre de las cuales desde un inicio existía consenso en la comunidad internacional acerca de su inclusión en el Estatuto de Roma. Es así que se recogen dentro de este documento y bajo esta categoría los siguientes comportamientos: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o

traslado forzado de población; e) encarcelación; f) tortura; g) violación; y h) persecución de un grupo *fundada por motivos políticos, raciales, nacionales, religiosos; mismos que tienen como elementos comunes la ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado; el carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil; la ausencia del requisito de la existencia de motivos de discriminación; y el elemento subjetivo del conocimiento de dicho ataque*. Asimismo, el Estatuto contempla el crimen de *apartheid*, además de la esclavitud sexual, prostitución forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

Otro de los supuestos que son innovadores al ser incluidos en el Estatuto de Roma es la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales étnicos, culturales, religiosos, de género”; pues esta figura no se encuentra recogida en ningún tratado internacional y su razón de ser es la de lograr un carácter subsidiario para el crimen de genocidio. Así también, en este punto, contempla una fórmula de compromiso consistente en establecer una definición en la que se entenderá por persecución “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad de un grupo o de la colectividad”, pero ligada la comisión de este supuesto a cualquier otro acto de los recogidos en el artículo 7 o a cualquier otro crimen de la competencia de la Corte.

Dada la naturaleza propia de los conflictos bélicos, la figura de *los crímenes de guerra*, será de la competencia de la Corte cuando *se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes*. Esta cláusula constituye un elemento normativo que tiene como finalidad delimitar su competencia únicamente para aquellos comportamientos y acciones verdaderamente lesivas y extraordinarias cometidas por un gobierno o entidad que se encuentre en un conflicto armado.

Por lo que respecta al contenido concreto que se asigna a los crímenes de guerra, el Estatuto contiene los supuestos recogidos sistemáticamente en torno a cuatro grandes categorías en función a la distinción de conflictos armados de carácter internacional y conflictos armados de carácter interno. Por lo que respecta a los primeros, se recogen las “infracciones graves a los convenios de Ginebra de 1949” y las “violaciones graves de las leyes y usos aplicable en los conflictos armados internacionales”.

Otro apartado importante, es el relativo a determinación de las armas prohibidas, en el que se hace una enumeración expresa de las que se encuentran comprendidas, pero cabe hacer referencia que, del texto en comento, no se descarta o prohíbe el uso de armas nucleares o de destrucción masiva.

Hecho innovador es la inclusión en el Estatuto como crímenes de guerra, los ataques contra fuerzas e instalaciones pertenecientes a una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; así como la comisión de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual, al igual que reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas.

Otra contribución importante es la referente a los conflictos armados internos, que cuenta con una sistemática paralela a la relativa a los conflictos armados internacionales, pues recoge los supuestos previstos por los cuatro Convenios de Ginebra, así como las normas procedentes del Protocolo II de 1977 y otras contenidas en el Reglamento de la Haya de 1907. Además de que se añadieron tres supuestos que no habían sido contenidos en los instrumentos referidos y que son los mismos que en el caso de los conflictos armados internacionales, es decir, los ataques a las misiones de paz, los delitos de índole sexual y el alistamiento de menores 15 años.

Por último, *la agresión*, aun cuando se encuentra contemplada como crimen en el Estatuto, es la única figura que no ha quedado tipificada, pues esta labor quedó postergada para un periodo no menor de siete años después de la entrada en vigor de dicho instrumento, tiempo en el que se podrán llevar a cabo las enmiendas que se estimen pertinentes, entre ellas, la definición y adopción de una disposición que defina el crimen de agresión y se establezcan las condiciones del ejercicio de la competencia de la Corte.

Es así que el crimen de agresión figura entre aquellos que son competencia del tribunal internacional, pero sólo formalmente, en virtud de que éste no podrá ejercer actos jurisdiccionales hasta que no se diriman los problemas de fondo pendientes en cuanto a su definición; existiendo disposición expresa en el Estatuto acerca de que las disposiciones que las aborden deberán ser compatibles con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

QUINTA

Las obligaciones adquiridas por el Estado Mexicano frente a la Corte se dieron desde el momento en que manifestó su voluntad de ser Estado Parte, lo que se traduce en que debe asegurarse que, en su derecho interno, existen los procedimientos aplicables en todas las formas de cooperación con la Corte. Dentro de sus obligaciones se encuentran las de financiamiento, como es cubrir las cuotas que le corresponden para la manutención de la Corte; así también la participación en el nombramiento de los órganos de la Corte, especialmente de los magistrados, así como las que se concluyan de la posibilidad de que la Corte celebre sesiones o juicios en otro lugar distinto del Estado anfitrión.

Por otra parte el Estatuto enuncia con carácter general el contenido de las obligaciones de cooperación y asistencia judicial, articulando un sistema de cooperación y asistencia judicial *sui generis*, fruto de la combinación de elementos del modelo clásico interestatal de cooperación internacional en materia penal y el

modelo supranacional o de integración sobre los que se asientan los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y la ex-Yugoslavia.

Así, la primera manifestación de la obligación de cooperación es decir, el primer escalón, consiste en atribuir a la Corte la facultad genérica de formular solicitudes de cooperación a los Estados parte. Esta fórmula de cooperación tiene su origen en algunos tratados multilaterales relativos a la represión de delitos internacionales y, con ellas, se pretende poner de manifiesto que, en principio, la Corte puede requerir la colaboración de un Estado parte en cualquier fase del proceso, sin límite alguno, ni material, ni temporal. Por tal motivo, ningún Estado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de las obligaciones asumidas de conformidad con el Estatuto, tal y como lo prevén los artículos 25 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Dicho de otra manera, a las garantías propias de que dispone la Corte para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de cooperación, hay que añadir los medios tradicionales de los que disponen los Estados parte de conformidad con el derecho internacional público para reaccionar frente a la violación de las obligaciones internacionales de naturaleza convencional (*pacta sunt servanda*), lo que incluye la exigencia de responsabilidad internacional por hechos ilícitos por el Estado incumplidor, con independencia de que la causa del incumplimiento sea imputable a la subdivisión o entidad de naturaleza infraestatal, así como la posible adopción de medidas de auto tutela. Junto con la obligación genérica de cooperación, el Estatuto describe varios tipos de obligaciones concretas, a saber: a) detención y entrega de personas investigadas o acusadas (incluyendo la detención provisional); b) asistencia en materia de investigación o enjuiciamiento y; c) tramitación y divulgación de documentos e información y práctica de la prueba testimonial.

México, al ratificar el contenido del Estatuto de Roma, se convirtió en el Estado parte número cien de la Asamblea General de la Corte Penal Internacional, motivo por el cual, a partir del 1° de enero de 2006, reconoce la jurisdicción de

dicho órgano supranacional, además de que adquiere las obligaciones inherentes a su nueva calidad. Sin embargo, dicho reconocimiento no es liso y llano, sino que, de acuerdo a la reforma al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la intervención de la Corte se encuentra supeditada a la aprobación del Ejecutivo y el Senado de la República, quienes tendrán la facultad de establecer en qué casos ésta es competente por hechos cometidos en territorio mexicano o realizados por nacionales mexicanos; situación que rompe con el espíritu mismo de la creación de la Corte.

Si bien es cierto que el paso dado por el gobierno mexicano no es contundente, cierto es también que se trata de un avance en la construcción de una sociedad democrática que se sabe proteccionista de los derechos fundamentales de la persona humana y que reconoce el actuar de una instancia supranacional encargada de sancionar a aquellos que lesionan la integridad y dignidad del ser humano.

Por otra parte, cabe recordar que los tribunales internacionales que precedieron a la Corte Penal Internacional, fueron instituidos para sancionar crímenes cometidos por sujetos que actuaron bajo el amparo, protección e incluso personificando las instancias institucionales de gobiernos determinados. Por tal virtud, los tribunales de Nuremberg, Tokio, la ex-Yugoslavia y Ruanda tienen como común denominador que las conductas susceptibles de reproche penal hayan sido cometidas por aquellos sujetos que detentaban y personificaban el poder. Por otra parte y en el referente mexicano, se ha afirmado que los hechos lamentables ocurridos el 2 de octubre de 1968 y el jueves negro de *Corpus* en 1971, fueron planeados y ejecutados por sujetos que actuaban atendiendo los lineamientos e instrucciones de quienes estaban al frente de las instituciones ejecutivas y políticas del país.

Aun cuando el gobierno mexicano ha mostrado voluntad política para *investigar* los hechos ocurridos y formular acusaciones en contra de los probables

responsables de arrancar la vida a aquellos cuyo único pecado fue su condición de disidentes e incómodos, cierto es también que dicha empresa no ha tenido éxito, ello por el simple transcurso del tiempo y porque la impunidad fue generada y mantenida desde el seno mismo del poder ¿Cómo se estará en posibilidad de cuestionar y sancionar a servidores públicos si el sistema jurídico y político solapa la impunidad? ¿Cómo sancionar a quien tiene en sus manos el poder, si éste por esa misma condición, tiene la oportunidad de decidir en qué casos se debe investigar y sancionar alguna conducta?

La razón de ser del tribunal supranacional fue el consenso internacional en el sentido de que existen conductas que, por su gravedad, no pueden ni deben quedar impunes, pues la experiencia ha demostrado que los sistemas locales muchas veces se han visto rebasados por este tipo de crímenes que corrompen y envilecen la calidad de ser humano. Si ésta es la razón de ser de la Corte, por qué darnos el lujo de permitir que algunos cuantos hagan valer una decisión discrecional y dejen así latente la posibilidad de que conductas deleznablez quedén al margen de la legalidad nacional e internacional.

Por tal virtud, si México tiene como política de Estado proteger y salvaguardar los derechos fundamentales del ser humano, deberá concretar los acuerdos políticos necesarios para que, en el interior sus instituciones, sean acordes y vayan de la mano con el espíritu proteccionista de la Corte Penal Internacional, además de reconocer su jurisdicción complementaria en forma lisa y llana y no con reserva; pues como se ha visto a lo largo de este trabajo, la constitución y entrada en funciones de la Corte es solamente el primer paso de una nueva realidad, en la que el comunidad internacional empieza a trabajar coordinadamente para dejar en el pasado el actuar autoritario de las potencias hegemónicas que anteponen sus propias necesidades y que, al tratar de saciar su apetito de poder, ponen en peligro a los seres humanos.

Es así que el gran reto que enfrenta la Corte Penal Internacional es demostrar que es una instancia imparcial, digna de credibilidad, que no se deja intimidar por los factores reales de poder. Dicho en otras palabras, debe lograr transitar del discurso proteccionista de los derechos fundamentales a una instancia tangible que proteja el Estado de derecho y la dignidad de los seres humanos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Ediciones Quinto Sol, 10 ed, México, 1991.

ÁLVAREZ, Jesús, *El Sistema Penitenciario, entre el temor y a esperanza. La Cárcel ante el tercer Milenio*, Círculo de Estudios sobre Criminología Crítica de América latina. Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, 1991.

ARRILLA, BAS, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 4ª ed., Editores Mexicanos, México, 1973.

BACIGALUPO, Ernesto, *Significación y perspectiva de la oposición: derecho penal- política criminal*, ed. Ariel, Barcelona, 1982.

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, Siglo XXI Editores, México, DF. 1985.

BASSIONI, Carlo, *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1998, (traducción por J.L. de la Cuesta Arzamendi).

BECCARIA, César, *De los delitos y las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1968.

BERGALLI, Roberto, *Separata de la doctrina penal*, Ediciones De palma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

BERGER, P. y LUCKMANN, T., *La construcción social de la realidad*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1984.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de derecho penal español*, Editorial Ariel, S.A. Barcelona; España, 1989.

-----, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, 1982.

BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

CASTELLANOS TENA, Roberto. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 30ª ed. Editorial Porrúa, México, 1991.

CASSESE, A. *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, Londres, EJIL, Vol. 10, 1999.

COBO DEL ROSAL Y VIVES, Antón, *Derecho Penal parte General*, 3ª ed. Valencia, 1991.

COHEN, Samuel, *Visiones de control social: delitos*, Editores Ariel, S.A., Barcelona, 1988.

CORREAS, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*, Fontamara, México, 2000.

DURKHEIM, Emile., *Las reglas del método sociológico*, 21ª ed., Quinto Sol, México, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *Poder y control*, 3ª ed, Editorial PPU, Barcelona.

FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México, 1991.

-----, *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1984.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La corte penal internacional*, INACIPE, México, DF. 2004.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La Teoría del bien jurídico en el derecho penal*, Péreznieto Editores, México, 1995.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Fernando, *Código penal comentado*, 11 ed, Porrúa, México, 1994.

HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, 17 ed, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón, *El proceso penal federal*, 3ª ed, Porrúa, México, 1994.

HUESA VINAIXA, “El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1994, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Tecnos, 1995.

KELSEN, Hans, “El alma y el derecho”, en Correas, Oscar (comp.), *El otro Kelsen*, Serie G. Estudios doctrinales, Núm. 122, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

LIROLA DELGADO Magdalena y MARTÍN MARTÍNEZ Magdalena M., *La Corte Penal Internacional; Justicia vs. Impunidad*, Ariel Derecho, Madrid 2001.

MATHEWS, John y YOUNG, Roger, *Sistema penal e intervenciones sociales*, Editorial Hacer, Barcelona, España, 1993.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general*, Editorial PPU, Barcelona, España, 1985.

MERTON, Robert, *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, DF. 1964.

MAIER, Oscar, *Función normativa de la nulidad*, España, Universidad de Navarra, 2ª ed., 1999.

PAVÓN VASCONCELOS, Fernando, *Manual de derecho penal mexicano*, 2ª ed, Porrúa, México.

PIGRAU SOLÉ, Antonio. "Elementos de Derecho internacional penal", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1997*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1998,.

PORTE-PETTIT CANDAUPE, Celestino, *Apuntes de la parte general de derecho penal*, 14 ed, Porrúa, México 1990.

RAMA-MONTALVO, Manuel, "Acerca de algunos conceptos básicos relativos a Derecho penal internacional y a una jurisdicción penal internacional", *El Derecho internacional en un mundo de transformación*. Libre amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Arechaga, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994.

- REMIRO BROTONS, A. *El caso Pinochet, Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- RICO, José María, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. Editorial Siglo XXI, México, 1979.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal Parte General*, España, Universidad de Navarra, 1998.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito* Editorial PPU, Barcelona, España, 1992.
- TENA RAMIREZ, Fernando, *Derecho Constitucional Mexicano*, 32 ed., Porrúa, 2000.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, "La Política Criminal Transnacional Posmoderna como Terrorismo Jurídico y de hecho de los Estados", *Política Criminal: la reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad*; México, UNAM, 2003.
- SCHULE SPRIGORUM, Horst, *Cuestiones básicas y estrategias de política criminal*, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- SCHUWARZENBERGER, G. *International Law as applied bay International Courts an Tribunals*, Stevens & Sons, Londres 1968, vol. II: The Law of Armed Conflicts.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et. al, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed, Porrúa, México, 2001.

ARTÍCULOS Y PONENCIAS

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Política Criminal y Estado", *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 8, núm. 12, Diciembre 1996.

CARRANZA, Elías, et al, "*El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas. para reducir fenómeno*", Chile, ILANUD, 1988.

CUERDA RIEZU Álvaro. y RUIZ COLOMER, María. Antonieta, "Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional", *La Ley. Actualidad*, 1999, número 4,724.

JIMÉNEZ GARCÍA, Fernando. "Hacia una Jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998" *Studia Carande. Revista de ciencias sociales y jurídicas*, 1993-3, España, Instituto Ramón Carande,.

ROXIN, Claus, "Problemas actuales de la Política Criminal". *Problemas fundamentales de Política Criminal*, Serie Ensayos Jurídicos número 1, 1ª reimpresión, trad. Enrique Díaz Arana UNAM, México, 2002, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/59/pr/pr22.pdf

SOLERA, Oscar, "Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 31 de marzo de 2002, número 845
<http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList106/3C73D7B43A84CE8AC1256DE100694C58>

LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS JURÍDICOS

Estatuto de la Corte Penal Internacional, Organización de las Naciones Unidas, Roma, 1998. <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

Primer Informe sobre el Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, Documento A/CN.4/364, en ACIDI, 1983.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia, 1993, Nueva York, Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas.

<http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/OTROS%20TRATADOS/ESTATUTO%20DEL%20TRIBUNAL%20INTERNACIONAL%20PARA%20LA%20EX-YUGOSLAVIA.htm>

Prosecutor v. Jelusic et al., N° IT-95-10, de 14 de diciembre de 1999, párrafo 66, ONU, <http://www.un.org/icty/Supplement/supp10-e/jelusic.htm>,

Prosecutor v. Kambada, caso N° ICTR-96-4-T, de 2 de octubre de 1998, párrafo 63.1, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunals.nsf/b8ee9d9eaf3e815c80256a7000689bab/76b7129645198c0fc1256b0a0039e243?OpenDocument>

The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy and Democratic Development, *International Criminal Court, Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute*, Vancouver, 2000.