



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

---

---

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ARAGÓN**

**LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA PARA  
LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. ESTUDIO DE  
CASO: GENOCIDIO.**

**T E S I S**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LIC. EN RELACIONES INTERNACIONALES**

**P R E S E N T A N :**

**ORDOÑEZ AMADOR EMILIO**

**JARQUÍN GUTIÉRREZ ROBERTO**

ASESOR: DR. CARLOS EDUARDO LEVY VÁZQUEZ

MÉXICO 2007





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

*Tal es el valor que podemos asignar a la Corte Penal Internacional. No es poca cosa: a título de paliativo, moderador de la violencia, pudiera salvar muchas vidas. Una sola de esas justificaría su existencia. . .*

Antonio Cassese

## *Agradecimientos*

*Son pocas las veces que en la vida se puede dar las gracias de una manera tan especial como ésta, así que espero aprovechar la ocasión de la mejor manera.*

*A **Bertha**, mi madre, a quien agradezco de todo corazón por su amor, cariño y comprensión, pero sobre todo por el sacrificio que significó vivir su vida para compartirla con nosotros y poder darnos oportunidades que ella no tuvo. Esta tesis es tuya.*

*A **mi viejo**, con quien comparto este logro mirando hacia el cielo.*

*A mi esposa **Cynthia** y a mis hijos **Alexia y Diego**, amorosas razones de mis desvelos, quienes con su paciencia y comprensión me permitieron la necesaria dedicación para esta realización. Los deseos de verlos mejor me mantienen con el Alma en pie.*

*Deseo expresar mi más profundo agradecimiento a mi hermano **Bernardo**, por haber estado siempre ahí en los momentos significativos de cada etapa de mi vida. Como un verdadero padre. Gracias, sobre todo, por compartirme tu visión de la vida.*

*A mi hermana **Carmen**, por el cariño y apoyo que me ha mostrado, fundamentalmente en esta etapa de mi vida.*

*A mi hermano **Pedro**, por ser amigo y cabeza serena en muchos momentos que verdaderamente se ha necesitado.*

*A mi querido hermano **Luis**, por todo lo que representa para mi.*

*Por supuesto a **Roberto**, a quien más allá del esfuerzo que significó llevar a buen puerto este trabajo, por la distancia física y el tiempo, agradezco los años y experiencias compartidas, ellos me refrendan el valor que tiene nuestra **amistad**.*

*A mis amigos **Alejandro, Charly, Corina, Beto y Filio**, por recordarme que hay personas valiosas en el mundo y formar parte del mío. Gracias por los buenos y especiales momentos compartidos.*

*Mención especial al **Dr. Carlos Eduardo Levy**, a quien tuve el honor de tenerlo como profesor en la clase de Derecho Internacional, como Director de Facultad y ahora como Director de Tesis, por su generosidad al brindarnos la oportunidad de recurrir a su capacidad y experiencia científica en un marco de confianza y afecto.*

**Emilio**

## *Agradecimientos*

### *A mis padres y hermanos:*

*A quienes iluminaron mis noches oscuras, velaron mi sueño, me enseñaron el camino y me tomaron de su mano cuando parecía caer, **Gracias** por seguir a mi lado.*

### *A mi esposa Cory:*

*Por su amor generoso, incondicional apoyo, estímulo y motivación durante no solamente este proyecto, sino durante ya los siete años de compartir nuestras alegrías, tristezas, esperanzas y sueños.*

### *A mis hijos Sara e Isaac:*

*Gracias por sus sonrisas, sus miradas y sus besos espontáneos pero que siempre han llegado en el momento preciso.*

### *A mi entrañable amigo Emilio:*

*Ambos hemos recorrido un gran tramo de nuestras vidas juntos, apoyándonos uno al otro, siendo cómplices y en ocasiones verdugos de nuestros errores. Hemos sido testigos del rumbo que tomaron nuestras vidas después de dejar nuestra vida universitaria, pasamos de nuestras charlas escolares a la de los temores y retos de ser padres. Y como olvidar nuestra caminata nocturna bajo la nieve de Windsor ! Los biberones sustituyeron las chelas y las tertulias nocturnas se convirtieron en noches de velo. Y este proyecto finalmente no se habría concretado sin tu tolerancia, persistencia, trabajo y en ocasiones tus regaños. Gracias amigo porque en cada ceniza que caía y en cada trago ambos compartimos y dejamos algo de nosotros en el otro.*

***A mis amigos:** Juan, Aleli, Alex, Eli, Nuria, Salvador, Daniel, Arturo, Odeth, Maricela gracias por nuestras largas conversaciones frente al café, y sobre todo por compartir y disminuir la nostalgia de la distancia.*

### *Al Dr. Carlos Levy:*

*Gracias por confiar y creer en nuestro proyecto y aceptar ser parte de este sueño.*

**Roberto**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>1. HISTORIA, CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO ESENCIAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL</b>	<b>8</b>
1.1. Antecedentes	8
1.1.1. Hasta la segunda Guerra Mundial.	9
1.1.2. Los Tribunales de Nuremberg y Tokio.	10
1.1.3. Los Tribunales Internacionales ad- hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda.	11
1.2. El proceso de creación de la Corte Penal Internacional.	13
1.3. Características esenciales de la Corte Penal Internacional.	16
1.3.1. La naturaleza jurídica de la Corte Penal Internacional.	17
1.3.2. La complementariedad de la Corte Penal Internacional con los sistemas jurídicos nacionales.	18
1.3.3. La relación de la Corte Penal Internacional con la Organización de las Naciones Unidas.	19
1.3.4. La competencia de la Corte Penal Internacional.	20
1.3.4.1. <i>Ratione Temporis</i> : cuando puede ejercer su competencia la Corte Penal Internacional.	20
1.3.4.2. <i>Ratione Personae</i> : los sujetos de la responsabilidad criminal.	20
1.3.4.3. <i>Ratione Materiae</i> : los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.	20
1.3.5. Jurisdicción.	29
1.3.6. Marco Legal.	31
1.3.6.1. Principios Generales de Derecho Penal.	31
1.3.6.2. Derechos de las personas objeto de investigación.	31
1.4. La organización de la Corte Penal Internacional: composición y competencias	32
1.4.1. Composición de la Corte Penal Internacional.	32
1.4.2. El ejercicio de la competencia.	33
1.4.3. Procedimiento.	34
1.4.4. La cooperación internacional y la asistencia judicial.	37
<b>2. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES AL GENOCIDIO.</b>	<b>39</b>
2.1. Orígenes del genocidio.	39
2.2. Convención para Prevenir y sancionar el Delito de Genocidio.	42
2.2.1. Grupos protegidos por la Convención.	45
2.2.2. El elemento objetivo del genocidio <i>Actus Reus</i> .	47
2.2.2.1. Matanza de miembros del grupo.	47
2.2.2.2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.	48
2.2.2.3. Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.	49
2.2.2.4. Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.	49

2.2.2.5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.	50
2.2.3. El elemento subjetivo del genocidio <i>Mens Rea</i> .	51
2.2.3.1. Matanza de miembros del grupo.	52
2.2.3.2. Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.	52
2.2.3.3. Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo.	53
2.2.3.4. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.	53
2.2.4. El elemento especial del genocidio.	53
2.2.4.1. "Destruir".	55
2.2.4.2. "Total o Parcial".	56
2.2.4.3. "Un Grupo".	58
2.4. Rol de la Corte Internacional de Justicia como verificadora del crimen Internacional de genocidio.	59
2.4.1. La Corte Internacional de Justicia y su opinión consultiva de 1951.	60
2.4.2. Asunto de la Barcelona <i>Traction, Light and Power Company Ltd</i> .	62
2.4.3. Asunto sobre la Aplicación de la Convención sobre Genocidio.	64
<b>3. EL GENOCIDIO COMO CRIMEN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA: LA EXPERIENCIA COMPARADA.</b>	<b>66</b>
3.1.Recepción del delito internacional de genocidio en el ordenamiento jurídico español.	66
3.1.1. Tipo.	66
3.1.2. Fuentes Jurídicas.	69
3.1.3. Sanciones.	71
3.1.4. La jurisdicción atribuida a los tribunales españoles en la Ley Orgánica del Poder Judicial.	73
3.1.5 Principio de Legalidad.	74
3.1.5. Punibilidad de las conductas omisivas.	75
3.1.6. Responsabilidad especial del superior jerárquico.	77
3.1.7. Relevancia de la obediencia debida.	78
3.1.8. Relevancia de la conducta realizada en legítima defensa.	79
3.1.9. Edad mínima para la posibilidad de castigo por crímenes Internacionales.	79
3.1.10.Relevancia de inmunidades internacionales o de derecho constitucional para la persecución de crímenes internacionales.	80
3.1.11.Reglas de prescripción para los crímenes internacionales.	81
3.1.12.Relevancia de amnistías e indultos para la persecución de crímenes internacionales.	81
3.1.13.Relevancia de la prohibición de retroactividad de la ley.	82
3.1.14.Relevancia del principio <i>ne bis in idem</i> .	82
3.2. Casos prácticos de Genocidio juzgados en España.	83
3.2.1. Argentina y Chile.	83
3.2.2. Caso Guatemala.	85
3.2.3. el asunto " <i>Schilingo</i> ".	87
3.3. Los instrumentos de implementación del estatuto de la CPI en la legislación española.	88
3.3.1. Ley Orgánica de Reformas al Código Penal.	88

3.3.2. Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional.	88
3.3.1.1. Reserva exclusiva del gobierno para activar la competencia de la Corte.	89
3.3.1.2. Limitación del principio de Jurisdicción Universal española.	90
3.3.1.3. Entrega a la Corte.	93
<b>4. EL GENOCIDIO A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA, REFORMAS JURÍDICAS NECESARIAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN MÉXICO.</b>	<b>96</b>
4.1. El delito de genocidio desde la perspectiva del Derecho Internacional.	97
4.2. Disposiciones constitucionales con referencia al delito de genocidio incompatibles con el Estatuto de Roma.	100
4.2.1. La jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano.	101
4.2.2. Recepción del genocidio en la legislación mexicana.	102
4.2.3. Investigación de oficio.	107
4.2.4. Cosa Juzgada.	113
4.2.5. Improcedencia del cargo oficial.	117
4.2.6. Derechos del acusado.	123
4.2.7. Protección de información que afecte la seguridad nacional.	126
4.2.8. Penas aplicables, cadena perpetua.	132
4.2.9. Extradición.	135
4.2.10 Imprescriptibilidad.	137
4.3. Consideraciones acerca de la implementación del Estatuto de Roma.	138
4.3.1. Interpretación armónica.	144
4.3.2. Reforma constitucional.	145
4.4. Alternativa propuesta para el caso de México.	146
4.4.1. Artículo 133 constitucional.	146
4.4.2. Reforma del artículo 21 constitucional.	150
4.4.3. Cesión de Competencias.	152
4.4.4. Consideraciones finales.	154
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>158</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>162</b>
<b>HEMEROGRAFÍA</b>	<b>165</b>
<b>MESOGRAFÍA</b>	<b>167</b>
<b>OTROS DOCUMENTOS</b>	<b>168</b>



## INTRODUCCIÓN

La comunidad internacional experimenta actualmente un proceso de globalización, el cual ha provocado un acelerado desarrollo internacional y ha generado estrechos vínculos supranacionales, que superan la dimensión intranacional y conducen a una profunda interdependencia no solo entre los Estados, sino incluso entre las organizaciones y los hombres que forman parte de ellos. Los tradicionales esquemas de organización política han sido ya superados, surgiendo la necesidad de buscar nuevas estructuras de entendimiento que van más allá de las fronteras convencionales. Debido a esta tendencia los principios o contenidos clásicos del Estado-Nación contemporáneo son objeto de constantes replanteamientos, para adecuarlos a dicha tendencia.

Es, pues, incuestionable que como estudiosos de las relaciones internacionales entendamos que hoy el mundo moderno se caracteriza por la globalización, la tecnología de punta, los mercados comunes, la unidad de la moneda y las telecomunicaciones, vislumbrándose nuestro planeta como una comunidad mundial. Ello nos obliga también a pensar a un nivel internacional cuando se trata de asuntos relacionados con la delincuencia, violación sistemática de los derechos humanos, etc, y de las medidas político-jurídicas para enfrentarlos. Fenómenos que por su gravedad y vigencia están siendo objeto de un gran debate tanto en los círculos políticos, académicos y civiles, así como en los organismos internacionales.

En efecto, los cambios profundos han traído consigo fenómenos novedosos en todos los órdenes de la actividad humana. Así, hablar de “internacionalización del delito” en los tiempos que corren es referirse a una gran cantidad de fenómenos que se presentan hacia el interior de los estados y que, debido a múltiples factores, trascienden las fronteras nacionales.

La globalización y la integración económica plantean retos que deben ser superados por la comunidad internacional en su conjunto. Uno de estos retos es el de buscar los medios necesarios para prevenir y sancionar la perpetración de los crímenes considerados internacionales (genocidio, crímenes de guerra, desapariciones forzadas, etc) – y muy importante también, la protección de los derechos humanos. Todo esto necesariamente requiere ser analizado desde una perspectiva global. Por ello, las nuevas formas de organización que se adopten, deben tomar en cuenta no sólo las diferencias culturales y económicas de cada país, sino también las características particulares de sus respectivos órdenes jurídicos y por supuesto, estas formas deben mantener un apego irrestricto a los principios del derecho internacional.

El derecho internacional como rama de las relaciones internacionales, es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de los Estados, y otros sujetos de derecho internacional como lo son los organismos y tratados internacionales; y que en su ámbito multilateral se nutre de los acuerdos a que

llegan los estados en el marco de los organismos internacionales y tratados a que pertenezcan.

Partiendo de esta idea, al ser nuestro objeto de estudio el análisis de un tratado internacional, caso concreto el Estatuto de Roma y su implementación en el ordenamiento jurídico mexicano, se convierte necesariamente en tema de gran interés para cualquier estudioso de las relaciones internacionales.

De esta manera, la Corte Penal Internacional, al erigirse como órgano internacional permanente en el año 2002 mantiene necesariamente una relación de cooperación en la lucha contra los delitos internacionales de su competencia con los Estados parte.

Según datos de la ONU, solamente en los últimos 50 años se han presentado más de 250 conflictos en el mundo, han muerto más de 86 millones de civiles, principalmente mujeres y niños, y a más de 170 millones de personas se les han violado sus derechos, su propiedad y su dignidad, la mayoría de esos delitos, debido principalmente a los tradicionales sistemas de justicia penal dentro de los ordenamientos jurídicos internos, han quedado en el olvido y pocos responsables han pagado sus culpas.

Por esta razón, y después de un largo proceso, el 7 de Julio de 1998, alrededor de 110 países firmaron el Estatuto de Roma, que aún cuando no es un instrumento internacional perfecto si se plantea como “El mejor avance en el Derecho Penal Internacional, hacia la universalización de los procesos penales, tanto para las víctimas como para los acusados”<sup>1</sup> logrando así una unificación mundial en este rubro, con miras a evitar y castigar los delitos más atroces contra los seres humanos, a la cabeza de ese catálogo de crímenes gravísimos figura el genocidio el cual será nuestro caso particular de estudio.

El Estatuto de Roma, que por primera vez en el mundo, da paso a una Corte Penal Internacional de carácter permanente, entra en vigor el 1 de julio del 2002. Dicho instrumento representa un gran logro en el avance jurídico mundial puesto que abre las puertas a un derecho universal que permitirá que ya no solo los estados y organizaciones sean sujetos del Derecho Internacional si no que el mismo individuo se convierte en sujeto directo del mismo ya sea por protección o responsabilidad.

De esta forma será posible juzgar a los autores materiales de los crímenes más terribles, a la cabeza de los cuales se encuentra el delito de genocidio el cual por la magnitud de su gravedad y su naturaleza jurídica será parte especial de la investigación. Por esta razón es de gran importancia el abordar el tema de la Corte Penal Internacional y sus posibles repercusiones políticas y jurídicas que inevitablemente surgirán al momento de implementar este instrumento internacional en México.

---

<sup>1</sup> CPI Ratificación y Legislación Nacional de Actuación. *Association Internationale de Droit Pénal*. ÈRÈS : 1999 Pag. 48.

Sin embargo, aunque la Corte Penal Internacional ya es un hecho, enfrenta un escenario jurídico y político sumamente complejo dada la delicada naturaleza de sus funciones, y por ende seguramente originará problemas de aplicación práctica importantes.

Ante todo esto, a ocho años de haber sido aprobado el Estatuto y a poco tiempo de haber sido ratificado por México, surge la necesidad de analizar y discutir las diversas implicaciones que tendrá el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el ámbito de nuestra legislación interna y, sobre todo resaltar la importancia de buscar los mecanismos necesarios para lograr la articulación del derecho penal internacional y el derecho penal nacional con el objeto de uniformar los criterios para su compatibilidad.

Por las razones anteriormente expuestas, la presente investigación tendrá como objetivo general el determinar como está previsto y tipificado el delito de genocidio en el ordenamiento penal mexicano, que déficit o en su caso incompatibilidades presenta frente a los postulados del Derecho Internacional reflejados en el Estatuto de Roma, que reformas se han realizado o se proponen realizar para posibilitar la persecución nacional de los crímenes internacionales que son competencia del estatuto; y cuales son las alternativas de implementación de este instrumento internacional en el ordenamiento jurídico mexicano con el fin de hacerlos compatibles.

Lo anterior apoyado sobre la hipótesis de que serán indispensables reformas al texto constitucional, debido a que los distintos elementos jurídicos con que cuenta el estado mexicano actualmente, no permiten una implementación adecuada para reflejar en su derecho, los diferentes crímenes internacionales que son competencia de la Corte Penal Internacional, definiendo categóricamente el lugar que ocupan los tratados internacionales dentro de la jerarquía normativa mexicana, a fin de hacer posible la persecución nacional de crímenes internacionales, desde los postulado reflejados en el Estatuto de Roma, abriendo la posibilidad de una verdadera compatibilidad y cooperación del estado mexicano con la Corte Penal Internacional, en materia de genocidio, en el caso específico de éste estudio.

Al mismo tiempo se procura, entre otras cosas, tratar de responder a cuestiones fundamentales sobre este instrumento internacional: ¿Qué significa la ratificación del Estatuto de Roma para los países parte?, ¿cuáles son sus implicaciones constitucionales?, pero quizás lo mas importante, ¿cuáles son las supuestas incompatibilidades de dicho estatuto con nuestra constitución? y ¿cuáles las alternativas de solución?.

En otro orden de ideas, es importante mencionar los lineamientos teóricos sobre los cuales se fundamenta el desarrollo del presente trabajo.

Revisando las teorías que existen sobre el funcionamiento del mundo, encontramos que son las teorías clásicas las que siguen dominando, explicando de una mejor manera lo que llamamos Relaciones Internacionales, marco dentro del cual se desenvuelve esta investigación. Son tres los enfoques dominantes sobre los cuales versa el análisis del panorama internacional: Realismo, liberalismo e idealismo<sup>2</sup>, éstas tres teorías han sufrido diferentes transformaciones desde su concepción dando paso a lo que conocemos hoy día como el Neo-realismo, Neo-liberalismo y el constructivismo como forma actualizada del idealismo, sin embargo las tres tendencias han mantenido sus características de fondo.

Una muy breve descripción de los elementos básicos de éstos paradigmas nos darán una mejor perspectiva de las bases teóricas sobre las cuales descansa el proyecto, abordando de manera más amplia y detallada la teoría del constructivismo, que será junto con los fundamentos del Derecho Internacional, los principios rectores de esta investigación.

Para el realismo los estados son los principales actores de la política internacional, el poder es la principal categoría analítica de la teoría, y la anarquía es la característica definitoria del sistema internacional. La base del realismo es la idea de que las relaciones internacionales son una lucha por el poder entre estados que defienden sus propios intereses. Apoyado en esta visión del mundo se dice que los estados pueden atenuar las causas de la guerra, disminuyendo el peligro que representan unos para otros, sus defensores subrayan que, de hecho, un pragmatismo despiadado (que es una de las características inherentes a esta teoría) puede crear un mundo más pacífico.

La escuela liberal en la teoría de las relaciones internacionales, cuyos más famosos defensores fueron el filósofo alemán Emmanuel Kant y el presidente estadounidense Woodrow Wilson, sostiene que el realismo posee una visión atrofiada, incapaz de explicar el progreso en las relaciones entre países. Los liberales prevén un alejamiento lento pero inexorable del mundo anárquico de los realistas a medida que el comercio y las finanzas forjen vínculos entre las naciones y las reglas democráticas se extiendan. Los liberales confían en que las democracias no se atacarán mutuamente. Muchos liberales creen además que el Estado de Derecho y la transparencia de los procesos democráticos facilitan la cooperación internacional, principalmente en la esfera económica, sector donde esta corriente ha tenido su mayor expresión.

Por otro lado, el constructivismo sostiene que la realidad social se construye a través de debates sobre los valores, utilizando en muchas ocasiones los mismos temas de los defensores de los derechos humanos y la justicia internacional, sobra decir que la construcción de un instrumento internacional como la Corte Penal Internacional descansa sobre las bases de los mismos ideales, es por ésta afinidad en los objetivos que consideramos oportuno tomar el constructivismo como parte del marco teórico sobre el que basaremos nuestras reflexiones.

---

<sup>2</sup> Stephen M. Walt, Un mundo, muchas teorías pp. 24-26.

Si bien la teoría constructivista es de origen estadounidense, el papel de Europa es significativo. El enfoque de las relaciones internacionales que emplea Europa, cada vez más legalista y reflejado en el proceso de formación de la Unión Europea a partir de una serie de Estados soberanos, ofrece un terreno fértil para las concepciones idealistas y constructivistas de la política internacional.

Los constructivistas creen que los debates sobre las ideas son los pilares fundamentales de la vida internacional. Tanto los individuos como los grupos adquieren poder si son capaces de convencer a otros para que acojan sus ideas. Que la gente comprenda sus intereses depende de las ideas que defienda.

Para los constructivistas, las transformaciones internacionales nacen de la labor de grupos de intelectuales que hacen proselitismo de nuevas ideas y consiguen avergonzar a los actores cuya conducta se aparta de las normas convencionales. Como consecuencia, los constructivistas suelen estudiar el papel de las redes activistas transnacionales –como Human Rights Watch o la Coalición de ONG’s para el establecimiento de la Corte Penal Internacional– en los cambios. Son grupos que descubren y sacan a la luz información sobre las violaciones de las normas legales o morales defendidas por las potencias democráticas, al menos en teoría: las desapariciones durante la junta militar argentina a finales de los 70, los campos de concentración en Bosnia o la enorme cantidad de civiles muertos por culpa de las minas terrestres. Después, utilizan esa publicidad para presionar a los gobiernos con el fin de que aprueben remedios específicos, como la instauración de un tribunal de crímenes de guerra para Yugoslavia y más recientemente la creación de la Corte Penal Internacional. A menudo emplean argumentos pragmáticos, no sólo idealistas, pero su poder de convicción característico nace de la capacidad de destacar las infracciones de las normas más arraigadas de comportamiento apropiado, como lo es el respeto al Derecho Internacional Humanitario.

Por otro lado, al ser éste un estudio que se circunscribe dentro del ámbito del Derecho Internacional y su relación con el derecho doméstico consideramos oportuno tomar los fundamentos del Derecho Internacional Público, en su definición moderna, que dota ya al individuo de personalidad jurídica como sujeto del Derecho Internacional, como una corriente teórica alternativa.

En cuanto al contenido de los diferentes apartados que se abordan en el presente escrito, encontramos que en el primer capítulo se hace una breve descripción a los antecedentes más inmediatos del derecho penal internacional, haciendo referencia particularmente a los Tribunales creados después de la segunda guerra mundial: Tribunal Penal de Nuremberg y Tribunal Penal de Tokio para juzgar y castigar a los criminales de guerra nazis y japoneses respectivamente, y más recientemente los tribunales penales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad para la ex Yugoslavia y Ruanda. Aunque estos tribunales fueron diseñados con posterioridad a los hechos que iban a juzgar, sin que tuvieran permanencia y con sus limitaciones políticas y jurídicas, sirvieron como referente para el nacimiento de la Corte Penal Internacional.

En seguida, de manera general se procura llevar a cabo un conciso e informado recorrido por la historia de la Corte, su proceso de creación, sus características particulares con relación a otros instrumentos jurídicos internacionales y de manera muy especial se estudia su organización, los crímenes de su competencia y su estructura jurídica.

En el segundo capítulo se aborda de forma particular el caso del crimen del genocidio, primeramente se establecen los principios generales de Derecho Internacional aplicables al crimen del genocidio, sus orígenes y su concepto. De la misma manera se repasan las disposiciones generales de este delito contenidas en la Convención de Viena para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio, la Corte Internacional de Justicia, el Estatuto de Roma y por supuesto su recepción en la legislación interna de México.

En este sentido se plantea que la problemática existente en México estriba en la dualidad jurídica del delito de genocidio. Al ser éste un delito de carácter internacional, se observan inconsistencias con respecto a su tipificación, gravedad del delito y sanción contempladas en la Constitución y códigos penales con respecto, no sólo al Estatuto de Roma, sino también con los diversos tratados internacionales, de los que México es parte integrante, como lo son: la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el tercer capítulo se analiza la manera en que la legislación española recibe y tipifica el crimen internacional del genocidio y las reformas legales que se implementaron para su adaptación a las necesidades de cooperación con la Corte Penal Internacional. Consideramos de gran interés para el propósito de éste estudio el analizar lo anterior debido a la gran trayectoria de los jueces y tribunales españoles en la persecución de crímenes internacionales, que a su vez animaron a los tribunales de otros países a seguir sus pasos, esto sin duda, contribuyó a crear un clima favorable a la instauración de la Corte Penal Internacional. Por otro lado, los llamados juicios de Madrid han constituido, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del derecho penal internacional moderno. Para nuestro país que, aún cuando ya firmó y ratificó el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, no ha realizado las reformas legales de fondo para una efectiva implementación de dicho instrumento resulta importante el análisis comparado a efecto de evaluar y ponderar las diferentes problemáticas que se pueden plantear durante éste proceso, examinando los pros y contras que se desprenden de las reformas legales iniciadas por España en uno u otro sentido.

El cuarto y más importante capítulo se orienta hacia el estudio de cómo incorporar el Estatuto de Roma en nuestra legislación, de forma específica, en materia de genocidio. Asimismo se exploran cuales son las implicaciones del Estatuto de Roma en el derecho interno mexicano, especialmente en el ámbito constitucional, para así determinar si en materia legal existe complementariedad con el Estatuto de Roma, o si de lo contrario, se necesitan realizar reformas legales para cumplir con las obligaciones de cooperación y asistencia con la Corte Penal Internacional en materia de genocidio.

Dentro de estas incompatibilidades se le otorga especial atención al artículo 133 constitucional que se refiere al tema de la jerarquización legal de los tratados internacionales una vez que han sido ratificados y por lo tanto incorporados a la legislación nacional. Se analiza cual es el nivel de responsabilidad que adquiere un Estado al comprometerse mediante la firma y ratificación de un Tratado Internacional, especialmente en materia de Crímenes Internacionales y Derechos Humanos.

Por otro lado, se hace referencia a las figuras jurídicas de la cosa juzgada, extradición o entrega de nacionales, e imprescriptibilidad, puesto que es donde se observan las principales aristas en torno a la compatibilidad de nuestra legislación frente al Estatuto de Roma.

Una vez que se plantean cuales son las alternativas de implementación utilizadas por algunos Estados para armonizar sus legislaciones internas con respecto a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, se hace referencia a las dos opciones más recurrentes en el concierto mundial: la interpretación armónica del Estatuto y la reforma constitucional, las cuales se explican oportunamente a lo largo del capítulo, a fin de conocer las opciones más viables de implementación de este instrumento internacional en el estado mexicano

Finalmente, una vez ya analizado todo lo referente al Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional y sus posibles repercusiones e implicaciones jurídicas, se plantea la necesidad de que en México se opte por una reforma constitucional efectiva, puesto que consideramos que existen disposiciones de ambos instrumentos que se antojan insalvables mediante una simple interpretación armónica del Estatuto, empezando, como ya lo mencionamos antes, por la jerarquía que guardan los Tratados Internacionales en nuestra legislación. Incluso, se considera que será necesaria la modificación de la legislación secundaria de tal manera que el derecho reflejado en el Estatuto de Roma se incorpore al derecho mexicano de la mejor manera, evitando lagunas jurídicas que impidan su buen funcionamiento. Con esto se hará más viable la posibilidad de una persecución eficaz de los crímenes más graves del panorama internacional, específicamente del delito del genocidio, por parte del estado mexicano y lo más importante, de acuerdo a los estándares del moderno Derecho Penal Internacional representados en la Corte.

# 1.- HISTORIA, CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO ESENCIAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado en Roma Italia, el 17 de julio de 1998, y entró en vigor el 1 de julio del 2002. El Estatuto establece la Corte Penal Internacional (CPI) que ejerce jurisdicción sobre personas que cometan los delitos más graves de trascendencia para la comunidad internacional, como Genocidio, Lesa Humanidad, y Crímenes de Guerra, los mismos que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

La CPI es una institución cuyo funcionamiento será permanente, y es a partir de su creación que se podrá evitar el riesgo infame de la impunidad.

Al ser la Corte uno de los principales elementos de estudio para los objetivos y alcances de la presente investigación, es oportuno analizar y destacar sus antecedentes, características y especificidades mas importantes.

## 1.1. Antecedentes

El derecho Internacional de los últimos tiempos ha sido un derecho interestatal<sup>3</sup>, el individuo, no se consideraba como personaje en el contexto del derecho internacional.

La relevancia que gozaba el mismo en el escenario internacional nunca se debió a su condición humana, sino a su carácter expresivo o representativo del estado, sin embargo, con las transformaciones que va sufriendo el derecho internacional, en su intento de adaptarse a la realidad, el hombre como tal cada vez va posicionándose de mas terreno en el contexto internacional, permitiendo de este modo que encuentre un lugar dentro del marco del derecho internacional.

Con la llegada del hombre al escenario internacional se han creado diversos instrumentos jurídicos que reconocen los derechos humanos que defienden la posición del hombre frente a las injusticias que a lo largo de la historia se han suscitado, vulnerando el respeto de tales prerrogativas mediante la realización de actos de discriminación y de abuso.

Así, encontramos un sinnúmero de declaraciones, pactos, convenciones, que establecen con precisión, pero sobre todo de manera contundente aquellos derechos de los que el individuo como tal, es titular.

---

<sup>3</sup> La denominación "derecho internacional" es estrictamente técnica: designa el sistema jurídico cuya función primordial es regular las relaciones entre los Estados". Cfr. Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, México 1973, p. 53.



Sin embargo de lo señalado con anterioridad se presenta un problema en torno a la jurisdicción internacional: ¿Quién se hará responsable del cumplimiento y respeto de tales derechos? ¿Bastará que sean los estados aquellos que vean por el respeto de dichas prerrogativas? Es inevitable que ante las declaraciones y convenciones internacionales que consagran las diversas garantías del hombre se presenten este tipo de cuestionamientos, y es importante determinar con toda claridad los medios a través de los cuales se vigile y controle el respeto de los derechos que contienen tales instrumentos jurídicos internacionales.

Es importante señalar que no es suficiente, aunque si necesario, que los estados internamente cuenten con instituciones destinadas a velar por el respeto a las garantías individuales de carácter universal, por lo tanto se hace evidente la necesidad de órganos internacionales, de carácter permanente, que vean por la guardia y protección de los derechos humanos. Es así como han surgido la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

### **1.1.1. Hasta la Segunda Guerra Mundial.**

Después de la primera guerra mundial se vio reflejada la necesidad de adoptar un código penal internacional y la creación de un tribunal penal internacional, para lo cual se impulsaron varias campañas para poder realizar estos proyectos. En forma paralela, aparte de las propuestas, se pueden ver algunos intentos prácticos de creación de jurisdicciones penales internacionales.

El primero de ellos lo podemos encontrar en el Tratado de Versalles de 1919, con el que se pone fin a la Primera Guerra Mundial, en su artículo 227. Allí se establece que el ex Kaiser Guillermo II debía ser sometido a pública acusación ante un tribunal, conformado por jueces pertenecientes a las principales potencias, "por ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados"<sup>4</sup>. Este intento fracasó ya que las autoridades de los Países Bajos negaron la extradición del imputado por delito político.

Asimismo, en dicho tratado, se establece que el gobierno Alemán debía entregar en manos de las potencias aliadas a todos los individuos acusados de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de guerra. Finalmente, los acusados fueron juzgados por los tribunales alemanes y recibieron castigos leves.

---

<sup>4</sup> Tratado de Versalles, arts. 228 al 230.

### **1.1.2. Los Tribunales de Nuremberg y Tokio.**

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los países vencedores firmaron en Londres el 8 de agosto de 1945 el Acuerdo para el Procesamiento y el Castigo de los grandes Criminales de Guerra del Eje Europeo. Mediante dicho acuerdo se crearon los tribunales internacionales para juzgar a los altos dirigentes políticos y militares de Alemania y de Japón. La Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania constituyó el Tribunal de Nüremberg, y la Proclama Especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, adoptada en Tokio el 19 de enero de 1946. El Tribunal Militar de Nüremberg condenó a pena de muerte a 12 jerarcas nazis, hubo siete sentencias de encarcelamiento, tres sobreesimimientos y se declaró con el título de criminales a tres organizaciones.

En forma análoga fue el procedimiento del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, con sede en Tokio, en el que se condenó a pena de muerte a siete jefes y altos cargos militares japoneses e impuso penas privativas de la libertad a otros dieciocho acusados.

Ambos tribunales recibieron muchas críticas por parte de la doctrina por tratarse de jurisdicciones creadas por los vencedores del conflicto para juzgar los crímenes de las potencias vencidas. Se considera que durante el procedimiento no fueron respetados los principios de imparcialidad y objetividad del debido proceso, ya que los jueces eran exclusivamente nacionales de las potencias vencedoras. Mientras que otros sostuvieron que los resultados respondían a una necesidad de justicia material que no se hubiera producido de haber dejado el castigo por parte de tribunales nacionales.

Otras de las objeciones que se le hicieron a dichos tribunales fueron la vulneración a los principios de legalidad (falta de leyes penales internacionales propiamente dichas anteriores a la comisión del delito), irretroactividad de la ley penal, falta de tipicidad (imprecisión del concepto y contenido de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad) y el principio del juez natural, que establece que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces naturales designados por la ley antes del hecho de la causa.

Sin embargo, si bien las opiniones sobre la legalidad de los principios jurídicos aplicados por el Tribunal de Nuremberg son diversas, en el seno de Naciones Unidas, la Asamblea General, mediante resolución 95 (I), confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Estos principios los formuló la Comisión de Derecho Internacional a pedido de la Asamblea General mediante la resolución 177 (II). Tanto el Estatuto del Tribunal de Nuremberg como el de Tokio representaron un cambio sustancial en la materia, ya que era la primera vez que se distinguía entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad, pudiendo ser acusados los individuos aún cuando alegaran haber actuado como funcionarios del Estado.

### **1.1.3. Los Tribunales Internacionales *ad-hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.**

Finalmente, dos pasos importantes en este camino han sido la creación de los Tribunales "*ad hoc*" para juzgar a los presuntos culpables de violaciones graves al derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia y el creado para juzgar a los responsables de genocidio y otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario en Ruanda.

El primero, ha sido creado por el Consejo de Seguridad mediante resolución 827 del 25 de mayo de 1993. Este tribunal se encarga de juzgar a los presuntos responsables de haber cometido graves violaciones al derecho internacional humanitario, convencional o consuetudinario, o delito de genocidio o crímenes contra la humanidad, en el territorio de la ex Yugoslavia cometidos a partir del 1º de enero de 1991. Este tribunal dispone en el artículo 9 de su estatuto una jurisdicción subsidiaria del tribunal con los tribunales internos. De esta manera permite el ejercicio de su jurisdicción a los tribunales internos, estableciendo una primacía del tribunal Internacional sobre aquellos.

En cuanto al segundo de ellos, el implementado para el territorio de Ruanda, ha sido creado mediante resolución 955 del Consejo de Seguridad del 8 de noviembre de 1994. El 30 de abril de 1998, el Consejo de Seguridad, enmendó los artículos donde enumera los órganos de dicho tribunal y asimismo, determina la forma de elección de los jueces<sup>5</sup>.

Posee competencia para juzgar a los presuntos culpables de los delitos de genocidio y otras violaciones del derecho internacional humanitario, como así también a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de tales actos o violaciones cometidos en territorios de estados vecinos en el período que va desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 1994. La labor de estos tribunales fue de gran importancia, ya que facilitó la determinación del contenido y de las formas de genocidio, a saber: instigación a cometer genocidio, conspiración para cometer genocidio, complicidad en el genocidio, así como la comisión de genocidio propiamente dicha.

Ambos tribunales fueron instituidos en el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, en momentos en que el Consejo de Seguridad determinó formalmente que la situación en ambos países constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

Aún así, tratándose de tribunales *ad hoc*, constituyen verdaderos tribunales que en la actualidad están demostrando su efectividad. Ambos órganos respetan las normas del debido proceso, los principios de objetividad e imparcialidad, a diferencia de lo ocurrido en los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

---

<sup>55</sup> Resolución 1165 (1998), artículos 10-12 del Estatuto.

Asimismo, es importante destacar que su labor se vio en varias oportunidades plagadas de dificultades ya que debieron afrontarse ante algunos problemas en su funcionamiento, como son, la deficiencia de reglas en el procedimiento y dificultades en la captura y entrega de los acusados.

Por tal motivo, se fueron dictando nuevas reglas de procedimiento, el 17 de noviembre de 1999 y las reglas de detención, el 29 de noviembre de 1999, entre otros de los documentos legales que se fueron adoptando desde que entró en funcionamiento dicho tribunal.

En la actualidad el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia está llevando a cabo diecisiete juicios, y ha completado cuatro, en los que recayó sentencia definitiva respecto de Drazen Erdemovic (sentenciado a cinco años de prisión con relación a crímenes contra la humanidad), Dragan Papic (sobreséido y puesto en libertad), Dusko Tadic (condenado a la pena de 20 años de prisión) y finalmente la sentencia dictada con fecha 3 de marzo del 2000, donde el Tribunal condenó a Tihomir Blaskic a la pena de 45 años de prisión en razón del crímenes contra la humanidad cometidos durante la guerra de Bosnia.

Por otro lado, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda emitió su primera inculpación sumaria en noviembre de 1995. En 1998 había tres juicios en curso. Uno de los casos más sensacionales ante el Tribunal, hasta ahora, ha sido el juicio al ex Primer Ministro Rwandés Jean Kambanda. El ex Primer Ministro se confesó culpable del delito de genocidio y posteriormente fue sentenciado a cadena perpetua.

Un gran avance ha realizado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos cuando el 24 de enero del 2000 dió paso para que pueda ser extraditado Elizaphan Ntakirutimana, pastor de la iglesia Ruandesa, al Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), al denegar la apelación presentada por el imputado.

Acusado por el ICTR de conspiración para la comisión de genocidio por hechos acaecidos en 1994 al haber promovido que miembros de la etnia Tutsi buscaran refugio en su iglesia y posteriormente permitir la entrada a oficiales Hutus armados y paramilitares llevando a cabo una masacre de un día de duración.

Es el primer caso en el cual el gobierno de Estados Unidos, país que jugó un papel instrumental cuando el Consejo de Seguridad creara el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, entregue a una persona para ser juzgada por un Tribunal Internacional.

## **1.2. El proceso de creación de la Corte Penal Internacional.**

El proyecto de creación de una Corte Penal Internacional surgió en 1950, momento en que la Asamblea General creó una comisión sobre la Jurisdicción Penal Internacional, mediante resolución 489 (V) del 12/12/50 y 687 (VII) del 5/12/52, encargada de compilar las normas de los procesos de Nuremberg y de preparar un proyecto del estatuto para una Corte Penal Internacional.

Esta comisión redactó un proyecto de estatuto en 1953 para una Corte Penal Internacional, elevándose a la Asamblea en 1954. Este proyecto fue suspendido hasta tanto se llegara a un acuerdo en la definición del crimen de agresión.

Asimismo, la guerra fría trajo consigo el estancamiento de estos progresos, por lo que recién en 1994 la Comisión finalizó la tarea que se le había encomendado y recomendó que la Asamblea General de las Naciones Unidas convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase tal proyecto.

En diciembre de 1995, y con la finalidad de completar el texto del proyecto de estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, la Asamblea General de la ONU creó un Comité Preparatorio (PrepCom) mediante resolución 50/46.

Este Comité preparatorio se reunió seis veces desde 1996 a 1998 (del 25 de marzo al 12 de abril de 1996, del 12 al 30 de agosto de 1996, del 11 al 21 de febrero de 1997, del 4 al 15 de agosto de 1997, del 1 al 12 de diciembre de 1997 y del 16 de marzo al 3 de abril de 1998)<sup>6</sup>.

Como resultado de las primeras dos reuniones de Comité Preparatorio la Asamblea General mediante resolución 51/207 convocó a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para 1998. En las siguientes tres reuniones se discutió la definición de los crímenes, los principios generales del derecho penal, temas de procedimiento, la cooperación internacional y las penas a imponerse.

Finalmente, en la sexta reunión se logra finalizar el proyecto y acordar el procedimiento de la Conferencia, la que tendría lugar el 15 de Junio al 17 de Julio de 1998 en Roma y donde se aprueba el Estatuto para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas tuvo lugar en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. En la Conferencia participaron las delegaciones de 160 países, 17 organizaciones intergubernamentales, 14 organismos especializados y fondos de las Naciones Unidas y 124 Organizaciones No Gubernamentales.

---

<sup>6</sup> "Estatuto de la Corte Penal Internacional", edición especial de Universidad Iberoamericana, Coalition for an International Criminal Court y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., México, 2001.

El último día de las negociaciones se adoptó finalmente el Estatuto mediante el cual se establece una Corte Penal Internacional, con el voto favorable de 120 delegaciones, 20 abstenciones y 7 votos negativos.

Entre los estados que han votado en contra del Estatuto de la Corte Penal Internacional se encuentran Estados Unidos, la India, China, Turquía, Sri Lanka, Filipinas e Israel. El documento de la ONU sobre Preguntas y Respuestas sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional expresa que en la votación no se ha levantado acta alguna, de manera que no han quedado registrados los nombres de los países votantes en contra. Sin embargo, tres estados - China, Estados Unidos e Israel- manifestaron abiertamente sus razones para votar en contra. De esta manera, se expresa en dicho documento que: " El representante de China manifestó que el poder que se le daba a la Cámara de juicio previo para bloquear la iniciativa del fiscal no era suficiente y que la adopción del Estatuto debiera haberse hecho por consenso y no por votación.

La principal objeción de los Estados Unidos se refería al concepto de jurisdicción y su aplicación a los Estados no Parte. Su representante manifestó también que el Estatuto debe reconocer el papel del Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión.

En el mismo estatuto se estipula en su artículo 126, que el mismo entraría en vigor cuando al menos 60 Estados expresen su consentimiento en obligarse por este tratado. El 11 de abril de 2002 el Estatuto ya contaba con 60 ratificaciones, por lo cual el 1º de julio de 2002 el Estatuto ha entrado en vigor.

Del 3 al 7 de febrero de 2003 Se celebra la primera sesión resumida de la Asamblea de los Estados Partes (AEP) en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York para elegir a los primeros 18 magistrados de la Corte. Del 21 al 23 de abril de 2003 en la segunda sesión resumida de la AEP se elige al Sr. Luis Moreno Ocampo de Argentina como el primer Fiscal Jefe de la CPI. El 23 de junio de 2004 la Fiscalía anuncia el comienzo de las investigaciones formales en la República Democrática del Congo (DRC).La Fiscalía investigará los crímenes bajo la competencia de la Corte que presuntamente, se han cometido.

El 8 de noviembre de 2005 El Presidente de la CPI Philippe Kirsch presenta por primera vez en la historia el Informe de la CPI a la Asamblea General de la ONU.

Al finalizar el 2005, el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuenta con 139 firmas y 100 ratificaciones. El último en ratificar hasta el 18 de octubre de 2005 el Estatuto de Roma ha sido nuestro país.

El Estatuto está compuesto de ciento veintiocho artículos en los que se regulan aspectos tan variados como la organización de la Corte, el derecho material que deberá aplicar la Corte, e innumerables cuestiones de procedimiento.

Debido a la complejidad de dicho instrumento, varias cuestiones han quedado pendientes de un desarrollo posterior, tarea que le fue encomendada a una Comisión Preparatoria<sup>7</sup> establecida por la Asamblea General de la ONU de acuerdo al mandato contenido en la Resolución F del Acta Final adoptada al término de la Conferencia de Roma.

El principal objetivo de la PrepCom consistía en la elaboración de los textos complementarios al Estatuto de Roma. El 30 de junio del 2000, en la V Sesión de la PrepCom se han aprobado con carácter provisional las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen que aplicarán los magistrados de la CPI.

En sus posteriores reuniones las PrepCom se han encargado de estudiar y elaborar los proyectos de texto sobre el acuerdo de relación entre la Corte y la Organización de las Naciones Unidas, los principios básicos del acuerdo relativo a la sede que han de negociar la Corte y el país anfitrión, el reglamento y la reglamentación financiera detallada, un acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte, un presupuesto para el primer ejercicio financiero, el crimen de agresión y los documentos preparatorios para la Asamblea de los Estados Parte. Estos textos fueron puestos a consideración para su aprobación en la Asamblea de los Estados Parte.

La Asamblea de los Estados Parte (AEP), se reunió por primera vez del 3 al 10 de septiembre de 2002 en la sede de las NN.UU. en Nueva York. Esta reunión fue presidida por S.M. el Príncipe Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini (Jordania) quien fue elegido Presidente de la Mesa junto con dos Vice- Presidentes y otros 18 miembros de la Mesa, divididos de manera equitativa entre todas las regiones.

De acuerdo a las funciones que posee la AEP, establecidas en el artículo 112 del Estatuto de Roma, en esta primer reunión, dicha Asamblea adoptó en forma oficial las Reglas de Procedimiento y Prueba, los Elementos de los Crímenes, el Reglamento y la Reglamentación Financiera Detallada, el Acuerdo de Relación entre la Corte y las NN.UU., el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte, los Principios Básicos del Acuerdo Relativo a la Sede que han de negociar la Corte y el país anfitrión, el Reglamento de la Asamblea de los Estados Parte y el procedimiento para la Nominación y la Elección de los Magistrados y el Fiscal.

Asimismo, adoptó el presupuesto para el primer ejercicio económico de la Corte, extendió el mandato del Equipo de Avanzada hasta fines de octubre de 2002 y designó al señor Bruno Cathala como Director de la División de Servicios Comunes para desempeñar las funciones del Secretario hasta que éste asuma el cargo en la primavera del año 2003.

---

<sup>7</sup> *Preparatory Commission*, en adelante PrepCom.

Posteriormente, la primera sesión resumida de la Asamblea de los Estados Partes se llevó a cabo del 3 al 7 de febrero de 2003 en la sede de las NN.UU en Nueva York. Allí se procedió a elegir a los primeros 18 magistrados de la Corte Penal Internacional, de los cuales 11 son hombres y 7 mujeres, y prestaron juramento el 11 de marzo en La Haya durante la ceremonia oficial de inauguración de la Corte.

### **1.3. Características esenciales de la Corte Penal Internacional.**

La Corte Penal Internacional, creada por medio del Estatuto de Roma adoptado en 1998, tiene competencia para juzgar a los individuos responsables por la comisión de los crímenes más graves del derecho internacional, entre los que se encuentran los crímenes de guerra, genocidio, *lesa humanidad* y de agresión.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece que ésta es una institución de carácter permanente, con personalidad jurídica internacional. Su sede se encuentra en La Haya, Países Bajos (el Estado anfitrión) y su vinculación con el sistema de Naciones Unidas se encuentra regulado mediante un acuerdo de la Asamblea de los Estado Parte. Su jurisdicción es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, de tal modo, la actividad de la Corte se inicia en los casos en que las jurisdicciones de cada país no quieran o no puedan perseguir delitos recogidos en el estatuto.

Los idiomas oficiales de la Corte son el árabe, el chino, el español, el francés, el inglés y el ruso. Los idiomas de trabajo de la Corte son el francés y el inglés (artículo50).

A continuación, se estudiarán las características generales de la CPI, partiendo por su naturaleza jurídica, la complementariedad de la CPI con los sistemas jurídicos nacionales, y la relación de la CPI con las Naciones Unidas.



### **1.3.1. La naturaleza jurídica de la Corte Penal Internacional.**

Durante la elaboración del Proyecto del Estatuto de la CPI, se contempló que la CPI podía ser creada ya sea, por una resolución de la Asamblea General con la que se crease un órgano subsidiario conforme al artículo 22 de la Carta de Naciones Unidas; o por medio de una modificación de la Carta de Naciones Unidas; o por una resolución del Consejo de Seguridad, adoptada en el marco del capítulo VII en relación con la creación de un órgano subsidiario según el artículo 29 de la Carta; y la que finalmente se optó, la creación de la CPI por medio de un Estatuto, incorporado a un tratado multilateral.

Luego de considerar las diferentes opciones, la CDI consideró que por medio de un tratado multilateral se lograría de forma más idónea una institución internacional independiente. Confiriéndole a la Corte la legitimidad, autoridad y eficacia necesarias para sancionar los crímenes internacionales cometidos por individuos que asegurase a la vez unas mínimas garantías procesales a los inculpados.

La naturaleza jurídica de la CPI está determinada por el hecho de haber sido creada por un tratado internacional. De su Estatuto surgen las características generales de esta institución, así, el preámbulo establece que la Corte será independiente y que no estará subordinada a ninguna otra institución internacional sin perjuicio de que la CPI tendrá vinculación con el sistema de Naciones Unidas (artículo 2). El Estatuto define a la CPI como una institución permanente y complementaria a las jurisdicciones nacionales.

La Corte Penal Internacional posee vocación universal debido a que todos los Estados pueden ser parte del Estatuto, siempre y cuando acepten la integridad de sus disposiciones, puesto que éste no admite reservas (artículo 120). A su vez, existe la posibilidad de que un Estado que no siendo parte en el Estatuto, acepte la competencia de la CPI en un caso concreto (artículo 12.3).

El Estatuto atribuye a la CPI personalidad jurídica internacional, esto es la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones internacionales y de prevalerse de esos derechos por la vía de reclamación internacional, a la que se le atribuye la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos (artículo 4.1).

Su personalidad jurídica viene determinada no sólo por el artículo 4 en que se hace referencia expresa, sino también, se complementa en diferentes disposiciones del Estatuto, donde se le atribuye a la Corte la capacidad de concluir acuerdos con las Naciones Unidas (artículo 2), con el Estado anfitrión (artículo 3) y un arreglo especial o un acuerdo con un Estado que no sea parte en el Estatuto para prestar cooperación internacional y asistencia judicial (artículo 87.5), de esta forma queda reflejada la capacidad que posee la CPI para concluir acuerdos con Organizaciones Internacionales y con Estados.

El goce de los privilegios e inmunidades de la CPI en el territorio de cada uno de los Estados miembros (artículo 48), la disposición de un sistema institucional y de financiación propio, junto con la capacidad de concluir acuerdos con Organizaciones Internacionales y con Estados, constituyen manifestaciones de la personalidad jurídica de la CPI.

Por lo tanto, la Corte Penal Internacional se constituye como una organización internacional dotada de subjetividad internacional (artículo 4).

### **1.3.2. La complementariedad de la Corte Penal Internacional con los sistemas jurídicos nacionales.**

La Corte Penal Internacional tendrá carácter complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales, así queda establecido en el Preámbulo y en el artículo primero del Estatuto. El alcance del principio en cuestión se encuentra desarrollado en los artículos 17 a 20 del texto del Tratado.

Una vez activado el procedimiento por cualquiera de las vías previstas en el Estatuto (un Estado Parte, el Consejo de Seguridad o el Fiscal), la Corte declarará inadmisibles los casos según lo dispuesto en el artículo 17, cuando:

-El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él a menos que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda llevar adelante el juicio;

-El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no iniciar acción penal, a menos que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda hacerlo;

-La persona ya ha sido enjuiciada por la conducta que se le imputa o

-El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Sin embargo, la Corte examinará aquellos casos en que determine que el Estado haya iniciado el proceso pero éste tenga por objeto sustraer a la persona de la competencia del Tribunal, o demorarlo en modo a que la persona no comparezca en justicia, o cuando el tribunal no sea independiente o imparcial o la administración nacional de justicia haya colapsado, no estando en condiciones de llevar a cabo el juicio. En este sentido, la Corte Penal Internacional no constituye una innovación, a diferencia de los Tribunales *ad hoc*, o de aquellos tratados internacionales, como el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (artículo VI), en que se establece la responsabilidad penal internacional ante la comisión de delitos de dicha naturaleza.

### **1.3.3. La relación de la Corte Penal Internacional con la Organización de las Naciones Unidas.**

La Corte Penal Internacional estará relacionada con las Naciones Unidas mediante un acuerdo<sup>8</sup>, el cual ha de ser elaborado por la Comisión Preparatoria, aprobado por la Asamblea de los Estados Parte, y concluido por el Presidente de la Corte en nombre de ésta. Luego de varias alternativas, en el seno de la CDI se decidió crear la Corte Penal Internacional por medio de un tratado internacional. Uno de los principales motivos ha sido la necesidad de crear un órgano judicial penal internacional independiente, y para garantizarlo se optó por no vincularla estructuralmente con un órgano de Naciones Unidas, bien como órgano subsidiario derivado de resoluciones de la Asamblea General en virtud del artículo 22, o del Consejo de Seguridad como consecuencia de la aplicación de los artículo 24 y 25 en relación con el artículo 29 de la Carta.

Sin embargo, era necesario que la CPI guardara cierta relación con Naciones Unidas, ya que una eficaz relación con ella le otorgaría a la Corte Penal Internacional las características de universalidad, autoridad y permanencia sumadas a su independencia en la función judicial, una base teórica que da los instrumentos necesarios para que la Corte pueda cumplir con sus objetivos de forma efectiva, justa, independiente y ausente de criterios de oportunidad política estatal.

Por estos motivos, en el artículo 2 del Estatuto se establece que la Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por medio de un acuerdo donde se determine una relación apropiada entre ambas organizaciones. Esta es una fórmula amplia y, la independencia que hacíamos referencia anteriormente puede ser obstruida por otras norma del mismo artículo que puede dar lugar a una posible dependencia al órgano político de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad.

Como ejemplo, se puede hacer referencia al artículo 16 del Estatuto por medio del cual, el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede pedir a la Corte que se suspenda la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, por el término que no sea mayor de 12 meses. Esa petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

En este sentido, el Estatuto no determina cuántas veces esta suspensión podrá ser renovada. El problema radica, en que dicha disposición al no determinar un número determinado de renovaciones, lo que se suponía era una suspensión temporal podrá en la práctica convertirse en un bloqueo definitivo. Dicha facultad del Consejo de Seguridad, puede traer aparejada una cierta dependencia de la Corte respecto al órgano político de las Naciones Unidas, lo cual podría ser negativo para la efectiva actuación de la Corte.

---

<sup>8</sup> preámbulo, párrafo noveno y artículo 2

### **1.3.4. La competencia de la Corte Penal Internacional.**

La competencia de la Corte Penal Internacional se ha de clasificar *ratione temporis*, *ratione personae* y *ratione materiae*.

#### **1.3.4.1. *Ratione Temporis*:** cuando puede ejercer su competencia la Corte Penal Internacional.

La Corte tendrá competencia respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11) y estos no prescribirán (artículo 29). El Estatuto establece una competencia irretroactiva en su artículo 24.1, señalando que "nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor".

Cuando un Estado se constituya en parte del Estatuto después de la entrada en vigor del mismo, la Corte podrá ejercer su competencia sobre sus nacionales y territorio por crímenes cometidos únicamente desde la entrada en vigor para tal Estado, a menos que consienta que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre un crimen determinado desde la entrada en vigor del Estatuto, o sea desde el 1º de julio de 2002 (arts. 11.2 y 12.3). En éste único caso, la Corte podrá ejercer su jurisdicción de manera retroactiva, con el consentimiento del Estado en cuestión.

Asimismo, el Estatuto permite que un Estado cuando se constituya en Parte del mismo, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor respecto a él, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cuando se denuncia la comisión de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio (artículo 124).

Por lo tanto, el Estatuto recoge de conformidad con los principios generales del derecho penal, el principio de irretroactividad (arts. 22 y 24) y el principio de imprescriptibilidad (artículo 29).

#### **1.3.4.2. *Ratione Personae*:** los sujetos de la responsabilidad criminal.

La Corte podrá ejercer su jurisdicción sobre personas físicas (artículo 1) mayores de 18 años (artículo 26) por conductas posteriores a la entrada en vigor del estatuto (artículo 24) sin distinción alguna basada en el cargo oficial (artículo 27).

Estas conductas serán reprochables tanto para quien las cometa por sí sólo, con otro o por conducto de otro, las ordene, proponga o las induzca tanto si se han consumado como si hubiesen quedado en grado de tentativa, o con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen siendo cómplice, encubridor o colaborador suministrando información o contribuya de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas.

En el caso del delito de genocidio la instigación ha de ser directa y pública (artículo 25). Asimismo, los jefes militares o el que actúe como tal, serán responsables de los crímenes de competencia de la Corte cuando los hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, en caso de no haber ejercido un control apropiado (artículo 28).

Por lo tanto, las personas que se encuentran excluidas de la competencia de la Corte serán: los menores de 18 años (artículo 26) y aquellos que padezcan de una enfermedad o deficiencia mental que priven de su capacidad para apreciar la ilicitud de la conducta o de la capacidad para controlar esa conducta, estado de intoxicación que lo priven de la misma capacidad que el anterior salvo que se hubiera intoxicado voluntariamente, defensa propia razonable, defensa de un bien esencial para la supervivencia, hubiere cometido uno de los crímenes de competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de amenazas inminentes de muerte o lesiones graves (artículo 31).

Asimismo, el error de hecho o de derecho que hagan desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen eximirá de responsabilidad (artículo 32).

#### **1.3.4.3 *Ratione Materiae*:** los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

La Corte tendrá competencia para juzgar los crímenes de genocidio, crímenes de *lesa humanidad*, crímenes de guerra y el crimen de agresión (artículo 5).

Los elementos de los crímenes de competencia de la Corte han sido aprobados por la Asamblea de los Estados Parte en su primer reunión celebrada del 3 al 10 de septiembre del 2002, sobre la base de un proyecto de texto definitivo de los mismos que ha sido adoptado por la Comisión Preparatoria el 6 de julio de 2000.

Asimismo, se establece que una persona será penalmente responsable por la comisión de dichos crímenes de competencia de la Corte, cuando se reúnan los elementos objetivos que los definen y un elemento subjetivo, que es la intencionalidad del presunto autor de los hechos (artículo 30).

#### **a) El crimen de genocidio.**

El Estatuto de Roma respecto de este crimen traslada la definición contemplada en la "Convención para la prevención y sanción del Genocidio", de 9 de diciembre de 1948, en vigor desde el 12 de enero de 1951, pero sin remitirse a ella. Dicha Convención establece en su artículo I que el delito de genocidio es un delito de derecho internacional, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

El artículo II estipula que se considera 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 los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo". Asimismo, el artículo III dispone que " Serán castigados los actos siguientes: a) el genocidio; b) la asociación para cometer genocidio; c) la instigación directa y pública a cometer genocidio; d) la tentativa de genocidio; e) la complicidad en el genocidio".

La definición sobre este crimen redactada en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, es la misma que se encuentra reproducida en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Jelisić (*The Prosecutor v. Goran Jelisić, Case Nº IT-95-10-T, Judgement, 14-XII-1999*), entendió que los principios de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio constituyen el derecho internacional consuetudinario y que la prohibición de cometer dicho crimen tiene la naturaleza de *ius cogens* en razón de su extrema gravedad. De esta manera, el artículo 6 del Estatuto establece que:

"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".

La definición que se ha dado a este delito ha sido restrictiva ya que no se ha incluido en la misma ni la persecución política, ni la social o ni tampoco de cualquier otra índole. La Asamblea General de las Naciones Unidas cuando elaboró el proyecto de Convención en 1948 distinguió el genocidio del homicidio, especificando que el primero de ellos es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, mientras que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir. Por lo tanto, el objetivo último del genocidio es el grupo mismo.

## **b) Los Crímenes de *lesa humanidad***

Tras la Segunda Guerra Mundial, se adopta en agosto de 1945 el Acuerdo de Londres por medio del cual se instituye el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo. De los crímenes de competencia del Tribunal formulados en su Estatuto, los crímenes contra la humanidad ha sido la figura más novedosa, a diferencia del crimen de guerra y el crimen contra la paz, que tenían cierta tradición.

Aunque este delito no había sido codificado, sus antecedentes se encuentran en la Declaración de San Petesburgo de 1868 por la que se prohibía el uso de cierto tipo de balas explosivas y expansivas.

El artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg tipifica la figura de los crímenes de *lesa humanidad* como "...el asesinato, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros actos inhumanos perpetrados contra toda población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la competencia del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido realizados".

Asimismo, se establecía en el último párrafo del mismo artículo que " los dirigentes, organizadores, instigadores o cómplices que tomaron parte en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o de un complot para cometer cualquiera de los crímenes precedentemente definidos son responsables de todos los actos cumplidos por las personas que ejecutasen tal plan".

Al analizar las sentencias del Tribunal de Nuremberg, se evidencia que en la aplicación de esta figura sólo se reprimían esas infracciones cuando tenían una relación directa o indirecta con la guerra. Sin embargo, la Ley nº 10 del Consejo de Control para Alemania, promulgada el 20 de diciembre de 1945, suprime el necesario nexo entre los crímenes de *lesa humanidad* con los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra, y no incluye la expresión " antes o durante la guerra". Si bien se trata de una ley de alcance nacional, esta ha contribuido en la posterior ampliación en la definición de los crímenes de *lesa humanidad*.

En los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* también se observan ciertas diferencias en la definición del crimen de lesa humanidad. En el Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia en el artículo 5 donde se define este crimen, se establece la capacidad de responsabilizar a un individuo por los crímenes que se señalan, siempre y cuando hayan sido cometidos contra la población civil de forma masiva y sistemática durante un conflicto armado, interno o internacional.

La Sala de apelaciones en el Asunto Tadic ( caso Nº IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995), entendió que al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado, restringe así el alcance del concepto consuetudinario del crimen contra la humanidad que se había consolidado desde las Sentencias del Tribunal de

Nuremberg, y concluye que no es necesario establecer un nexo entre los crímenes de *lesa humanidad* y los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra.

En el Estatuto del Tribunal para Ruanda, si bien la lista de crímenes que se incluye es la misma que para el anterior, la diferencia radica en cuanto no se exige que estos sean cometidos en un conflicto armado y especifica, que dichos crímenes deberán perpetrarse " como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas". El concepto preciso de los crímenes de lesa humanidad se establecen definitivamente en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya que hasta su elaboración el concepto de estos crímenes seguía siendo vago. El Estatuto de Roma, en el artículo 7 dispone que:

"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 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 o cualquier otra forma de violencia sexual 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 a diferencia de la definición del delito de genocidio, el concepto de crímenes de lesa humanidad sufre una serie de innovaciones en relación con la definición que se encuentra en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

En estos últimos estatutos se establece dentro de los crímenes sexuales sólo a la violación como una de las formas de cometer crimen de *lesa humanidad*, mientras que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se estipula que la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable serán también considerados como crímenes de lesa humanidad. Asimismo, el artículo 7 agrega la desaparición forzada de personas y el crimen del apartheid dentro del crimen de *lesa humanidad*".

Por lo expuesto, cabe destacar, que la definición deja abierto el concepto de los crímenes de *lesa humanidad*, ya que al final del artículo especifica que también serán considerados dentro de esta tipificación a otros actos inhumanos.

### **c) Los Crímenes de Guerra**

La evolución del concepto de crimen de guerra tiene su origen y se desarrolla con la propia evolución del ordenamiento jurídico internacional. Asimismo, los crímenes de guerra están estrechamente vinculados con el principio de la responsabilidad penal del individuo, ya que este principio tiene su origen en relación con aquellos.

En 1899 y 1907, se celebraron unas Conferencias de Paz por iniciativa del Zar de Rusia Nicolás II, donde la mayoría de los Convenios adoptados regulaban la guerra, codificando y desarrollando el derecho consuetudinario. Si bien en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, así como también en el Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra no contenían disposiciones sobre una responsabilidad penal internacional de los individuos. Estas normas regulaban la responsabilidad de los Estados por la violación a las normas sobre la conducción de la guerra. Cabe destacar, que las jurisdicciones internas eran las encargadas de sancionar a los individuos por la comisión de los crímenes de guerra.

Es el Tratado de Versalles en 1919, donde otorga el derecho a las Potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de "violaciones de las leyes y costumbres de la guerra"<sup>9</sup>

Luego de la Segunda Guerra Mundial, es en el Estatuto de Nuremberg donde se sistematizan los esfuerzos por castigar a los responsables por este crimen.

---

<sup>9</sup> Tratado de Versalles, Arts. 228-229.

El Estatuto de Tribunal Internacional de Nuremberg en su artículo 6 b) define a los crímenes de guerra como "las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra", para luego enumerar una lista no limitativa de los actos que comprenderán estas violaciones.

En 1949, se adoptaron a instancia del Comité Internacional para la Cruz Roja, los cuatro Convenios de Ginebra: el Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

En 1977, se adoptaron el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales; y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

De estos Convenios quedan evidenciados los actos que pertenecen a los crímenes de guerra, que son los recogidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Con respecto a los crímenes de guerra que constituyen infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo I, rige el principio de la jurisdicción universal.

En dichos Convenios queda establecida la obligación de cada una de las Partes Contratantes de "juzgar o dar a juzgar" a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves estipuladas en los Convenios. Así de conformidad con los artículos 49 del Convenio I, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III y el artículo 146 del Convenio IV, se establece que " cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes".

Posteriormente, frente a las graves violaciones de derechos humanos que se estaban cometiendo en el conflicto armado en el territorio de la ex- Yugoslavia desde 1991, el Consejo de Seguridad luego de varias resoluciones dictadas al respecto, confirmó que las graves violaciones constituían una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

Por lo cual decidió, con sustento en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, crear un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

La Resolución 827 (1993) aprobó el Estatuto de este Tribunal, en el cual se le otorga competencia para conocer en las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones a las leyes o usos de la guerra, el genocidio, y los crímenes de *lesa humanidad*.

Asimismo, en 1994, el Consejo de Seguridad, ante los graves hechos que acontecían en Ruanda, decidió por medio de su Resolución 955 (1994), con fundamento en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, crear otro Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, reconociéndole competencia para conocer en los crímenes de genocidio; los crímenes de *lesa humanidad*; y las violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

En el marco del Estatuto de Roma, el artículo 8 estipula que la Corte tendrá competencia para juzgar respecto de los crímenes de guerra cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

El artículo dispone que se entenderá por "crímenes de guerra" a:

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber,
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional,
- 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 las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa
- d) El párrafo 2 del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.
- e) Otras violaciones 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.
- f) 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 e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Cabe destacar, que los crímenes de guerra cometidos en caso de conflicto armado internacional se encuentran estipulados en los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, mientras que aquellas violaciones graves cometidas en un conflicto armado interno están previstas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y por el Protocolo Adicional II.

En la definición que el Estatuto de la Corte Penal Internacional da a los crímenes de guerra, no se exige, a diferencia de lo estipulado para los crímenes de lesa humanidad, los requisitos de masividad o sistematicidad. Por el contrario, se establece en el artículo 8, que debe existir una política o plan en el que se inscriben las conductas criminales.

Por último, cabe destacar, que el Estatuto prevé en relación con este crimen la posibilidad a los Estados al hacerse parte del Estatuto de declarar que durante un período de 7 años, contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor en relación a él, que no acepta la jurisdicción de la Corte en lo que hace a los crímenes de guerra cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio.

#### **d) El Crimen de agresión.**

En cuanto al crimen de agresión, el artículo 9 del estatuto establece que la competencia de la Corte respecto a este crimen está sujeta a la aprobación de una disposición donde se defina el crimen y se enuncie las condiciones en las cuales lo hará. La Corte incluirá también la competencia sobre este crimen cuando los Estados Parte aprueben una definición generalmente aceptable durante la Conferencia de Revisión, siete años después de la entrada en vigor del Estatuto (arts. 121 y 123).

#### **e) Delitos contra la administración de justicia**

Asimismo, la Corte podrá juzgar los delitos contra la administración de justicia (artículo 70) cuando estos hayan sido cometidos en forma intencional, a saber;

- 1) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad
- 2) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
- 3) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;

4) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;

5) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.

### **1.3.5. Jurisdicción.**

Los Estados que pasen a ser parte en el estatuto de la Corte aceptan de esta forma la jurisdicción del Tribunal, el que podrá ejercer su competencia si el crimen se ha cometido en el territorio de un Estado parte o si el acusado es nacional de un Estado parte (artículo12) cuando la investigación haya sido iniciada por un Estado Parte o por el Fiscal de oficio (artículo13).

En el artículo 13 también se prevé que el Consejo de Seguridad actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede remitir al Fiscal una situación en que parezca que se haya cometido uno o varios de los crímenes de competencia de la Corte. Pero en éste último caso, ni el artículo 12 ni el artículo 13 del Estatuto especifica si el crimen que denuncia el Consejo de Seguridad deba haber sido cometido en el territorio de un Estado parte o si el acusado es nacional de un Estado parte. Por tal motivo, cuando es el Consejo de Seguridad el que activa el procedimiento, será el único caso en que la Corte podrá ejercer una jurisdicción universal.

La determinación de estas condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte, ha sido un punto de lo más conflictivo, ya que los Estados poseían al respecto diferentes posturas. Mientras unos proponían que la Corte ejerciera una jurisdicción universal, otros propugnaban por la aceptación de la jurisdicción por el Estado del que fuera nacional el autor y por el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen (Postura estadounidense).

Finalmente, se optó por que la Corte ejerciera su jurisdicción cuando el Estado del que es nacional el acusado o el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, es parte en el Estatuto de Roma. En este último caso, deja abierta la posibilidad que un nacional de un Estado que no sea parte en el Estatuto que haya cometido un delito en el territorio de un Estado Parte, podrá ser juzgado por la Corte. Esta decisión hizo que Estados Unidos se opusiera terminantemente a la firma del Estatuto.

Hay que tener en cuenta, que dicho nacional sólo podrá ser juzgado por la Corte si el Estado de la nacionalidad del presunto autor no esté dispuesto o no pueda juzgarlo.

La Corte declarará inadmisibile un caso según lo dispuesto en el artículo17 cuando, el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él a menos que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda llevar adelante el juicio, o cuando el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no iniciar acción penal, a menos que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda hacerlo; cuando la persona ya ha sido enjuiciada por la conducta que se le imputa o cuando el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Sin embargo, la Corte examinará aquellos casos en que determine que el Estado haya iniciado el proceso pero éste tenga por objeto sustraer a la persona de la competencia del Tribunal, o demorarlo en modo a que la persona no comparezca en justicia, o cuando el tribunal no sea independiente o imparcial o la administración nacional de justicia haya colapsado, no estando en condiciones de llevar a cabo el juicio. De conformidad con el artículo 17 antes señalado, la Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa (artículo19). Están legitimados para impugnar la admisibilidad de la causa, a saber, el acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia, el Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o la ha hecho antes; el Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo12. La impugnación de admisibilidad se hará antes del juicio o a su inicio.

### **1.3.6. Marco Legal.**

El marco legal de la Corte se encuentra regulado en el Estatuto de Roma y, en el que se pueden distinguir: los principios generales de Derecho Penal, los derechos de las personas objeto de investigación y el derecho aplicable.

#### **1.3.6.1. Principios Generales de Derecho Penal.**

En el Estatuto se prevé el respeto de los principios generales de derecho penal, entre los que se encuentran el principio de cosa juzgada (artículo20), o sea el principio por medio del cual una persona no podrá ser procesada por la Corte en razón de conductas delictivas por las cuales ya hubiere sido juzgado, absuelto o condenado.

El principio de *nullum crimen sine lege* (artículo22) por el cual la Corte no podrá considerar a nadie responsable por conductas que al momento de cometerlas no constituyan crímenes de su competencia; y el de *nulla poena sine lege* (artículo23) el que dispone que una persona declarada culpable por la Corte sólo podrá ser penada de conformidad con el Estatuto. Asimismo, el Estatuto recoge el principio de irretroactividad de la ley penal (artículo 24) el cual establece que un individuo no podrá ser juzgado por una conducta anterior a la entrada en vigor del Estatuto, el principio de imprescriptibilidad (artículo29), el principio de igualdad (artículo21.3) ya que el Estatuto dispone que no habrá exenciones de responsabilidad penal por razón del cargo público desempeñado por el sujeto (artículo27) y el principio de intencionalidad (artículo30) ya que se requiere la intención y el conocimiento de los elementos materiales para considerar una conducta como crimen.

#### **1.3.6.2. Derechos de las personas objeto de investigación.**

Los derechos de las personas objeto de investigación por la Corte Penal Internacional, se encuentran explícitamente detallados en los artículos 55 y 67. De esta manera el articulado establece que, nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; y el imputado tiene derecho a contar con los servicios de un intérprete cuando sea interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente. Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios y se le hará saber toda la información acerca del delito que se le imputa.

En el momento del interrogatorio tiene derecho a guardar silencio sin que ello implique su culpabilidad o inocencia, deberá ser asistido por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne uno de oficio, a menos que renuncie a su derecho de asistencia letrada y haya optado por defenderse personalmente, también deberá ser interrogado frente aquel. Será juzgado sin dilaciones indebidas, y deberá estar presente en el proceso (artículo 63).

En el momento de la detención tendrá derecho a solicitar del juez del Estado que lo detuvo la libertad provisional hasta su entrega a la Corte (artículo 59).

La Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que el imputado ha sido informado de los crímenes que se le imputan y de los derechos que se les reconoce en el Estatuto de la Corte (artículo 60).

El Estatuto de la Corte establece el orden de prelación en que se aplicarán las normas que el mismo dispone. En primer lugar, el Estatuto, los elementos del crimen y sus reglas de procedimiento y prueba; en segundo lugar, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; en su defecto, los principios generales del derecho que derive de la Corte de derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esas normas no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho internacional, ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

El reglamento de la Corte que sea necesario para su funcionamiento ordinario lo adoptarán los propios Magistrados por mayoría absoluta en consulta con el Fiscal y el Secretario (artículo 52)

#### **1.4. La organización de la Corte Penal Internacional: composición y competencias.**

En cuanto a la organización de la Corte Penal Internacional, a continuación se explicarán su composición, el ejercicio de sus competencias, los aspectos procesales del Estatuto y la cooperación internacional y la asistencia judicial.

##### **1.4.1. Composición de la Corte.**

La Corte estará compuesta de 18 magistrados y sus cuatro órganos principales según lo establecido por el artículo 34 del Estatuto: a) la Presidencia, b) una sección de Apelaciones, una sección de primera instancia y una sección de cuestiones preliminares; c) la Fiscalía; y d) la Secretaría.

a) La Presidencia, integrada por el presidente, el Vicepresidente primero y el Vicepresidente segundo, los que desempeñaran el cargo por un período de tres años y podrán ser reelegidos una vez (artículo 38).

b) Una Sección de Apelaciones, compuesta por el Presidente y cuatro magistrados; una Sección de Primera Instancia, esta tendrá no menos de seis magistrados; y una Sección de Cuestiones Preliminares; también compuesta por no menos de seis magistrados (artículo 39).



c) La Fiscalía, dirigida por el Fiscal, podrá contar con la ayuda de fiscales adjuntos. Encargada de recibir información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte (artículo 42).

d) La Secretaría, compuesta por el Secretario y el Secretario Adjunto, estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarles servicios (artículo 43). Dentro de la Secretaría habrá una Dependencia de Víctimas y Testigos, establecida por el Secretario. Se encargará de adoptar medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte y a personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado (artículo 43).

El Estatuto establece en su Parte XI, la existencia de una Asamblea de los Estados Parte, formada por un representante de cada Estado Parte para supervisar los diferentes órganos de la Corte, su presupuesto, informes y actividades de la Mesa de la Asamblea. Los representantes tendrán un voto y las decisiones serán alcanzadas ya sea por consenso o por mayoría.

Como se ha hecho referencia anteriormente, la Asamblea de los Estados Partes se reunió por primera vez del 3 al 10 de septiembre de 2002 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en su sede de Nueva York, donde se adoptaron las Reglas de Procedimiento y Prueba, los Elementos de los Crímenes, el Reglamento y la Reglamentación Financiera Detallada, el Acuerdo de Relación entre la Corte y las NN.UU., el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunities de la Corte, los Principios Básicos del Acuerdo Relativo a la Sede que han de negociar la Corte y el país anfitrión, el Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes, el Procedimiento para la Nominación y la Elección de los Magistrados y el Fiscal y el presupuesto para el primer ejercicio económico de la Corte.

#### **1.4.2. El ejercicio de la competencia.**

La denuncia sobre una situación, en que parezca que se haya cometido uno o varios de los crímenes de competencia de la Corte, la puede realizar un Estado Parte o el Consejo de Seguridad - actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas- ante el Fiscal (artículo 13). En este punto, ya hemos visto que existe una diferencia cuando la realiza un Estado Parte o el Consejo de Seguridad.

El Fiscal puede iniciar de oficio una investigación sobre la base de una información acerca de un crimen de competencia de la Corte, debiendo solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 15). Para ello, deberá, en primer lugar, analizar la veracidad de la información recibida, con tal fin podrá recabar más información de los estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas.

Cuando llegue a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello. La Sala de Cuestiones Preliminares cuando considere que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto es de competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación.

La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación, no impedirá que el Fiscal presente después otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación.

Si el Fiscal en el examen preliminar llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, lo hará saber a quienes la hayan presentado. Sin embargo, esto no impedirá que el Fiscal examine la misma situación cuando se presenten hechos o pruebas nuevas.

Cuando el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación y la inicie con la debida autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, lo notificará a las partes. El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la Sala de Apelaciones del dictamen de la Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 18). La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria.

El Consejo de Seguridad puede, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo de lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de la ONU, pedir a la Corte que suspenda la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado por un plazo que no podrá exceder de doce meses, la que podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

### **1.4.3. Procedimiento**

Después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona cuando (artículo 58): haya motivo razonable para creer que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, cuando la detención sea necesaria para asegurar que la persona comparezca en juicio, o para que no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte o para impedir que la persona siga cometiendo ese crimen u otro conexo.

Luego de la entrega del imputado a la Corte por medio del Estado parte que haya recibido la solicitud de detención o la comparecencia voluntaria del imputado ante ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. La audiencia se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado y su defensor salvo que el imputado haya renunciado a su derecho a estar presente; o haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte.

En ese caso, el imputado estará representado por su defensor. En la audiencia el Fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa y éste podrá impugnar los cargos y las pruebas y presentar las suyas. La Sala resuelve, y en relación con los cargos que confirme el Presidente del tribunal, constituye una Sala de Primera Instancia para conocer en el caso (artículo 61).

El juicio se celebrará en la sede de la Corte al menos que se decida otra cosa (artículo 62). Se llevará a cabo por la Sala de Primera Instancia en presencia del acusado (artículo 63), esta celebrará consultas con las partes y adoptará los procedimientos que sean necesarios para que el juicio se lleve a cabo de una manera justa y expedita, a su vez determinará el idioma que se utilizará en el juicio y ordenará la comparecencia y la declaración de testigos o la presentación de documentos y otras pruebas, recabando para ello la asistencia de los estados cuando sea necesario de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto. Asimismo, podrá adoptar medidas para la protección de la información confidencial, la protección del acusado, de los testigos y de las víctimas y dirimir cualquier otra cuestión que se le presente.

Al comenzar el juicio, el que será público aunque esto no signifique que en determinadas circunstancias la Sala considere que ciertas diligencias se efectúen a puerta cerrada (arts.64.7 y 68.2), la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares, el acusado podrá declararse inocente o culpable (artículo 64). Cuando el acusado se declare culpable la Sala determinará si este comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad, si la formuló en forma voluntaria y si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa y las pruebas presentadas para poder condenarlo, en caso contrario considerará a la declaración como no formulada y ordenará que se prosiga con el juicio (artículo 65).

La audiencia será pública, justa e imparcial. Allí se producen las pruebas y el acusado tiene derecho a ser asistido e interrogado frente a un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne uno de oficio, a menos que renuncie a su derecho de asistencia letrada y haya optado por defenderse personalmente, a ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio sin que ello presuponga su inocencia o culpabilidad, a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a hacer comparecer en iguales condiciones a los de descargo, a declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento, y a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas (artículo 67).

Por otro lado y con el fin de proteger a las víctimas, los testigos y al acusado la Sala puede decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o que la presentación de las pruebas sea por medios electrónicos u otros medios especiales.

Asimismo, tanto el Fiscal como la Corte pueden pedir asesoramiento a la Dependencia de Víctimas y Testigos acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia de las víctimas y los testigos (artículo 68).

Todo Estado podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias para que se proteja tanto a sus funcionarios o agentes, como a la información de carácter confidencial o restringido (artículo 68) cuando a juicio de este afecte los intereses de su seguridad nacional, el que se resolverá por medio de la cooperación (artículo 72). La prueba testimonial deberá ser en persona aunque la Corte puede permitir que el testigo preste testimonio oralmente o por medio de una grabación de video o audio, así como también que se presenten documentos o transcripciones escritas, siempre y cuando no sean redundantes en perjuicio de los derechos del acusado ni incompatibles con éstos.

Cada testigo se comprometerá a decir verdad en su testimonio. Las partes podrán presentar todas las pruebas que crean necesarias para determinar la veracidad de los hechos. La Corte puede decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, en este caso no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de ese Estado (artículo 69).

Posteriormente, la Sala de Primera Instancia dictará un fallo adoptado por unanimidad, aunque de no ser posible se podrá adoptar por mayoría de sus magistrados, en éste último caso se incluirán las opiniones de la mayoría y de la minoría. El fallo será escrito y fundamentado a la luz de las pruebas presentadas y examinadas ante la Corte en el juicio (artículo 74). Cuando el fallo sea condenatorio la Corte fijará la pena aplicable al imputado y se leerá en audiencia pública y de ser posible en presencia del acusado (artículo 76).

La Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, establecerá principios aplicables a la reparación que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes, pudiendo dictar contra el condenado decisión en la que indique la reparación adecuada (artículo 75). Los Estados Parte darán efecto a esta decisión y la reparación podrá ser pagada por conducto del Fondo Fiduciario (artículo 75) establecido por la Asamblea de los Estados Parte (artículo 79).

El fallo será apelable, por el Fiscal y el acusado cuando exista: vicios de procedimiento, error de hecho; o error de derecho, una desproporción entre el crimen y la condena y cuando haya fundamentos suficientes para reducir la pena impuesta.

También podrá apelar el acusado o el Fiscal en su nombre, además de los mencionados, por otro motivo que afecte a la justicia o la regularidad del proceso o del fallo.

Como regla general, mientras se resuelve la apelación, el condenado permanecerá privado de su libertad, salvo que la Sala de Primera Instancia ordene otra cosa.

Cuando la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, el condenado será puesto en libertad, salvo, que el Fiscal apelase y esa libertad quedará sujeta a ciertas circunstancias excepcionales, tales como el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación (artículo 81).

La Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia. Cuando considere que existen fundamentos para revocar la condena en todo o en parte, invita al fiscal y al condenado a que presenten sus argumentos y dicta una decisión. La Sala de Apelaciones puede revocar o enmendar el fallo o la pena; o decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia. Su sentencia podrá dictarla en ausencia de la persona absuelta o condenada, será motivada, adoptada por unanimidad o por mayoría, en éste último caso se consignará las opiniones de la mayoría y de la minoría (artículo 83).

Por otro lado, la Sala de Apelaciones podrá revisar a pedido del condenado la sentencia definitiva condenatoria o la pena cuando se alegue error judicial grave y manifiesto y en el caso en que se hubieren descubierto nuevas pruebas que no se hallaban disponibles a la época del juicio (artículo 84). En ese caso la Corte tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización (artículo 85).

#### **1.4.4. La cooperación internacional y la asistencia judicial : Modalidades de aplicación y asistencia judicial.**

Los estados parte tienen la obligación de cooperar plenamente con la Corte, cuando esta se los solicite, en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia (artículo 86), debiendo asegurarse que en sus derechos internos existan los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación requeridas (artículo 88).

La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto a prestar asistencia sobre la base de un acuerdo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada.

En caso de incumplimiento con lo pactado con ese Estado no parte se informará a la Asamblea de los Estados Parte o al Consejo de Seguridad, si este le hubiese remitido el asunto. Este mismo procedimiento se establece cuando un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole así el ejercicio de sus funciones y atribuciones (artículo 87).

Las organizaciones intergubernamentales pueden ser requeridas por la Corte para que le proporcionen información o documentación o que le brinden colaboración y asistencia sobre la base de acuerdos especiales que hayan celebrado (artículo 87).

La Corte también podrá solicitar la detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitar su cooperación de ese Estado. Cuando la persona impugne el pedido ante un tribunal interno oponiendo la excepción de cosa juzgada de conformidad con el artículo 20 del Estatuto, el Estado deber consultar con la Corte para determinar si ya ha habido decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa fuese admisible el Estado requerido cumplirá la solicitud. Si estuviese pendiente, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega hasta que la Corte adopte una decisión (artículo 89).

Otras de las formas de cooperación que la Corte puede solicitar a un Estado Parte es la solicitud de asistencia en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de:

- a) Identificar y buscar personas u objetos;
- b) Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y presentar pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte;
- c) Interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento;
- d) Notificar documentos, inclusive los documentos judiciales;
- e) Facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos;
- f) Proceder al traslado provisional de personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7;
- g) Realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes;
- h) Practicar allanamientos y decomisos;
- i) Transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales;
- j) Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas;
- k) Identificar, determinar el paradero o congelar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe;
- y
- l) Cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte.

Cuando a un Estado se le plantea un problema de derecho interno y de derecho internacional en relación con obligaciones con otros Estados para dar curso a una solicitud de la Corte, el mismo ha de ser motivo de consulta con ella (arts. 89 y 90).

## **2. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES AL GENOCIDIO.**

La figura del genocidio se desarrolló de una categoría de crímenes contra la humanidad a un crimen autónomo después de la Segunda Guerra Mundial. Gracias a la definición del crimen de genocidio en la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, de 9 de octubre de 1948, y a su incorporación en los Estatutos de los Tribunales penales ad hoc, creados por el Consejo de Seguridad para juzgar a los acusados de genocidio y de otros crímenes en la ex Yugoslavia y Ruanda y finalmente en el reflejado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, existe un fundamento generalmente aceptado para la persecución de este "crimen de los crímenes"<sup>10</sup>.

Como en el capítulo que nos antecede, es importante el análisis y estudio de los orígenes, características y especificidades más relevantes del genocidio a efecto de entender como se forma hasta consolidarse tal y como lo contempla el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

### **2.1. Orígenes del genocidio**

Cuando Jean-Paul Sartre, en sus motivaciones sobre la sentencia de genocidio vietnamita en el marco del Tribunal B. Russell, hablaba de que si bien el término de genocidio existía desde hacía poco tiempo, sin embargo la "cosa" era vieja como la humanidad y no había existido hasta ahora ninguna sociedad cuya estructura la hubiese preservado de cometer dicho crimen, tenía absolutamente razón (30-XI-1967).

Pero posiblemente la serie de genocidios perpetrados durante el siglo XX sean más graves aún que los cometidos en épocas anteriores, en razón de su espeluznante y refinada crueldad, pero sobre todo, en razón de su gélida planificación sistemática, en donde la excelsa civilización genera una excelsa barbarie para dar cuenta de la naturaleza humana. La lista es larga, y recordar algunos de ellos sólo pone de manifiesto la crueldad humana: el genocidio contra los armenios, por parte del gobierno turco en 1915-1916; el genocidio en contra de los habitantes de Bangladesh por parte del ejército paquistaní, en 1971; el exterminio de miles y miles de ugandeses por parte del régimen de Idi-Amin, entre 1971 y 1978; la masacre en contra de palestinos por la complicidad israelita, en los campos de refugiados de Sabra y Shatila en 1982; el genocidio en contra de la minoría Tamil en Sri Lanka, en 1986-1987; el genocidio nazi en contra de polacos, gitanos, rusos y judíos durante la Segunda Guerra Mundial.

---

<sup>10</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, tal como se adoptó el 17 de julio de 1998.

La devastación nuclear de Hiroshima y Nagasaki el 6 y 9 de agosto de 1945, por órdenes del presidente de Estados Unidos de América, Harry S. Truman.

Entre los más recientes y estremecedores ejemplos de la cultura del horror y de la cultura de la impunidad y la infamia, permanece sin duda el régimen de Pol-Pot y su ejército de *Khmer Rouge*, quienes entre 1975 y 1978, exterminaron en Kampuchea, a más de dos millones de sus habitantes; pese al conocimiento mundial del genocidio, el presidente Pol-Pot moriría plácidamente en su lecho en el año de 1998, sin haber respondido por el cúmulo de sus atrocidades.

Si bien no podemos estar a favor de una venganza ciega, tampoco podemos estar a favor de una amnesia ciega; el olvido raramente sustituye el recuerdo de la impunidad. La justicia internacional se basa en un imperativo ético y en un imperativo práctico. En tanto que no se haya obligado a las personas responsables de "atrocidades que desafían la imaginación" -como dice el Preámbulo del Estatuto de Roma-, a dar cuenta de sus crímenes, el odio étnico y nacionalista como dice el juez Antonio Cassese, el deseo de venganza y los gérmenes de violencia armada, se seguirán perpetuando, y socavando todo orden social en lo interno y en lo internacional.

Introducción del concepto.

El término genocidio aparece por primera vez en 1944, en la obra de Lemkin *Axis Rule in Occupied Europe*, pero será en su obra *Le Crime de génocide* donde realmente hace una definición del mismo: "Genocidio es: el que participando en una conspiración o conjura con vistas a la destrucción o debilitamiento de un grupo nacional, racial o religioso, comete un ataque contra la vida, la libertad o la propiedad de los miembros de tal grupo, es culpable de un crimen de genocidio".<sup>11</sup>

Será en 1949, debido a la celebración de la VIII Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal dos años antes, cuando este jurista introduzca al concepto anterior una referencia temporal: "...tanto en tiempo de paz como de guerra." Por otro lado Pella establecía que el genocidio implicaba la realización de métodos de esclavización, persecución de poblaciones civiles o actos dirigidos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad.<sup>12</sup>

Pero estos planteamientos doctrinales pierden relevancia una vez que el genocidio adquiere forma legal y es declarado crimen internacional. Este proceso es llevado a cabo en la Convención para la prevención y sanción del genocidio de 9 de Diciembre de 1948 (entrada en vigor, 12 de Enero de 1951).

---

<sup>11</sup> Congreso Internacional del Movimiento Judicial Francés, París, 1946; Delegación de Holanda ante la VIII Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, Bruselas, 1947.

<sup>12</sup> Concepto al que se le añaden los métodos y la referencia temporal expuesto por LEMKIN en 1949 y V. SAENZ DE PIPAÓN, *Delincuencia Política Internacional, Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid 1973, p130.



Pero antes de referirnos explícitamente al concepto resultante de tal Convención, es preciso resaltar la mención que sobre dicho concepto, ya considerado delito de Derecho Internacional, hizo la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de Diciembre de 1946 en la Resolución 96 (I), donde se hablaba del genocidio como la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, tal negación, contraria a la ley moral, espíritu y objetivos de las Naciones Unidas.<sup>13</sup>

Por último tras varios proyectos realizados por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) y el Comité Jurídico de Naciones Unidas se aprueba el texto definitivo de la Convención para la prevención y sanción del genocidio, en la Asamblea General de 9 de Diciembre de 1948. Así es en los artículos I y II de dicha Convención donde encontramos el concepto legal de genocidio. (Mas adelante analizaremos este punto)

Se ha creado un concepto legal de genocidio como delito de derecho internacional; donde se siguen rechazando los denominados genocidio político y cultural. El primero referido a la destrucción de un grupo por su pertenencia a una ideología y el segundo dirigido a los archivos, instituciones, etc. propias de ese grupo.

Tras este proceso, solo queda la ratificación de la Convención por los ordenamientos nacionales. En el caso mexicano esta tendría lugar el 20 de enero de 1967, incluyendo el concepto de genocidio en el artículo 149 bis del Código Penal Federal.

Con esto observamos que la letra del artículo es única, pero las interpretaciones siguen siendo varias. A pesar de tener un concepto legal unívoco de genocidio, este se ve alterado en la elaboración jurisprudencial y doctrinal.

---

<sup>13</sup> Fragmento recogido por GIL GIL A, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia 1999, p. 135

## **2.2. Convención para Prevenir y sancionar el Delito de Genocidio.**

La Asamblea General de Naciones Unidas en su primera sesión, examinó un proyecto de resolución sobre el crimen de genocidio, presentado conjuntamente por las delegaciones de Cuba, India y Panamá.

Este proyecto de resolución fue estudiado por la Sexta Comisión y, por recomendación de ésta última, la Asamblea General, mediante su resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, encargaría al Consejo Económico y Social "de emprender los estudios necesarios a fin de redactar un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio que sería sometido a la Asamblea General en el curso de su próxima sesión ordinaria".

De conformidad con la resolución 47 (IV) del 28 de marzo de 1947 del Consejo Económico y Social, el secretario general de la ONU prepararía, con la ayuda de un grupo de especialistas, un proyecto de convención relativo a la prevención y represión del crimen de genocidio, y lo haría del conocimiento de la Comisión para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación.

En el curso de la segunda sesión de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó de nuevo la cuestión, y por recomendación de la misma, la Asamblea General adoptaría la resolución 180 (II) del 21 de noviembre de 1947, mediante la cual se invitaba al Consejo Económico y Social para que continuara los trabajos sobre la represión del crimen de genocidio, y a proceder al establecimiento de un texto definitivo de una convención.

En ejecución de lo anterior, se crearía un Comité Especial sobre el Genocidio (resolución 117 (VI) del 3 de marzo de 1948), para reunirse en Lake Success, Nueva York, del 4 de abril al 10 de mayo de 1948, en donde se prepararía el Proyecto de Convención para la Prevención y la Reparación del Genocidio.

En la primera parte de su tercera sesión, la Asamblea General, inspirándose en el Informe de la Sexta Comisión, y mediante la resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948, aprobaría el texto de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, sometiéndolo a la firma y ratificación, o a la adhesión en su caso, de conformidad con el artículo XI de la convención.<sup>14</sup>

Es interesante mencionar aquí, que en tanto que el Proyecto de Convención sobre el Crimen de Genocidio preparado por el Secretariado General, consagraba el hecho de que las partes se comprometían a castigar a los autores de actos de genocidio que se encontrasen en su territorio, fuere cual fuese su nacionalidad y el lugar en donde el crimen hubiere sido cometido, en virtud del principio de universalidad de jurisdicción (artículo VII).

---

<sup>14</sup> El Problema Histórico de la Jurisdicción Criminal Internacional, Naciones Unidas , Asamblea General, A/CN.4/7/Rev.1 27 mayo 1949.

El Proyecto de Convención del Comité Especial sobre Genocidio creado por el ECOSOC, no retomaba el principio de la represión universal admitido en el proyecto del Secretariado General.

La mayoría del Comité consideraba que la represión universal era contraria a los principios tradicionales del derecho internacional, y que la misma acarrearía el que los tribunales llegasen a juzgar los actos de gobiernos extranjeros, dado que el genocidio implicaba generalmente una responsabilidad del Estado sobre el territorio dentro del cual el crimen había sido cometido.

Por el contrario, los partidarios del principio de represión universal sostenían que desde el momento en que el crimen de genocidio estaba erigido en crimen de derecho de gentes, era absolutamente normal que el principio de la represión universal fuera el principio aplicable.<sup>15</sup>

En el curso de su 142ª sesión plenaria llevada a cabo el 24 de septiembre de 1948, la Asamblea General remitió a la Sexta Comisión el Proyecto de Convención preparado por el Comité Especial sobre Genocidio .

En el cuerpo del proyecto se contemplaba el que los individuos acusados de cometer crimen de genocidio, deberían ser juzgados por los tribunales competentes del Estado o frente a un tribunal internacional.

Varias delegaciones se opusieron a la institución de un tribunal penal internacional. Así, el representante de Brasil (señor Amado) recordaba que la organización de la represión de los crímenes sobre el plano internacional se desarrollaba paralelamente a la organización de la cooperación internacional, pero que hasta ese momento no había todavía llegado a crearse una jurisdicción penal internacional, pues por lo demás, no existía todavía en estricto sentido un derecho penal internacional.

El representante de la India (señor Sundaram) señalaba que la instauración de un Tribunal Penal conllevaba el riesgo de una intervención internacional en los asuntos internos de los Estados, y por lo mismo, una franca violación a la Carta de Naciones Unidas.<sup>16</sup>

Por el contrario, los partidarios de una jurisdicción penal internacional sostenían que esta jurisdicción era indispensable para reprimir efectivamente el crimen de genocidio, ya que los tribunales nacionales podrían encontrarse ante la imposibilidad de juzgar y sancionar, en particular cuando los actos objeto del crimen de genocidio habían sido el hecho de las autoridades del Estado mismo o habían sido perpetrados con su consentimiento.

---

<sup>15</sup> Ibidem, pp. 35 y 36, anexo 13 y anexo 14, pp. 141-151.

<sup>16</sup> A/C.6/SR.97, p. 18 y A/C.6/SR.64, p. 6, respectivamente.

En este sentido, la delegación de Francia declaraba que son los gobernantes de un Estado quienes cometen, promueven o toleran el crimen de genocidio. Este crimen está caracterizado por la intervención de los poderes públicos, por lo que se hace necesario el recurso a una Corte Penal Internacional (CPI).

En concordancia con lo anterior, la delegación francesa presentó un Proyecto de Convención sobre el Genocidio ante la Sexta Comisión:

El crimen contra la humanidad, denominado genocidio, es un ataque a la vida que apunta a un grupo humano o a un individuo en tanto que es miembro de un grupo humano, principalmente por el hecho de su nacionalidad, raza, religión u opiniones, que es cometido, favorecido o tolerado por los gobernantes de un Estado. Es perpetrado y se reprime en tiempos de guerra o de paz. Sus autores o cómplices, gobernantes o ejecutantes, deben de responder ante la justicia internacional.<sup>17</sup>

Por su parte, la delegación de Estados Unidos de América, aún y cuando admitía el principio de que la convención debía de prever una jurisdicción penal internacional para juzgar a los individuos culpables de genocidio, estimaban que una jurisdicción de ese género no debería conocer más que los casos en que los tribunales nacionales no hubieren tomado las medidas apropiadas.

De esta suerte, proponía añadir una cláusula limitativa en donde se estipulara que la competencia del tribunal internacional estaría en todos los casos, subordinada a la constatación por dicho tribunal de que el Estado en cuestión no había tomado las medidas necesarias para llevar ante la justicia a las personas que, en opinión del tribunal, deberían haber sido enjuiciadas o sancionadas.<sup>18</sup>

Así, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por unanimidad, sería adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General mediante la resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, y entraría en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con lo estipulado por el artículo XIII.<sup>19</sup>

Gracias a la definición del crimen de genocidio en la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, de 9 de octubre de 1948, y a su incorporación en los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad para juzgar a los acusados de genocidio y de otros crímenes

---

<sup>17</sup> Primer Artículo, Proyecto de Convención sobre Genocidio presentado a la sexta Comisión, A/C.6/211 en el anexo 15, Memorandum del Secretario General, A/CN.4/7/Rev. 1, pp. 151-153.

<sup>18</sup> A/C.6/235. Las delegaciones del Reino Unido y de Bélgica proponían la inserción en la convención de una cláusula, atribuyendo a la Corte Internacional de Justicia una competencia obligatoria para los casos de genocidio en donde se viera comprometida la responsabilidad de un Estado. Esta propuesta no recibiría mucho apoyo por parte de las demás delegaciones. A/C.6/236/Corr.1 y A/C.6/252.

<sup>19</sup> Recopilación de Instrumentos Internacionales, vol. I (segunda parte) ONU. ST/HR/1/Rev.5, Ginebra, vol. I, part 2, 1994, pp. 695-699.

en la ex Yugoslavia y Ruanda, así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,<sup>20</sup> existe un fundamento generalmente aceptado para la persecución de este crimen de los crímenes.

### 2.2.1. Grupos protegidos por la Convención.

En concordancia con lo visto en el punto anterior es importante señalar que debido a que el fundamento jurídico del genocidio, establecido en la Convención de 1948, se reproduce de forma idéntica en los demás instrumentos penales de carácter Internacional, incluido el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, el presente estudio sobre el tipo del genocidio, se realiza sobre la base de la Convención de 1948, haciendo mención en aquellos temas sobre los cuales existan recursos adicionales.

El artículo II menciona los grupos protegidos como “un grupo nacional, étnico, racial, o religioso” sin definir dichos términos. Esta falta de claridad ha resultado en numerosas críticas acerca del porque se incluyeron únicamente éstos grupos, dejando fuera a los grupos políticos, culturales y económicos actualmente se ha convenido en que se dejaron intencionalmente de lado cuando se redactó la Convención sobre el Genocidio, debido a que la aceptación de estos grupos habría puesto en duda la participación de numerosos países, porque significaría la intromisión de una jurisdicción criminal externa en los procesos políticos internos de los estados, también puede deducirse del concepto de grupo como tal, que sólo comprende los grupos estables y los distingue de los móviles, es decir, los de tipo político, económico y cultural.<sup>21</sup> Ésta es esencialmente la posición que puede encontrarse en diversos juicios de los tribunales *ad hoc*:

En *Akayesu*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se refirió a los “grupos estables”, esto es, a aquellos “constituidos de una manera permanente y con una pertenencia constante, determinadas por el nacimiento; los grupos más ‘móviles’ no se contemplan en ellos, ya que las personas se adhieren a los mismos mediante un compromiso individual voluntario, como los grupos políticos y económicos.”<sup>22</sup> Un criterio común de los grupos protegidos por la Convención es que “los miembros de los grupos no cuestionan normalmente su pertenencia a los mismos, pues son parte de ellos automáticamente por nacimiento de forma continua y a menudo irremediable.”

---

<sup>20</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, tal como se adoptó el 17 de julio de 1998.

<sup>21</sup> Cassese, *supra*, n. 2, p. 345; *crít.* Ntanda Nsereko, en McDonald y Swaak-Goldman. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, 2000, pp. 113, 130, quien advierte que es inconsistente incluir los grupos religiosos y excluir los políticos, puesto que ambos casos pertenecen a los mismos “es cuestión de voluntad o elección” [“...is a matter of will or choice”] Són móviles.

<sup>22</sup> Cf. Schabas, en Triffterer (ed.) “Commentary on the Rome Statute of the ICC”, 1999, Art. 6, mn.6.

De modo parecido, en *Rutaganda* se estableció que los grupos políticos y económicos se excluyeron de los grupos protegidos, porque se consideran “grupos móviles”.<sup>23</sup>

En *Jelusic*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se refirió a los grupos “estables”, “que se definen objetivamente y a los que pertenecen los individuos a pesar de sus propios deseos”, por lo que se dejó de lado a los grupos políticos. Asimismo, la resolución *Jelusic* invocó explícitamente por primera vez un *criterio* supuestamente *subjetivo* – y no uno *objetivo* – para definir si un grupo es nacional, étnico, etcétera.

Dado que sería un “ejercicio arriesgado” delimitar un grupo con criterios puramente objetivos y científicamente irreprochables, es “más apropiado” evaluar su estatus desde la perspectiva de las personas “que desean distinguir a ese grupo del resto de la comunidad”, esto es, para los supuestos autores del crimen. Este criterio se remite a la resolución *Kayishema* del TPIR, en la que una de las Salas de Primera Instancia distinguió entre la “autoidentificación” de un grupo y su “identificación por parte de otros”. No obstante, en el juicio paralelo *Rutaganda*, este criterio se entendió de un modo más restringido; así, aun cuando se reconoció que la pertenencia es esencialmente un concepto subjetivo, también se afirmó que no basta con una “definición subjetiva única”.

Finalmente, en el muy reciente juicio *Krstic*, la primera condena del TPIY relativa al genocidio, el criterio subjetivo prevaleció de nuevo al identificar el grupo en cuestión mediante su estigmatización por los autores.<sup>24</sup> Aunque es dudoso que el enfoque subjetivo contribuya a una mayor certidumbre jurídica, desde un punto de vista puramente técnico puede afirmarse que es consecuencia de la estructura del delito de genocidio como crimen de intención especial; ya que si el elemento dominante del delito es la intención especial del autor de destruir determinado grupo, esto es, su estado de ánimo respecto del mismo, el grupo puede también definirse según dicho estado de ánimo, es decir, desde la perspectiva subjetiva del autor.

*En resumen:* los grupos políticos, económicos y culturales no están protegidos por la Convención ni por las disposiciones de los Estatutos de los Tribunales Internacionales. La laguna puede llenarse, sin embargo, con el crimen de persecución como crimen contra la humanidad según el Art. 7 del Estatuto de Roma.

---

<sup>23</sup> Prosecutor vs. Rutaganda, Judgement of 6 December 1999 (ICTR-96-3-T), par. 56.

<sup>24</sup> Prosecutor vs. Krstic, n. 6, par. 557. En el par. 556 los “criterios científicamente objetivos” fueron considerados “...inconsistentes con la finalidad de la Convención”. (“inconsistent with the object and purpose of the Convention”).

### 2.2.2. El elemento objetivo del genocidio (*Actus Reus.*)

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha catalogado en el Artículo 6 las siguientes formas específicas de genocidio: a) matar a miembros del grupo; b) lesionar gravemente la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) someter intencionalmente el grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) imponer medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) trasladar por la fuerza niños de un grupo a otro.

Las víctimas de estos actos específicos deben ser miembros de un grupo nacional, racial, étnico o religioso, que constituye el objetivo del genocidio en cuestión. Aun cuando es evidente que, desde un punto de vista subjetivo, el autor de un crimen semejante debe pretender o *buscar* la destrucción de una cantidad apreciable de miembros del grupo, objetivamente sólo se requiere que ataque con éxito a por lo menos a dos de ellos. La estructura del delito de genocidio, como crimen de intención, incluso admite el punto de vista de que los autores sólo maten, objetivamente a un miembro del grupo. No obstante, el problema que presenta esta interpretación es que el texto se refiere a los miembros del grupo y a los niños de éste, en plural; en otros términos, Una interpretación literal del art. II de la Convención contra el Genocidio tendría como consecuencia el resultado absurdo de que la consumación del tipo debería de negarse en el caso de una sola víctima.

#### 2.2.2.1. Matanza de los miembros del grupo

El *actus reus* del acto de Matanza de miembros del grupo no genera mucha polémica.<sup>25</sup> Los Elementos de los Crímenes, instrumento subsidiario al Estatuto (Art. 9), declaran: Que el autor haya dado muerte (etcétera) a una o más personas.<sup>26</sup> Una nota a pie de página agrega que el término dado muerte es intercambiable con el de causado la muerte, lo cual se halla respaldado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*. La causación de la muerte se lleva a cabo generalmente mediante asesinatos masivos, incendios de casas pertenecientes a quienes forman parte del grupo, destrucción de la infraestructura y de otros sistemas para el sustento de la vida, así como conduciendo por la fuerza a los miembros del grupo a campos denominados protegidos o de concentración, donde los asesinan en masa o los dejan morir.

---

<sup>25</sup> Los escritos y la jurisprudencia pertinentes se concentran, por lo tanto, en el lado subjetivo de esta opción. Véase, Schabas, n. 24, pp. 157, 158, 441, 442.

<sup>26</sup> *Elementos de los Crímenes*, n. 24, Art. 6(a).

### 2.2.2.2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

Según el juicio *Eichmann*, los siguientes actos pueden constituir un daño corporal o mental serio: “la esclavitud, inanición, deportación, persecución y el arresto de individuos en guetos, campos transitorios y de concentración, en condiciones cuyo fin sea causar su degradación, la privación de sus derechos como seres humanos y para eliminarlos y provocarles un sufrimiento y una tortura inhumanos.” La Sala de Primera Instancia del TPIR considera que causar “daños físicos o mentales graves, sin limitarse a los mismos, equivale a infligir actos de tortura, físicos o mentales, trato inhumano o degradante, persecución”, lo mismo que actos de violencia sexual, violaciones, mutilaciones e interrogatorios, combinados con golpizas y/o amenazas de muerte.<sup>27</sup> En *Krstic*, la Sala de Primera Instancia I declara que “el trato inhumano, la tortura, la violación, el abuso sexual y la deportación están entre los actos que pueden causar serios daños físicos o mentales” “Causar un daño mental serio” puede implicar que se fuerce a los miembros del grupo elegido a consumir estupefacientes con el fin de debilitarlos mentalmente.

La expresión “daños físicos o mentales graves” da pie a que surjan opiniones divergentes en cuanto a la seriedad del daño infligido a tales individuos. ¿Tiene que ser el daño permanente e irremediable? Mientras que al parecer existe acuerdo en que el daño físico no necesita ser permanente, se ha discutido mucho en lo concerniente al daño mental. El juicio *Krstic* observó “que un daño serio no necesita causar un perjuicio permanente e irremediable, sino que debe ir más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser de tal magnitud que cause un deterioro a largo plazo en la capacidad de la persona para llevar una vida normal y constructiva.”<sup>28</sup> La Sala de Primera Instancia *Bagilishema* sostuvo que el “daño grave implica algo más que un perjuicio menor en las facultades mentales o físicas, aunque no es necesario que llegue al daño permanente o irremediable.” La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* determina la gravedad según el caso. No tiene importancia si el daño físico o mental impuesto a los miembros del grupo sea suficiente para amenazar la destrucción del mismo.

---

<sup>27</sup> “...the enslavement, starvation, deportation and persecution and the detention of individuals in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings and to suppress them and cause them inhumane suffering and torture”. *The Israeli Government Prosecutor General vs. Adolf Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 de diciembre de 1961, en *International Law Reports (ILR)*, vol. 36, 1968, p. 340.

<sup>28</sup> *Prosecutor vs. Krstic*, n. 6, pag. 513.



### **2.2.2.3. Someter intencionalmente al grupo a condiciones de vida cuya finalidad prevista sea causar su destrucción física total o parcial.**

Esta forma de genocidio hace referencia a la destrucción de un grupo por medio de una “muerte lenta”.<sup>29</sup> Entre los métodos utilizados pueden mencionarse la denegación de nutrientes (comida y agua) a sus integrantes, la expulsión sistemática de sus casas y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo del nivel vital mínimo, así como someterlos a un trabajo excesivo o a un esfuerzo físico extenuante. Es evidente que no es preciso que tales métodos maten inmediatamente a cualquiera de ellos, pero deben (subjektivamente) estar calculados para que, en última instancia, los aniquilen físicamente. Según la jurisprudencia alemana, basta con que los métodos sean (objetivamente) apropiados (*geeignet*) para destruir el grupo. No obstante, esta interpretación se basa en una traducción errónea de la expresión “finalidad prevista para” [*calculated to*] al término alemán *geeignet*, que sólo exige actos que causen un peligro abstracto para los intereses jurídicos protegidos. Los Tribunales *ad hoc* y los Elementos de los Crímenes guardan silencio al respecto. La Comisión Preparatoria rechazó la propuesta estadounidense, que exigía “que las condiciones de vida contribuyeran a la destrucción física de ese grupo”. El juicio en el caso *Kayishema* propuso que el Artículo 2 (2)(c) del Estatuto del TPIR se aplicara a aquellas situaciones que *probablemente* causaran la muerte haciendo caso omiso de si ésta ocurre realmente.

### **2.2.2.4 Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo.**

Las palabras imposición de medidas indican la necesidad de un elemento de coerción. Impedir nacimientos en el grupo, acción también conocida como genocidio biológico, es un acto que se lleva a cabo negándole a aquél los medios para reproducirse. Entre las medidas utilizadas se cuentan la esterilización forzada de hombres y mujeres, la mutilación sexual, el control natal forzado, la separación de ambos sexos y la prohibición del matrimonio.

---

<sup>29</sup> Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 129, da un ejemplo clásico: “cuando los alemanes llevaron a los hereros de Namibia al árido y seco desierto de Omaheke, y cuando después los encerraron con un cordón de 250 kilómetros, se volvió imposible que alguien escapara de ahí” (cita de Horst Drechsler. *Let us die fighting: Struggle of the Herero and the Nama against German Imperialism* (1884-1915), Londres, 1980, p. 156, quien refiere las consecuencias como sigue: “Este cordón se mantuvo hasta mediados de 1905 aproximadamente. La mayoría de los hereros hallaron una muerte lenta, agonizante. El estudio del general Staff mencionó que los omaheke habían sometido a los hereros a un destino peor que el que ninguna arma alemana podría jamás haber hecho, por muy cruenta y costosa que hubiese sido la batalla”).

En el caso *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia declaró que: “en las sociedades patriarcales, donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir nacimientos en ese grupo es cuando, en una violación, un hombre de otro grupo deja embarazada deliberadamente a una mujer del primero para hacer que ella dé a luz a un niño que, en consecuencia, no pertenecerá al grupo de la madre.” Además, la Sala observó que “las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser un acto cuya intención sea la de impedir nacimientos, pues la mujer violada se rehusará a procrear, del mismo modo en que los miembros de un grupo pueden ser inducidos a no procrear por medio de amenazas o traumas.”<sup>30</sup>

#### **2.2.2.5. Traslado forzado de niños de un grupo a otro**

Esta forma de genocidio es muy discutible. Algunos estudiosos argumentan que la tendencia general y el objetivo de la ley de genocidio es proteger el derecho del grupo a formas de existencia física, pero no de orden cultural o de otro tipo. Las formas no físicas de la existencia de un grupo están protegidas (primordialmente) por el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos y a los derechos de las minorías. De este modo, no pueden considerarse genocidas aquellos actos aparentemente dirigidos a destruir la identidad de un grupo pero que no destruyan físicamente a sus miembros.

Aplicado al traslado forzado de niños, puede afirmarse que este acto lleva a la pérdida de la identidad cultural, ya que las criaturas se asimilan a otro grupo, pero no termina *per se* en la destrucción física del grupo. De hecho, cambiarlos de lugar es una forma de genocidio cultural; por ello, llama la atención que los redactores hayan decidido excluir el genocidio cultural de los alcances de la Convención. La Sala de Apelaciones consideró en el caso *Akayesu* que “...al igual que en el caso de las acciones dirigidas a impedir nacimientos, el objetivo no es solamente el de castigar un acto directo de transporte físico forzado, sino también el de penar actos de amenazas o traumas que llevarían al transporte forzado de niños de un grupo a otro”<sup>31</sup> Si la finalidad de trasladar a los niños de un grupo a otro es para someterlos al trabajo esclavo, ello equivaldría a imponerles condiciones de vida con el fin de causar su destrucción física, y ello recaería en la alternativa c).

---

<sup>30</sup> [“.....measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate”.] *Ibid.*, par. 508.

<sup>31</sup> [“...as in the case of measures intended to prevent births, the objective is not only to sanction a direct act of forcible physical transfer, but also to sanction acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another”]. *Prosecutor vs. Akayesu*, supra, n. 11, pag. 509; coincide *Prosecutor vs. Kayishema*, supra, n. 6, pag. 118; *Prosecutor vs. Rutaganda*, supra, n. 13, pag. 54; *Prosecutor vs. Musema*, supra, n. 29, pag. 159.

### 2.2.3. El elemento subjetivo del genocidio (*Mens Rea*).

Según el Artículo 30 del Estatuto “una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen (...) únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”. A pesar de las complejas cuestiones implicadas en la interpretación de esta disposición y el elemento mental en el Derecho Penal en general, es suficiente para nuestros fines establecer que el “genocidio”, el encabezado y las diferentes formas de su comisión, debe perpetrarse con premeditación y conocimiento. En otros términos: en la intención y el conocimiento del autor de este crimen están comprendidos todos los elementos (materiales) del encabezado y el acto específico. De acuerdo con la jurisprudencia, el autor debe saber, por una parte, que la víctima es un miembro del grupo<sup>32</sup> y, por otra, debe actuar con la intención de apoyar la destrucción del mismo.<sup>33</sup> En tanto que el primer requisito se refiere a la *mens rea* general, puesto que la pertenencia al grupo es un elemento material bajo la modalidad de una circunstancia y, como tal, el autor debe estar consciente de ella (Art. 30(3) del Estatuto), la intención de promover la destrucción del grupo integra la intención especial, que se analizará más adelante. Si el autor del genocidio carece del conocimiento de una circunstancia, incurre normalmente en un error de hecho y con ello quedaría excluida la responsabilidad penal. Si, por ejemplo, el autor mata – objetivamente – a un judío, pero no sabe – subjetivamente – que la víctima pertenece a ese grupo religioso, actúa sin conocimiento de la circunstancia “miembro de un grupo religioso”, y este error “hace desaparecer el elemento de intencionalidad”, o, para ser más exacto, una parte del elemento subjetivo. De esta manera, el error de hecho es solamente la otra cara de la moneda de (la existencia) de la *mens rea*.

---

<sup>32</sup> *Prosecutor vs. Bagilishema*, n. 7, pag. 61; *Prosecutor vs. Jelisic*, n. 14, pag. 66. Triffterer, supra, n. 7, p. 400, exige que se conozca a qué grupo pertenece la víctima, ésta sea “atacada por el autor con tal conocimiento de ese dato.”

<sup>33</sup> Cf. *Prosecutor vs. Kayishema*, supra, n. 6, par. 91: en consecuencia, por medio de su acto “el autor no [...] sólo manifiesta su odio hacia el grupo a que pertenece su víctima, sino que también comete este acto a sabiendas como parte de una intención de más amplio alcance para destruir al grupo del que su víctima es miembro.”

### 2.2.3.1. Matanza de los miembros de un grupo.

El término matanza (killing) es más amplio que el de asesinato (*murder*), ya que este último requiere, según algunos Derechos Nacionales, algo más que la intención de causar la muerte, a saber: la premeditación. En cuanto a las versiones inglesa y francesa de la terminología de esta alternativa, la Sala de Primera Instancia *Kayishema* declaró “que casi no existe ninguna diferencia entre el término ‘matanza’... y ‘*meurtre*’...”<sup>34</sup> sin embargo, puesto que matanza (*killing*) o *meurtre* deberían considerarse junto con la intención especial del genocidio, ambos conceptos exigen que la matanza sea intencional.<sup>35</sup>

Otras Salas adujeron que “el concepto matanza comprende tanto la matanza intencional como la no intencional, mientras que el de *meurtre* se refiere exclusivamente a la matanza cometida con la intención de provocar la muerte”. No obstante, estas Salas llegaron al mismo resultado al considerar que “siguiendo los principios del Derecho Penal, debe adoptarse la versión que favorezca más al acusado [es decir, el requisito de la intención]”.<sup>36</sup> Así pues, la matanza (“killing”) debe cometerse, según el Artículo 30 del Estatuto, de manera intencional aunque no necesariamente premeditada.

### 2.2.3.2. Someter deliberadamente a un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial.

Al usar el término deliberadamente (*deliberately*), los redactores de la Convención deseaban expresar que esta forma específica de genocidio no solamente requiere que exista una intención general, sino un tipo de plan o deliberación previa dentro del significado del concepto francés de *préméditation*.<sup>37</sup> Sin embargo, el término deliberadamente sólo se refiere, como lo muestran las traducciones española y francesa (*intentionnelle*, intencional), al requisito general de la intención.<sup>38</sup> De ahí que la expresión clave sea cuya finalidad,<sup>39</sup> que indica que la imposición de las condiciones indicadas deben ser el mecanismo principal utilizado para destruir el grupo, más bien que algún tipo de maltrato concomitante o incidental al crimen.

---

<sup>34</sup> [“that there is virtually no difference between the term ‘killing’...and ‘meurtre’ ...”]

<sup>35</sup> Prosecutor vs. *Kayishema*, n. 6, par. 104.

<sup>36</sup> [“the concept of killing includes both intentional and unintentional homicide, whereas *meurtre* refers exclusively to homicide committed with the intent to cause death”]

<sup>37</sup> Robinson. *The Genocide Convention: A Commentary*, 1960, p. 60; Schabas, n. 24, p. 243.

<sup>38</sup> Ambos y Wirth, n. 44, p. 785; Ambos, n. 71, p. 796.

<sup>39</sup> Los Elementos de los Crímenes, n. 24, ni siquiera mencionan esta expresión.

### **2.2.3.3. Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo.**

Cualquiera de las medidas impuestas deben tener el objetivo de impedir nacimientos. No es necesario que el autor del genocidio haya tenido la intención de impedir los nacimientos por completo. Basta con que la finalidad de tales medidas sea evitarlos parcialmente. Si bien los programas públicos de control natal están en realidad orientados a impedir nacimientos (en parte), no están comprendidos en la estipulación cuando son voluntarios, es decir, cuando no están sujetos a una presión o a una coerción indebida. Y aun cuando sean obligatorios, como es el caso de la política china de procrear solamente hijos únicos, no constituyen genocidio por cuanto sus autores no pretenden destruir un grupo.<sup>40</sup>

### **2.2.3.4. Trasladar por la fuerza a los niños de un grupo a otro**

Si esta alternativa se concibe como una forma de genocidio cultural, puede argüirse que sólo es necesario referir la intención del autor a la destrucción del grupo en un sentido cultural y no necesariamente biológico. Esto implicaría no obstante que la naturaleza de la intención especial dependiera de la forma esencial en que se cometiese el crimen. Como se verá más adelante, la naturaleza de la destrucción depende de la interpretación del término destruir y del interés u objeto protegido por el delito. Este enfoque es más convincente porque relaciona la conducta del autor con el crimen de genocidio como un todo y no sólo con la ejecución, a veces accidental, de una u otra alternativa.

### **2.2.4. El elemento especial del genocidio.**

El crimen de genocidio, según la Sala del TPIR se distingue de los otros crímenes por un dolo especial, entendido como elemento constitutivo del crimen que exige que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado.

Para precisar el criterio de intencionalidad, el tribunal se aboca a buscar definiciones objetivas de grupos estables, y así el grupo religioso quedará definido como un "grupo cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o práctica de culto", en tanto que el grupo étnico "califica generalmente un grupo cuyos miembros comparten una lengua o una cultura común".<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Schabas, 24, pp. 244.

<sup>41</sup> TPIR, Sala de Primera Instancia I: "Le Procureur c/Jean-Paul Akayezu", Affaire, No. ICTR-96-4-T. párrafos 495; 512 y 510. En forma muy desafortunada, el tribunal se basa en el Caso Nottebohm fallado por la Corte Internacional de Justicia en 1955 para definir el "grupo nacional". El criterio de efectividad no parece tener aquí aplicación alguna, pero además, es cierto que hay confusión entre el concepto de nacionalidad y el concepto de ciudadanía. Ibidem, párrafo 509.

Entrando de lleno a la forma de poder demostrar la intención criminal -el *dolus specialis*-, el tribunal lo analiza de la manera siguiente:

“Tratándose de la cuestión de saber cómo se puede determinar la intención específica del agente, la Sala considera que la intención es un factor de orden psicológico difícil, o incluso imposible, de poder aprehender. Esta es la razón por la cual, a falta de una confesión por parte del acusado, su intención puede ser deducida de un cierto número de hechos. Por ejemplo, la Sala estima que es posible deducir la intención genocida prevaleciente en la comisión de un acto particular incriminado, del conjunto de actos y proclamas del acusado, o también del contexto general en que se perpetraron otros actos del acusado, o incluso del contexto general de realización de otros actos reprobables, sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, y ya sea que estos otros actos fuesen cometidos por la misma u otras personas o agentes. Otros factores, tales como la escala de las atrocidades cometidas, su carácter general en una región o en un país, o incluso el hecho de escoger de manera deliberada y sistemática a las víctimas, en razón de su pertenencia a un grupo en particular, al mismo tiempo que excluyendo los miembros de otros grupos, pueden igualmente permitir a la Sala el deducir una intención genocida”.

Así pues, la sala del tribunal adoptaría un enfoque dual para tratar de establecer la intención genocida dentro de la política llevada a cabo en Ruanda, así como para demostrar la intención individual y genocida en el caso de Jean-Paul Akayesu.

El número tan elevado de las atrocidades cometidas en contra del grupo de los tutsis, su carácter generalizado en el territorio de Ruanda, y el hecho de que las víctimas hayan sido sistemática y deliberadamente seleccionadas en razón de su pertenencia única al grupo en cuestión, permiten igualmente a la Sala del Tribunal Penal, deducir más allá de toda duda razonable, la intención genocida del acusado.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Ibidem, párrafos 723 y 726. Para un autorizado análisis crítico de este caso, consúltese Ascencio, Hervé y Maison, Rafaëlle, "*L'Activité des Tribunaux Pénaux Internationaux (1998)*", *Annuaire Français de Droit International*, CNRS, Editions París, t. XLIV, 1998, pp. 370-411. Lo anterior refuerza la concepción más autorizada, en el sentido de que la intención requerida en el delito de genocidio no tiene por qué extenderse al grupo en su totalidad. El genocidio se tipifica desde el momento en que "un sujeto ha realizado cualquiera de las acciones individuales descritas en la figura, contra uno de los miembros del grupo que se quiere destruir". Gil Gil, Alicia, op. cit., nota 19, p. 169.

### 2.2.4.1 Destruir

La intención especial debe estar encaminada a la destrucción del grupo en cuestión. Tal destrucción es el objeto de la intención especial. No es necesario que ocurra objetivamente, sino que sólo se precisa que el autor la haya planeado subjetivamente. Si bien esto se desprende con claridad del texto del Artículo II de la Convención sobre el Genocidio y subsiguientes disposiciones, no queda muy claro sin embargo si la “destrucción” requiere la destrucción física o biológica del grupo. Tanto la Comisión de Derecho Internacional (CDI) como otros autores<sup>43</sup> defienden esta interpretación restringida. Consideran útiles los trabajos de la Convención y sostienen que el genocidio cultural, bajo la modalidad de la destrucción de la existencia de los elementos nacionales, lingüísticos, religiosos, culturales o de otros tipos, no se incluyó finalmente en la Convención, pese a una propuesta del Comité ad hoc. Aún cuando la destrucción de un pueblo no implica automáticamente su extinción física, y habida cuenta de que la destrucción de los pueblos a menudo comienza con ataques violentos a su cultura, idioma, religión y a sus monumentos e instituciones culturales, los redactores del Estatuto de la CPI dejaron fuera del Artículo 6 del Estatuto los actos de genocidio cultural como formas específicas de genocidio, con excepción del “traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.<sup>44</sup> Más recientemente la Sala de Primera Instancia en Krstic, invocando el principio de nullum crimen, adoptó la misma concepción y limitó el genocidio a “aquellos actos que pretenden la destrucción física o biológica de todo el grupo o de parte del mismo.”<sup>45</sup> Es dudosa, sin embargo, si esta interpretación restringida es compatible con el texto de la Convención y todas las disposiciones subsiguientes respecto del genocidio, en virtud de que se refieren claramente al “grupo como tal”. En otras palabras, el crimen de genocidio tiene por objeto proteger no solamente la existencia física de los miembros individuales del grupo como entidad social. Implica que la intención de destruir “va más allá de la interpretación física y biológica.”<sup>136</sup> No obstante, esto no significa, que se niegue que el Artículo II(c) de la Convención exija objetivamente una destrucción física, sino que más bien se requiere trazar una distinción entre el actus reus y la mens rea del crimen de genocidio, y este último no limita el delito a la destrucción física del grupo. El hecho de que los Estados Partes de la Convención de Genocidio no se mostraran dispuestos a incluir el genocidio cultural en la Convención como una de las formas específicas del actus reus no influye necesariamente en la interpretación del requisito de la intención especial.

---

<sup>43</sup> Pueden consultarse, por ejemplo, Schabas, n. 24, pp. 229–233; Barboza. “*International Criminal Law*”, enç Receuil des Cours, núm. 278, 1999, pp. 9, 59; Ratner. “*The Genocide Convention after fifty years*”, en ASIL Proceedings, núm. 92, 1998, pp. 1, 2.

<sup>44</sup> Ver II. 2. e) y Schabas, n. 24, pp. 179–189: la inclusión de actos de genocidio cultural en el Artículo 6 del Estatuto de Roma fue un asunto muy delicado, pues vieron amenazada su soberanía los “países conscientes de los problemas de sus políticas hacia grupos minoritarios, específicamente hacia los pueblos indígenas y los inmigrantes...” [“countries who were conscious of problems with their own policies towards minority groups, specifically indigenous peoples and immigrants...”].

<sup>45</sup> [“acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group”.] Véase Prosecutor vs. Krstic, n. 6, par. 580.

### 2.2.4.2. Total o parcial

Si bien hubo un desacuerdo en cuanto al requisito de la intención de destruir el grupo totalmente durante las negociaciones de la Convención,<sup>46</sup> ahora se ha puesto en claro, a partir del texto del Artículo II y las disposiciones subsiguientes, que basta con que la intención esté encauzada hacia la destrucción “parcial” del grupo. Con todo, aún no se ha esclarecido qué significa exactamente una “destrucción parcial”, es decir, a cuántos miembros del grupo sea necesario seleccionar potencialmente para matarlos. Al respecto, pueden formularse las siguientes preguntas:

(1) ¿Es necesario tener intención de eliminar de una cantidad apreciable de miembros del grupo (elemento cuantitativo)?

(2) ¿Sería suficiente tener intención de eliminar algunos miembros importantes del grupo, por Ejemplo de sus líderes (elemento cualitativo)?

(3) ¿Bastaría con tener intención de eliminar una cantidad razonablemente grande de una parte del grupo?

En cuanto a la primera pregunta, la respuesta debe ser evidentemente afirmativa. Ya en 1960 Robinson definió el genocidio como un crimen orientado a la destrucción de una multitud de personas del mismo grupo a (*multitude of persons of the same group*), siempre y cuando la cantidad fuera considerable *substantial*. El Informe de Whitaker de 1985 se refirió a “una cantidad medianamente grande en relación con el total del grupo.”<sup>47</sup> Estas definiciones fueron de hecho adoptadas en declaraciones posteriores de las autoridades internacionales. La CDI hace referencia a “una parte importante del grupo” [“a substantial part of the group”].<sup>48</sup> El TPIR habla, inter alia, de “una cantidad notable de individuos” [“a considerable number of individuals”].<sup>49</sup> Durante las negociaciones de la Comisión Preparatoria de la CPI, se hizo notar que “la referencia a la ‘intención de destruir, total o parcialmente [...]’ se interpretó como si se aludiera a la intención especial de destruir a más de una cantidad pequeña de individuos [...]” Quienes critican este requisito cuantitativo con frecuencia no distinguen suficientemente entre el nivel objetivo y el subjetivo. En el contexto anterior, se discutió asimismo que no es necesario “tener en mente la total aniquilación de un grupo desde todos los rincones del globo.” De aquí se sigue que basta con planear la destrucción de un área geográfica limitada de un grupo.

---

<sup>46</sup> Ver Schabas, n. 24, p. 255.

<sup>47</sup> [“...a reasonably significant number, relative to the total of a group as a whole”] Benjamín Whitaker. Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, p. 16, par. 29.

<sup>48</sup> Draft Code 1996, p. 89.

<sup>49</sup> *Prosecutor vs. Kayishema*, supra, n. 6, par. 97; véase asimismo *Prosecutor vs. Bagilishema*, supra, n. 7, par. 64: “...por lo menos una parte considerable” [“...at least a substantial part”].



La Sala de Primera Instancia en el caso Krstic consideró como factor decisivo que los autores se propongan “destruir una parte precisa del grupo, y no una gran cantidad de individuos aislados dentro del mismo...” y que “piensen que la parte del grupo que desean destruir es una cantidad inconfundible que, como tal, tienen que eliminar.” Si tal es el caso, se catalogaría como genocidio el asesinato de todos los miembros de parte de un grupo ubicado en una pequeña región geográfica, aun cuando causara la muerte a una cantidad menor de víctimas. En cambio, si los miembros del grupo fueran sólo muertos selectivamente en una amplia zona geográfica, el requisito de la intención especial no se cumpliría.

La segunda pregunta, que tiene que ver con el elemento cualitativo, ha recibido también una respuesta afirmativa en el Informe de Whitaker, en vista de que se refiere explícitamente a “una sección importante de un grupo, como sus dirigentes”.<sup>50</sup> Tanto el Fiscal, como las Salas del TPIY han adoptado esta declaración. Sin embargo, es dudoso si la intención de destruir a los dirigentes de un grupo en particular constituya una intención genocida si es un acto aislado, i. e., si no conlleva la completa desaparición o el fin del grupo. En otros términos, deben tomarse en consideración las consecuencias para éste como tal. En concordancia con el Informe de la Comisión de Expertos de 1994, uno puede, decir que “el ataque a los dirigentes debe pensarse en el contexto de qué destino tuvo el resto del grupo”. En este sentido, el ataque concierne solamente a una sección importante del grupo si tiene consecuencias serias para la existencia del grupo como tal.

La tercera pregunta surgió en Krstic. La Sala, que reconoció a los musulmanes bosnios como grupo protegido, tuvo que resolver si los hombres en edad militar de ese grupo de la población de Srebrenica representaban una parte suficiente del grupo de musulmanes bosnios, de suerte tal que la intención de destruirlos se calificara como un ‘intento de destruir el grupo total o parcialmente’. A la luz del criterio mencionado con anterioridad, la Sala respondió de manera afirmativa, ya que las fuerzas serbio-bosnias no podían ignorar que esta destrucción selectiva tendría un impacto duradero en todo el grupo” y que, por consiguiente, debían estar conscientes del impacto catastrófico que tendría la desaparición de dos o tres generaciones de hombres para la supervivencia de una sociedad tradicionalmente patriarcal [...]” Bastaba con que “las fuerzas serbio-bosnias supieran [...] que la combinación de esos asesinatos con el traslado por la fuerza de mujeres, niños y ancianos tendría como resultado inevitable la desaparición física de la población musulmana bosnia de Srebrenica.” En realidad, la Sala se refirió a una “parte” del grupo de los musulmanes bosnios y habló de los musulmanes bosnios de la comunidad de Srebrenica. De este modo, la pregunta que uno se hace gira en torno a cuán pequeña puede posiblemente ser una “parte” de un grupo protegido para constituirse en objeto de la protección del crimen. Es evidente que, al estrechar el concepto de grupo a partes o unidades muy pequeñas de un grupo mayor, el ámbito del crimen puede volverse ilimitado.

---

<sup>50</sup> [...] “...a significant section of a group, such as its leadership”.] Whitaker, n. 144, par. 29.

Al considerar a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica como parte del grupo de los musulmanes bosnios, la Sala de hecho realizó una doble reducción del actus reus: redujo a los musulmanes bosnios a los que vivían en Srebrenica y, además, a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica.

De esta manera, la Sala en realidad analizó si los serbios planeaban destruir parte (los varones musulmanes bosnios de Srebrenica) de una parte (los musulmanes bosnios de Srebrenica) del grupo de los musulmanes bosnios. Podría argumentarse incluso que ello constituye una reducción ulterior del concepto de grupo si la Sala se refiere a los musulmanes bosnios , en vez de a los musulmanes como grupo religioso. Sea como fuere, el análisis muestra que es necesario delimitar con mayor claridad qué se quiere decir con “total o parcial”.

Esto es incluso más cierto si uno tiene en mente, una vez más, la estructura del delito como un crimen de intención, es decir, un delito en que predomina la mens rea del autor y prevalece sobre el actus reus. Vale la pena repetir que no es necesario que el autor destruya objetivamente un grupo de forma “total o parcial”, sino que sólo se proponga hacerlo.

#### **2.2.4.3. Un grupo**

El propósito del autor debe estar dirigido a la destrucción de un “grupo”. Puesto que éstos constan de individuos, la acción destructiva debe en última instancia dirigirse en contra de individuos. Sin embargo, estos últimos no son importantes per se, sino únicamente como miembros del grupo. Es necesario seleccionarlos a causa de su pertenencia al mismo. En otras palabras, la víctima primordial del genocidio es el grupo, si bien su destrucción requiere necesariamente la comisión de crímenes contra sus miembros, es decir, contra individuos que pertenezcan a él.

Como se ha dicho con anterioridad, el crimen de genocidio protege el grupo como una entidad social supraindividual: protege el grupo “como tal”. Mientras que el Derecho Penal común protege los derechos e intereses jurídicos de los individuos, como su derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etcétera, el crimen de genocidio protege el derecho de ciertos grupos a existir.

## **2.4. Rol de la Corte Internacional de Justicia como verificadora del crimen Internacional de genocidio.**

La Carta de las Naciones Unidas (Carta) establece como uno de sus órganos principales a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), otorgándole a ésta la posibilidad de ejercer su jurisdicción en controversias jurídicas que competen al derecho internacional y, por ende, en controversias en las que se debaten aspectos vinculados al Derecho Internacional Humanitario.

Es por esta razón, entonces, que ciertos tratados internacionales tales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio prevén la sumisión de controversias jurídicas atinentes a su interpretación o aplicación a la jurisdicción de la CIJ.

Al poco tiempo de instalada, la CIJ fue requerida a ejercer su jurisdicción. Así, en la primera sentencia pronunciada sobre el fondo de un asunto, verificó, en un principio general aplicable tanto en tiempos de conflicto armado internacional como de paz, la expresión de una norma internacional consuetudinaria que favorece la protección de los derechos humanos más elementales, tales como la vida y la integridad física de las personas.

El tratamiento por parte de la CIJ, tanto en procedimientos contenciosos como consultivos, de cuestiones referentes al crimen internacional de genocidio en un período de tiempo que alcanza los 50 años, ha permitido sentar una jurisprudencia en la materia.

La elaboración de tal jurisprudencia por parte de la CIJ, órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas (O. N. U.) resulta de gran importancia no sólo porque un buen número de los asuntos inscriptos en su registro general se refiere a alegaciones de violaciones a la interpretación y aplicación de normas convencionales y consuetudinarias sobre el crimen internacional de genocidio, sino también porque la verificación de normas consuetudinarias relativas a dicho crimen interesa a todo otro tribunal internacional que deba aplicar este tipo de normas. Incluyendo el Estatuto de Roma.

### **2.4.1. La Corte Internacional de Justicia y su opinión consultiva de 1951.**

La CIJ emitió el 28 de mayo de 1951 la Opinión Consultiva Relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>51</sup> a pedido de la Asamblea General de la O. N. U. En la oportunidad, consideró cuestiones tales como su competencia consultiva, y las reservas y sus efectos.<sup>52</sup>

Por lo cual, al analizar el carácter de las reservas que pueden formularse a la Convención sobre Genocidio como también las objeciones que pueden serles opuestas a aquéllas, sostuvo que los orígenes de la Convención revelan la intención de la O. N. U. de condenar y reprimir el genocidio como un crimen internacional que implica el rechazo del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, rechazo que conmociona la conciencia humana, inflige grandes pérdidas a la humanidad, y es contrario, coetáneamente, a la ley moral y al espíritu y a los propósitos de la O. N. U.

Agregó que esta concepción conlleva, por una parte, que los principios fundamentales de la Convención son reconocidos como tales por las naciones civilizadas y que obligan a los Estados incluso fuera de toda relación convencional; y, por la otra, el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria para liberar la humanidad de tal flagelo.

Como puede apreciarse, la CIJ declaró que los principios fundamentales de la Convención sobre Genocidio obligan a todos los Estados incluso fuera de toda relación convencional. Pues bien, ¿cuáles son tales principios? En opinión de la Corte Internacional de Justicia, esta convención internacional confirma y sanciona los principios de moral más elementales, y en él los Estados no poseen intereses propios sino uno común, que es el de preservar los fines superiores que constituyen su fundamento.

Corte Internacional de Justicia se refirió nuevamente a aquel principio cuando verificó que también existe otro de carácter fundamental en la Convención: el principio de humanidad. Los principios de moral y de humanidad que le dan fundamento, en su opinión, se verían minados por la exclusión completa de la Convención de uno o más Estados.

---

<sup>51</sup> Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis Consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951, p. 15. Composición de la Corte: Basdevant, Presidente; Guerrero, Vicepresidente; Alvarez, Hackworth, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Mc Nair, Klaestad, Badawi Pacha, Read, Hsu Mo, jueces; Hambro, Secretario.

<sup>52</sup> Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis Consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951, p. 16.

De lo expuesto, puede observarse que la CIJ determinó que los principios fundamentales de la Convención sobre Genocidio, que son los principios de moral y humanidad, obligan a los Estados incluso fuera de toda relación convencional.<sup>53</sup> De este modo, parecería que la norma convencional (la Convención sobre Genocidio) codifica la consuetudinaria ambas vigentes y que su razón de ser interesa a la comunidad internacional. Es por esta razón, que prevenir y reprimir el genocidio posee una naturaleza imperativa para los Estados. ¿Los principios de moral y humanidad resultan obligatorios porque son principios generales del derecho internacional o por ser normas internacionales consuetudinarias?

Desde el momento en que la CIJ se refiere a principios de moral y humanidad parece indudable que les otorga carácter normativo de principios generales del derecho internacional; pero, al mismo tiempo, el hecho constatado por la Corte Internacional de Justicia por cuanto el principio de moral fue confirmado y sancionado por los Estados en la Convención parece sugerir que tal principio como norma consuetudinaria, cristalizó en una convencional. Por lo demás, es importante resaltar que no parece resultar de esta opinión consultiva el carácter consuetudinario de la Convención toda.

Se ha sostenido que, en otras palabras, independientemente de la participación en la Convención sobre Genocidio la obligación de no cometer este crimen existe en el derecho internacional general, ya que la aceptación general de las normas allí contenidas por parte de la comunidad internacional a partir de su adopción en 1948 significa que los principios generales del derecho internacional que le dan fundamento deben ser considerados hoy en día como parte del derecho consuetudinario.

Es bueno recordar que la CIJ en el citado pasaje de su pronunciamiento afirmó el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria para erradicar tal flagelo. ¿Significa tal afirmación la existencia de una norma internacional que impone a todos los Estados la obligación de condenar el genocidio y cooperar en la erradicación de tal crimen?

En principio, puede avanzarse la idea de que la CIJ pareció ver en ese entonces la existencia de una norma consuetudinaria que impone a los Estados la obligación de condenar la comisión de actos de genocidio y de cooperar en la lucha contra tal crimen; pero, de este modo, surge un nuevo interrogante en relación con el contenido de tal norma.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Al respecto se ha señalado que los principios en los cuales está basada la Convención sobre Genocidio fueron declarados por la CIJ de carácter obligatorio para todos los Estados, sean o no Partes a la Convención. Barboza, Julio, .The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly., en C.A. Armas Barea et al. (ed.), *Liber Amicorum José María Ruda*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 4.

<sup>54</sup> Es importante destacar que en 1993, la CIJ reafirmó que los Estados se encontraban obligados a prevenir la comisión de cometer tales actos. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 22, par. 45.

Por lo demás, parecería también que al afirmarse que los Estados Partes a la Convención sobre Genocidio tienen el interés común de preservar los fines superiores de ésta, vislumbró en la oportunidad el carácter de *ius cogens* de la prohibición de cometer actos de genocidio y de cooperar en la lucha contra tal crimen. Como se verá a continuación en el Asunto de la Barcelona Traction, la CIJ reafirmó el carácter consuetudinario de la obligación internacional que impone a los Estados condenar el genocidio y de cooperar en la lucha contra tal crimen y, además, verificó el carácter *erga omnes* de esta obligación.

#### **2.4.2. Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.**

El 5 de febrero de 1970 la CIJ pronunció la sentencia (segunda fase) en el Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. El gobierno belga presentó el 19 de junio de 1962 una demanda cuya petición era la reparación de los daños que habrían sufrido ciudadanos belgas, accionarios de la sociedad Barcelona Traction, que se originaran en actos alegados como contrarios al derecho internacional y cometidos en perjuicio de la sociedad por órganos del Estado español.

En un pasaje de su pronunciamiento, CIJ estableció una distinción entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que nacen *vis a vis* de otro Estado en el campo de la protección diplomática, otorgándole a las primeras el carácter de *erga omnes*, es decir, normas en las cuales todos los Estados pueden ser considerados como teniendo un interés jurídico a que sus derechos sean protegidos.

Acto seguido, brindó como un ejemplo de este tipo de obligaciones, la derivada del derecho internacional general que establece la criminalidad del genocidio, tal como lo verificara en la opinión consultiva de 1951 y ella se encargara de recordar en el asunto en consideración. Se concluye, por una parte, que la CIJ confirmó que el deber de prevenir y castigar el genocidio era de naturaleza consuetudinaria ya a la época de la opinión consultiva de 1951 y, por la otra, que existe una obligación internacional de carácter *erga omnes* en el derecho internacional contemporáneo que establece la prohibición de cometer actos de genocidio. Al respecto, *Schwebel* sostiene que la decisión referida precedentemente reviste una importancia primordial para la protección internacional de los derechos humanos,<sup>55</sup> en tanto que *Higgins*, por su parte, que los ejemplos de genocidio y agresión citados por la CIJ no fueron excepcionales en sí mismos.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Schwebel, Stephen, .Human Rights in the World Court., Justice in International Law . Selected Writings of Judge Stephen M. Schwebel -, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994, p. 164.

<sup>56</sup> Higgins, Rosalyn, .Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., Virginia Journal of International Law, vol. 11, 1970-71, p. 328.

Ahora bien, como puede apreciarse, la Corte Internacional de Justicia distinguió entre las llamadas obligaciones bilaterales y las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto, es decir, *erga omnes*.

Como lo nota un autor, ninguna opinión separada o disidente se apartó de esta constatación realizada por la CIJ.<sup>57</sup>

Si bien algún sector de la doctrina opina que la utilidad de tal distinción parece dudosa en vista de que resulta difícil describir más exactamente las obligaciones que pertenecen a la segunda categoría de obligaciones y de imaginar situaciones en las cuales su violación podría dar lugar a un proceso ante la Corte CIJ resulta necesario señalar que la importancia del *obiter dictum* en consideración estuvo al origen de la distinción entre crímenes y delitos internacionales que sugirió la Comisión de Derecho Internacional en su tarea de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional: los primeros son aquellos actos de tal gravedad que afectan los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, entre los cuales se encuentra el crimen de genocidio.

En esta situación, se autorizaría a otros Estados distintos del directamente lesionado a reclamar la responsabilidad contraída. En cambio, para el caso de los delitos internacionales, sólo el Estado lesionado estaría autorizado a reclamar. *Charpentier*, por su parte, remarca que las obligaciones *erga omnes* en el sentido del *obiter dictum* de la CIJ son obligaciones imperativas de *ius cogens*, convencionales o consuetudinarias, y de contenido incierto.

En cuanto a su alcance, sostiene que sólo las obligaciones de *ius cogens* de origen consuetudinario otorgarían a todos los Estados legitimación para reclamar su respeto, ya que en el caso de obligaciones de *ius cogens* de origen convencional se verían afectadas por el principio del efecto útil de los tratados y, así, sólo los Estados Partes a dichas convenciones tendrían legitimación para actuar sin necesidad de tener que invocar la lesión de un interés subjetivo.

Por consiguiente, puede concluirse que la CIJ en su *obiter dictum* del Asunto de la Barcelona *Traction, Light and Power Company, Limited* verificó la obligación internacional *erga omnes* de la prohibición de cometer actos de genocidio, como norma positiva de carácter dual, es decir, consuetudinaria y convencional.

---

<sup>57</sup> Rodley, Nigel, .Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court., *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, 1989, p. 323.

### 2.4.3. Asunto sobre la Aplicación de la Convención sobre Genocidio.

El último caso al que cabe referirse en el aspecto que aquí interesa es la resolución dictada el 11 de julio de 1996, al pronunciarse en las excepciones preliminares en el Asunto sobre la Aplicación de la Convención sobre Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia).<sup>58</sup> En la oportunidad, la CIJ constató que las obligaciones a cargo de cada Estado Parte a la convención no se encuentran limitadas territorialmente por ésta, y, para ello, tomó en consideración el carácter erga omnes de tales obligaciones, sin necesidad de expedirse acerca de si Yugoslavia fue parte directa o indirectamente del conflicto en causa.

Al respecto, se ha observado que la CIJ de Justicia hizo justicia de la interpretación yugoslava en cuanto al tipo de responsabilidad instituida por la Convención, entendiéndose por responsabilidad indirecta aquella por la cual los Estados sólo responderían por el incumplimiento de la obligación de prevenir los actos de genocidio y de su represión.<sup>59</sup>

En relación con el tipo de responsabilidad internacional del Estado previsto por el Artículo IX de la Convención sobre Genocidio, la CIJ observó que tratando éste acerca de la responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquiera de los actos enumerados en el Artículo III, la responsabilidad internacional del Estado por actos de genocidio perpetrados por aquél no estaría excluida del campo de aplicación de la convención. Subrayó que tampoco la responsabilidad internacional del Estado por el hecho de sus órganos se encuentra excluida por la circunstancia de haberse previsto en el Artículo IV de la Convención que actos de genocidio pueden ser cometidos por gobernantes u otros funcionarios públicos.<sup>60</sup> ¿De qué tipo de responsabilidad internacional trata entonces la Convención sobre Genocidio? Que la atribución de responsabilidad criminal a un Estado fue rechazada por sus redactores, parece indudable.<sup>61</sup>

Pero la doctrina también se pregunta cómo de un instrumento internacional donde la atribución de responsabilidad penal individual resulta clara, puede derivar también responsabilidad internacional atribuible a un Estado.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996, p. 595.

<sup>59</sup> Wyler, Eric, .Les rapports entre exceptions préliminaires et fond du litige à la lumière de l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire du génocide., Revue Générale de Droit International Public, Tome 105, 2001, p. 43.

<sup>60</sup> Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996, p. 616, par. 32.

<sup>61</sup> First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur., UN Doc. A/CN.4/490/Add. 2, par. 61.

<sup>62</sup> Schabas, William, Genocide in International Law, Cambridge University Press, 2000, p. 434.



James Crawford Relator Especial sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados. avanzó la idea de que la referencia de la CIJ a cualquier forma de responsabilidad no debe ser interpretada como refiriéndose a la responsabilidad penal del Estado, sino más bien como la atribución directa del crimen de genocidio a un Estado como tal. Así, podría concluirse que tácitamente el Relator Especial sostiene que la CIJ aludió a la clásica responsabilidad internacional del Estado.

Los jueces *Shi y Vereshchetin*, en declaración concurrente, sostuvieron que la Convención sobre Genocidio, en sustancia, es un instrumento jurídico que refiere a la responsabilidad penal del individuo; el juez Oda, también en opinión disidente, sostuvo que la Convención sobre Genocidio fue concebida como un nuevo tipo de tratado que se ocupa del derecho de los individuos en su conjunto y no de los derechos y obligaciones de los Estados; por último, el juez ad hoc Kreca concluyó, por distintas razones, que la convención no prevé la atribución de responsabilidad civil de un Estado. Como lo señala *Schabas*, la cuestión de saber si a un Estado puede atribuírsele algún tipo de responsabilidad civil en razón de actos de genocidio aún no está resuelta.<sup>63</sup>

En definitiva, en un período de casi cincuenta años, la Corte Internacional de Justicia ha verificado un buen número de normas relativas al crimen internacional de genocidio, a saber: las consideraciones elementales de humanidad aplicables incluso en tiempos de paz (Asunto del Canal de Corfú); la obligación internacional de prevenir y sancionar el genocidio (Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio); el carácter *erga omnes* de la prohibición de cometer actos de genocidio (Asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*); entre otros.

---

<sup>63</sup> Schabas, William, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p.

### **3. EL GENOCIDIO COMO CRIMEN COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA: LA EXPERIENCIA COMPARADA.**

Resulta interesante el análisis sobre la recepción del crimen internacional del Genocidio en el ordenamiento jurídico español y las reformas legales que se implementaron para su adaptación a las necesidades de cooperación con la Corte Penal Internacional, debido a la gran trayectoria de los jueces y tribunales españoles en la persecución de crímenes internacionales, esto ha otorgado sin duda un gran impulso al desarrollo del derecho penal internacional y a la concientización de la opinión pública internacional contra la impunidad de estos delitos, ha animado a los tribunales de otros países a seguir sus pasos y ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a la instauración de la Corte Penal Internacional. Los llamados “juicios de Madrid” han constituido, sin duda, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del derecho penal internacional moderno.

#### **3.1. Recepción del delito internacional de genocidio en el ordenamiento jurídico español.**

En el ordenamiento jurídico español están tipificadas todas las modalidades de genocidio previstas en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en el artículo 6 del Estatuto de Roma. La tipicidad de este delito en la regulación española es en algunos supuestos más restrictiva y en otros más amplia, e incluso recoge alguna modalidad más de las previstas en la regulación internacional.

##### **3.1.1. Tipo**

Se tipifica, en primer lugar, la modalidad de genocidio mediante matanza de miembros del grupo. En el supuesto de lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo, la regulación española va más allá de lo establecido en la Convención al incluir también lesiones no graves.<sup>64</sup> En cuanto al supuesto de sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, no solo se tipifica el sometimiento del grupo o de una parte de él, sino también la mera actuación sobre alguno de sus miembros; por otra parte, la tipicidad exige la producción de un resultado, bien de peligro concreto para la vida, bien de lesión grave de la salud de alguno de los miembros del grupo.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Un comentario puede verse en Gil Gil, Derecho penal internacional, 1999, pp. 209 y ss.

<sup>65</sup> Sobre el origen y sentido de esta modalidad en los textos internacionales y sobre su traducción en la legislación española véase Gil Gil, Derecho penal internacional, 1999, pp. 215 y ss. Algunos autores entienden que respecto de la salud de los miembros del grupo basta también con un

La doctrina española, al igual que la internacional, asume la idea del proyecto de Convención contra el Genocidio del secretario general y del Comité ad Hoc, aceptada más tarde también por los “Elementos de los crímenes”, de que son tipificables en esta modalidad conductas como privar de alojamiento conveniente, de alimentación o de cuidados médicos, el sometimiento a trabajo excesivo que pueda dar lugar a la muerte, etc.

Como medidas destinadas a impedir nacimientos —el llamado genocidio biológico—, se castigan expresamente la castración y otros actos que produzcan impotencia o esterilidad, además de otras medidas como pueden ser, por ejemplo, la segregación de sexos, el aborto compulsivo, las prohibiciones de contraer matrimonio o el suministro coactivo de anticonceptivos.<sup>66</sup> Las medidas deben adoptarse con carácter general, con relación al grupo y no respecto de un individuo en particular, y deben imponerse de manera coactiva.

El traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo está tipificado de tal manera que va más allá del concepto internacional en dos aspectos: en primer lugar, se incluye todo traslado por la fuerza de individuos, no solo de menores; en segundo lugar, puede tratarse tanto de traslados a otro grupo como de desplazamientos forzados del grupo mismo.<sup>67</sup> Se trata de modalidades que habían sido rechazadas durante la elaboración de la Convención contra el Genocidio en el seno de la Sexta Comisión.

Ante la dificultad de compaginar esta modalidad con la intención de destrucción del grupo requerida, la doctrina propone diversas interpretaciones, desde la que considera que se trata de una modalidad de imposible cumplimiento por falta de idoneidad del medio, a la propuesta de una interpretación restrictiva que la reconduzca a los supuestos de genocidio biológico o físico, el Código Penal español no solo considera formas de destrucción entendibles como genocidio la destrucción física y la biológica, sino también la expulsión que supondría la eliminación de un grupo o subgrupo de un determinado ámbito territorial y/o sociopolítico determinado aunque no se eliminara de forma absoluta su existencia física.<sup>68</sup> El ordenamiento jurídico español presenta otras especialidades con respecto a la definición internacional de genocidio.

Por un lado, se incluye como modalidad la adopción de medidas tendentes a impedir el género de vida del grupo. La doctrina española ha querido ver en esta modalidad la inclusión en el CP español del llamado genocidio cultural, eliminado del concepto internacional.

---

resultado de peligro concreto —véanse Juan Bustos Ramírez, Manual de derecho penal. Parte especial, 1994.

<sup>66</sup> En opinión de Sáenz de Pipaons y Mengs (Delincuencia política internacional, 1973, pp. 236-237), esta separación de las conductas de castración y esterilización del resto de medidas tendentes a impedir la procreación es incongruente.

<sup>67</sup> Véase Gil Gil, Derecho penal internacional, 1999, pp. 223 y ss.

<sup>68</sup> Sobre las diferentes posibilidades de interpretación, véase Gil Gil, Derecho penal internacional, 1999, pp. 223-224.

Por otro lado, se menciona expresamente la modalidad genocida consistente en agresiones sexuales. Su inclusión se realizó a partir de una enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario del Partido Popular en la que se hacía referencia a las noticias sobre violaciones masivas cometidas en el curso de la guerra en la antigua Yugoslavia y que se dieron a conocer por aquella época a raíz de las investigaciones de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas que presidía el profesor Bassiouni.<sup>69</sup>

Los informes de aquella comisión, a los que no esperó el legislador español, no dieron lugar a la modificación del concepto internacional de genocidio, sino a la inclusión de las agresiones sexuales como modalidades de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en opinión de Bassiouni, la agresión sexual puede ser un medio idóneo para cometer genocidio si se realiza con la intención requerida. Los informes de la Comisión de Expertos muestran sin ninguna duda que la agresión sexual ha sido utilizada en la antigua Yugoslavia para practicar el genocidio biológico.

Finalmente, en la regulación jurídica española están tipificadas además otras conductas relacionadas con el genocidio. En primer lugar, se castiga la difusión por cualquier medio de doctrinas o ideas que nieguen el genocidio. Sin embargo, esto ha sido sometido a una cuestión de inconstitucionalidad por la Audiencia Provincial Barcelona, pues existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con las tesis revisionistas que enmarca el cuestionamiento de hechos históricos en el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la CE).<sup>70</sup> El Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado al respecto. En segundo lugar, se castiga la difusión por cualquier medio de doctrinas o ideas que justifiquen el genocidio.

Esta conducta podría incluirse en el concepto amplio de apología,<sup>71</sup> que ha sido excluido con carácter general por el legislador español tras su repetido cuestionamiento por la doctrina pero que se ha mantenido en relación con el delito de genocidio.

---

<sup>69</sup> Los resultados de estas investigaciones pueden verse publicados en Bassiouni y McCormick, *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, 1996, y M. Cherif Bassiouni, *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, 1996.

<sup>70</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991 (BOE de 17 de diciembre de 1991), en especial el fundamento jurídico 7 y de 11 de diciembre de 1995, fundamento jurídico 2 (BOE de 12 de enero de 1996). Ambas pueden verse comentadas en Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 346 y ss.

<sup>71</sup> El Código Penal anterior establecía: "La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, y que por su naturaleza o circunstancias puedan constituir una incitación directa a cometer el delito".

Y, en tercer lugar, se castiga como delito de genocidio la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de genocidio. Para que esta variedad de apología en sentido amplio se mantenga dentro de los límites establecidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para integrar el tipo no basta con que se realicen manifestaciones a favor de un determinado programa político o ideología ni de un determinado partido político o régimen, sino que las manifestaciones deben incluir la aprobación del delito cometido por estos, además de un elemento subjetivo: que ello se realice con el ánimo de incitar a cometer ese delito.

### 3.1.2. Fuentes Jurídicas

En cuanto a las fuentes jurídicas, el delito de genocidio está tipificado como un delito de la parte especial en el Código Penal español de 1995, en el artículo 607 del CP, dentro del capítulo II, “Delitos de genocidio”, del título XXIV, “Delitos contra la comunidad internacional”.

El delito de genocidio fue introducido por primera vez en la legislación española por la ley 44/1971, de 15 de noviembre, como consecuencia de la adhesión de España a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio el 13 de septiembre de 1968. En su primera versión, incluida en el artículo 137 bis del antiguo Código Penal español, presentaba mayores diferencias respecto del texto de la Convención. Algunas de ellas fueron modificadas, como por ejemplo, las referidas a la identificación de los grupos protegidos, pero otras subsistieron y pasaron a la descripción actual del delito de genocidio contenida en el artículo 607 del vigente Código Penal español de 1995.<sup>72</sup>

En la redacción típica del actual precepto se abandona la fórmula tradicional con la que el Código español se refiere al sujeto activo indeterminado: “el que”, para usar en cambio el plural: “los que”. En el sistema legal español la jurisprudencia —que está constituida por las decisiones reiteradas del Tribunal Supremo— no está considerada como fuente del derecho, sino únicamente como complemento para la interpretación de la ley.<sup>73</sup>

Los tribunales no están vinculados por la interpretación de tribunales superiores. Hecha esta aclaración, resulta interesante hacer referencia aquí a la interpretación que ha realizado la Audiencia Nacional del elemento típico “grupos protegidos”.

---

<sup>72</sup> La literatura española que comenta el delito de genocidio es en su mayoría anterior al Código Penal de 1995 y por lo tanto comenta la antigua redacción del viejo Código. Como obra actualizada referidas al artículo 607 puede consultarse : Gil Gil, Derecho penal internacional.

<sup>73</sup> Véanse los artículos 1 y 6 del Código Civil español. Sobre el papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el derecho penal véase Cerezo Mir, Curso de derecho penal español, I, 1996, pp. 160 y ss.

A pesar de la claridad y exactitud con la que el actual precepto identifica a los grupos protegidos, a raíz de los casos instruidos por el juez Baltasar Garzón por los crímenes cometidos por las dictaduras argentina y chilena, y con el fin de garantizar la sumisión de estos casos a la jurisdicción española para evitar su impunidad, se ha realizado una interpretación errónea del término grupo, ampliando el ámbito del precepto y desvirtuando el concepto de genocidio.<sup>74</sup>

Así, la Audiencia Nacional, en sus autos de 5 de noviembre de 1998, afirma que el concepto social de genocidio incluye la destrucción de cualquier grupo humano y Para demostrar la existencia de ese pretendido concepto social acude a textos anteriores a la tipificación del delito de genocidio, como la definición de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de Londres y a la redacción del antiguo 137 bis que tan criticado fue por la doctrina por apartarse de la regulación y del concepto internacional de genocidio.

Y afirma, incurriendo en una evidente analogía errónea, que grupo nacional no significa “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino “simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”; argumenta evidenciando su confusión de los conceptos genocidio y crímenes contra la humanidad que “el entendimiento restrictivo del tipo que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de sida”, entre otros ejemplos, y concluye que “todas las víctimas reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia sobre la jurisdicción española en el caso Guatemala,<sup>75</sup> parece rechazar esta interpretación al afirmar:

“Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisional, sin que ello implique perjuicio alguno sobre el fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico”.

---

<sup>74</sup> El informe del instituto Max Planck sobre la posibilidad de persecución en Alemania de las violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica en los casos argentino y chileno — publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, nº 8 c, 1999, pp. 441 y ss.— tampoco admite la realización de un genocidio salvo que se entiendan incluidos los grupos políticos, opinión por la que se inclinan pero que estimo ha sido descartada por el Estatuto de Roma. En todo caso, este supuesto concepto más amplio de genocidio que incluiría a los grupos políticos y que pertenecería a un derecho internacional consuetudinario no sería aplicable directamente ni por los tribunales alemanes ni por los españoles, por el principio de legalidad que exige ley cierta y descarta con ello la costumbre como fuente. En España se exige además ley orgánica.

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

### 3.1.3. Sanciones

Las penas asignadas al delito de genocidio varían según las modalidades de comisión, y la decisión sobre su gravedad se deriva de la técnica legislativa empleada en la tipificación del genocidio, consistente en la desmembración de las modalidades genocidas recogidas en la Convención y su traducción a figuras comunes del CP español. De este modo, la cuantía de las penas previstas guarda proporción con las penas asignadas en el CP español para los delitos mediante cuya comisión se realiza el genocidio.

Así, un genocidio cometido mediante homicidio de miembros del grupo tiene una pena superior (prisión de 15 a 20 años) a la pena prevista para el delito de homicidio (prisión de 10 a 15 años);<sup>76</sup> si concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes la pena también es superior (20 a 30 años de prisión) a la que corresponde al delito de asesinato (prisión de 15 a 20 años<sup>77</sup> o de 20 a 25 años en caso de asesinato agravado); si el genocidio se comete mediante agresiones sexuales o lesiones del artículo 149 del CP la pena prevista es superior (prisión de 15 a 20 años) a la de los delitos mencionados (prisión de 6 a 12 años para el caso de las lesiones y penas que van de 1 a 15 años según las modalidades de agresión sexual); si el genocidio se comete mediante sometimiento a condiciones de existencia que ponen en peligro la vida o que perturban gravemente la salud de sus miembros, mediante desplazamientos forzosos, mediante adopción de medidas destinadas a impedir el género de vida o la reproducción, o mediante lesiones del artículo 150 del CP, la pena prevista es de 8 a 15 años de prisión (la pena prevista para las lesiones del artículo 150 es prisión de 3 a 6 años; las detenciones ilegales no condicionadas se castigan con penas de prisión que van de los 2 a los 8 años; la pena para el aborto no consentido es de prisión de 4 a 8 años e inhabilitación especial, y la pena prevista para el delito de coacciones es de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 6 a 24 meses).

Además, el artículo 616 del CP prevé para todos los delitos comprendidos en el título XXIV, en el que se incluye el genocidio, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años, para el autor que ostente la cualidad de autoridad o funcionario público, y otorga al juez o tribunal la facultad de imponer la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 10 años para el caso de que el autor sea un particular.

No contempla expresamente el Código la regla concursal aplicable al supuesto de comisión de varias de las modalidades de genocidio sobre un mismo grupo por un mismo sujeto.

---

<sup>76</sup> Véanse los artículos 138 y ss. del CP. Sobre el posible sentido de la agravación extraordinaria de la pena para el supuesto de homicidio en que concurren dos o más circunstancias agravantes genéricas véase Gil Gil, Derecho penal internacional, 1999, pp. 207 y ss.

<sup>77</sup> Véase el artículo 139 del CP.

Tampoco existe jurisprudencia sobre este asunto. La doctrina ha propuesto soluciones diversas: Para el caso de repetición de actos constitutivos de una misma modalidad de genocidio —por ejemplo, homicidio de varios miembros del grupo— se propone la apreciación de un solo delito de genocidio por considerarse una unidad típica en sentido estricto.

En caso de cometerse diversos actos constitutivos de varias modalidades de genocidio la doctrina mayoritaria considera que debe apreciarse también una unidad delictiva y aplicarse un solo delito de genocidio castigando con la pena prevista para la modalidad más grave cometida.

En cuanto a la relación existente entre el tipo del genocidio y los diversos tipos que a su vez pueden integrar cada una de las acciones individuales mediante las que se comete el genocidio, como el homicidio, las lesiones, etc., no existe ya tanta uniformidad y se han propuesto soluciones diferentes.

La posición más aceptada tradicionalmente en España fue la de tomar en consideración uno de los resultados típicos (una muerte, por ejemplo) para formar el delito de genocidio y apreciar los restantes en concurso ideal de delitos con este.

El Tribunal Supremo español todavía no ha tenido la ocasión de estudiar detenidamente el delito de genocidio, pero en diversas resoluciones (ya bastante antiguas) relativas a problemas muy distintos, mencionó el genocidio como ejemplo de delito pluriofensivo, en el que se castigan lesiones de bienes jurídicos personales junto con la de otro bien jurídico,<sup>78</sup> mientras que en otras señalaba que el genocidio es la única figura del CP en la que se afecta a varios sujetos y sin embargo se considera un único delito.

---

<sup>78</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989\4137), de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988\3450), de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\2436), de 23 de enero de 1987 (RJ 1987\457) y de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989\4137).



### 3.1.4. La jurisdicción atribuida a los tribunales españoles en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1 de Julio de 1985 (según redacción de la Ley Orgánica 11/1999), en su Artículo 23 determina el alcance conferido a la jurisdicción (*ratione loci*) de los tribunales de justicia españoles.<sup>79</sup> Como en todas las legislaciones nacionales la territorialidad constituye el principio básico (Artículo 8, 1 del Código Civil y 23, 1 LOPJ). También se reconoce el principio de personalidad activa, es decir, aquel que autoriza a iniciar una acción judicial cuando un nacional español cometiere un delito en el extranjero (Art.23, 2); el principio "real" o de "protección de los intereses", que permite activar la jurisdicción nacional cuando se afectan intereses esenciales del Estado, aunque la comisión de los delitos pueda tener lugar en el extranjero (Art.23, 3); y el principio de jurisdicción universal, que desentendiéndose del lugar de la comisión del crimen y de la nacionalidad de las víctimas o perpetradores, o si se han afectado o no intereses esenciales del Estado, y en especial atención a la naturaleza de la ofensa, atribuye jurisdicción a los tribunales españoles (Art.23, 4).

Es importante señalar ahora, por lo que se verá más adelante, que la Ley Orgánica no reconoce el principio de personalidad pasiva, esto es, aquél que permite la celebración de un proceso judicial en sede local cuando, habiéndose cometido el crimen en el extranjero, la víctima tenga nacionalidad española.

Sobre el principio de jurisdicción universal, la única limitación establecida en la Ley para su ejercicio se configura cuando el presunto delincuente ya ha sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y, en este último caso, ha cumplido su condena (Art.23, 5). Si bien el reconocimiento de estas causales por España podría en ciertos casos contravenir principios de derecho internacional, como aquellos que prohíben reconocer efectos jurídicos a las amnistías o indultos con relación a los crímenes de derecho internacional o a los procesos judiciales preparados con el objeto de sustraer a una persona de su responsabilidad penal internacional, ellos constituyen los únicos motivos que la ley española reconoce como límite a la persecución penal fundada en la jurisdicción universal.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: De traición y contra la paz o la independencia del estado.  
-Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.  
-Rebelión y sedición.  
-Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del Sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los Sellos públicos u oficiales.  
-Falsificación de Moneda española y su expedición.  
-Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.  
-Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.  
-Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.  
-Los relativos al control de cambios

Asimismo, es importante señalar que la letra expresa de la Ley española, en consonancia con el derecho internacional, no requiere la presencia física en el territorio español del presunto responsable de los crímenes enumerados en el Artículo 23 para dar inicio a la acción judicial. Sobre la base de tal disposición, en su entonces, se libró orden internacional de detención y extradición contra Augusto Pinochet Ugarte.

Sin embargo, desde hace unos años a esta parte, las más altas instancias jurisdiccionales españolas han restringido indebidamente el alcance conferido a la jurisdicción universal consagrado en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Algunos juristas españoles han reconocido que dicho criterio limitativo se fundaría más en el deseo de frenar una posible avalancha de querellas ante la Audiencia Nacional, que en auténticas razones legales.<sup>81</sup>

### **3.1.5 Principio de Legalidad**

En el sistema legal español, de acuerdo con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho de que tenga noticia con carácter de delito o falta conforme a la ley penal sustantiva. Queda excluida por tanto toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto. El criterio del órgano de la acusación debe ser siempre y exclusivamente la ley. Sin embargo, algunos autores entienden que en nuestro derecho existen manifestaciones del principio de oportunidad, como la regulación de la conformidad del acusado, la necesidad de denuncia en los delitos semipúblicos y querrela en los privados, el perdón del ofendido, etc.

Ninguno de ellos es aplicable a los crímenes internacionales y tampoco el procedimiento abreviado, que también se ha visto como una manifestación del principio de oportunidad. Conde Pumpido ve también una manifestación del principio de oportunidad en la necesidad de denuncia o querrela del Ministerio Fiscal para juzgar hechos previstos en España como delitos cometidos fuera (artículo 23.2 de la LOPJ), pero este requisito no es aplicable a los delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal que se recogen en el punto 4, y además, al admitirse la denuncia o querrela del agraviado en ningún caso se deja a la decisión exclusiva del Ministerio Fiscal la persecución. Ante la noticia de la comisión de un crimen perseguible bajo el principio de justicia mundial un fiscal español tiene la obligación de acusar.

---

<sup>80</sup> será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como es el caso del genocidio.

<sup>81</sup> Gil Gil, Alicia, Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, en Ambos Kai y Malarino, Ezequiel, (Eds.), Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003, p.357.

Si el Ministerio Fiscal no actuó de oficio en los casos de Argentina, Chile y Guatemala, sino, al contrario, recurrió las decisiones de los jueces, fue porque no compartía las opiniones de estos sobre la calificación jurídica de los hechos y la competencia de los tribunales españoles. Sin embargo, estas afirmaciones se ven matizadas por la interpretación del principio de justicia universal realizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2003, que, si bien reconoce la inexistencia del principio de oportunidad en nuestro derecho, exige por vía interpretativa un punto de conexión con intereses españoles.

La futura ampliación del número de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal que se pretende y que se estima correcta debería ir acompañada de la inclusión de algún requisito que responda al principio de oportunidad y que impida que los tribunales españoles asuman el puesto de la Corte Penal Internacional. La introducción de estos criterios en la línea de la legislación alemana habría sido preferible a la limitación del principio realizada por el Tribunal Supremo, que lo convierte en una extensión de los principios de protección de intereses y de personalidad pasiva, desnaturalizando su esencia.

### **3.1.5. Punibilidad de las conductas omisivas.**

Las conductas omisivas se castigan en el Código Penal español a través de determinados delitos de omisión pura, es decir, tipos penales que castigan la no realización de determinada conducta, sin más requisitos, o a través de los delitos de comisión por omisión, regulados en el artículo 11 del CP mediante una cláusula general en la que se establecen los requisitos típicos y que habrá que poner en relación con los delitos de resultado de la parte especial del Código.

A pesar de la deficiente redacción del precepto, la doctrina siempre ha entendido que la exigencia de una posición de garante y la equivalencia entre la acción y la omisión desde el punto de vista del contenido de injusto eran dos requisitos independientes y cumulativos, de manera que puede existir una posición de garante del omitente respecto del bien jurídico —por ejemplo, del padre respecto de la indemnidad sexual de su hija menor de edad— y sin embargo no ser equivalente la conducta de agredir sexualmente y la de no impedir dicha agresión, en cuyo caso no podría castigarse al padre como autor de una agresión sexual en comisión por omisión.<sup>82</sup>

Tampoco está conforme la doctrina con la definición formal de las posiciones de garante por la que ha optado el precepto, pero frente a esta deficiencia solo es posible una interpretación restrictiva, con un criterio material, y nunca extensiva por imperativo del principio de legalidad y por la prohibición de la analogía.

---

<sup>82</sup> Véase Cerezo Mir, Curso de derecho penal español, III, 2001, p. 267.

Además, a pesar de la redacción del precepto, no todos los delitos de resultado de la parte especial son susceptibles de comisión por omisión por el simple hecho de contar con un resultado típico, pues en ocasiones, como sucede precisamente con la mayoría de las modalidades de comisión del delito de genocidio, la estructura dogmática del delito impide su comisión por omisión, aunque sí será posible castigar al sujeto por los homicidios, lesiones, etc. mediante los cuales se realizó el genocidio, cometidos en comisión por omisión si se dan los requisitos del artículo 11 respecto de dichos delitos, o mediante un tipo de omisión pura o propia de no impedir la comisión de ciertos delitos.

Los delitos de omisión pura o propia son escasos en el Código Penal y se castiga siempre únicamente la comisión dolosa.

En relación con las conductas constitutivas de delitos internacionales interesa destacar la existencia de los delitos de omisión pura de no poner en conocimiento de la autoridad la comisión de determinados delitos (artículo 450.2º del CP), no impedir la comisión de determinados delitos (artículos 407 y 450 del CP) y no perseguir la comisión de un delito (artículos 407, 408 y 450 del CP), pues todos ellos coinciden con las conductas que dan lugar a la responsabilidad del superior jerárquico en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A diferencia de lo interpretado por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR, respectivamente), la mera no realización de estas conductas no da lugar a la imputación del delito no denunciado, impedido o perseguido, sino a la comisión de un delito distinto, de omisión pura, y por lo tanto menos grave.

Para poder imputar el delito no impedido (nunca el meramente no denunciado o perseguido) deberían darse los requisitos establecidos en el artículo 11 del CP (posición de garante y equivalencia entre la acción y la omisión desde el punto de vista del contenido de injusto) y en ese caso sí podremos castigar al sujeto como autor del delito no impedido realizado en comisión por omisión (dolosa o imprudente si el correspondiente delito de acción de resultado es punible también en su forma imprudente) y con la misma pena que señala la ley para su comisión activa.

También vamos a poder castigar, en aplicación del artículo 11 del CP, como autores de delitos internacionales en comisión por omisión a otros sujetos que no sean superiores jerárquicos del que cometió directamente el delito pero que ocupaban una posición de garante respecto del bien jurídico lesionado (por ley, contrato o previa creación de un riesgo) si se da además el requisito de la equivalencia.

### 3.1.6. Responsabilidad especial del superior jerárquico.

La evidente diferencia, tanto punitiva como de contenido, existente entre los delitos de omisión pura (que además solo se castigan en su forma dolosa) a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior, y la interpretación que la jurisprudencia internacional y una parte de la doctrina han hecho de los preceptos que regulan la responsabilidad del superior, junto con la imposibilidad de apreciar en todos los supuestos previstos en estos últimos un delito de comisión por omisión por no darse los requisitos del artículo 11 del CP, han motivado la propuesta de introducción en la reforma del CP español de un precepto que establezca el castigo expreso del superior jerárquico por no impedir o no castigar o denunciar la comisión de los delitos anteriores por sus inferiores.

Así lo recoge la Ley Orgánica de modificación del Código Penal, que incluye un nuevo artículo 615 bis en el que se regula la responsabilidad de la autoridad militar (legal o de facto) o del superior por no evitar (de forma dolosa o por imprudencia grave) o no perseguir (de forma dolosa) la comisión de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por sus inferiores.

En el caso de no evitación se castiga con la misma pena que al autor, y en el caso de no perseguir, con la pena inferior en uno o dos grados para la autoridad militar (legal o de facto) y siempre en dos grados para el superior que no es autoridad militar.

También se castiga, con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años, al funcionario o autoridad que sin ser superior jerárquico, y faltando a la obligación de su cargo, deje de promover la persecución de dichos delitos. Sin embargo, la imputación del delito cometido por el inferior al superior en los casos en que no se dieran los requisitos del artículo 11 podría resultar desproporcionada.

Por otra parte, aunque parezca que esta ha sido la interpretación de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, es claro que no se deriva del artículo 28 del Estatuto la necesidad de imputar el delito no impedido o no denunciado o perseguido en comisión por omisión castigándolo con la misma pena que el autor directo por acción del hecho, en especial cuando en el mismo precepto se recogen los casos de imprudencia de evidente menor gravedad que los dolosos, lo que deberá ser tenido en cuenta por el juez a la hora de establecer la pena de acuerdo con el artículo 78 del Estatuto,<sup>83</sup> sino solo la obligación de castigar la inactividad del superior.

---

<sup>83</sup> Commentary on the Rome Statute, 1999, p. 567, marg. 27—propone una atenuación de la pena para los supuestos de imprudencia con apoyo en el artículo 78.

### 3.1.7. Relevancia de la obediencia debida.

La obediencia debida ha desaparecido como eximente autónoma en el nuevo Código Penal, y estos supuestos han pasado a englobarse en la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, del número 7º del artículo 20 del CP. Para que el cumplimiento legítimo del deber de obediencia, sea a una orden o a una disposición legal, sea considerado una causa de justificación comprendida en el artículo 20.7º, el deber de obedecer ha de ser de rango superior o igual al deber de abstenerse de realizar la acción prohibida, la conducta no debe implicar un grave atentado contra la dignidad humana y el sujeto debe actuar con la conciencia y voluntad de cumplir con el deber de obediencia.<sup>84</sup>

Es preciso además que exista una relación jerárquica reconocida por el derecho entre el que manda y el que obedece y que haya existido una orden —no basta un mero consejo o indicación—. Como se ha mencionado, la doctrina entiende, que las órdenes manifiestamente antijurídicas no son obligatorias y por lo tanto no pueden actuar como eximente. La Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece en su artículo 5.1º d:

En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.

En el Código Penal Militar de 1985, se declara en el artículo 21:

No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

Aparentemente estos preceptos excluyen la obligatoriedad de las órdenes manifiesta o evidentemente antijurídicas, lo que bastaría para excluir la aplicación de la eximente a quien ejecutó la orden de cometer cualquier crimen de los recogidos en el Estatuto.

Pero la doctrina va más allá, y puesto que tanto los funcionarios civiles como los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado forman parte sin duda de la Administración y están por lo tanto sujetos a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, les es aplicable a sus actos lo dispuesto en su artículo 62.1 d, que determina la nulidad de todo acto administrativo cuyo contenido constituya una infracción penal, y las órdenes nulas tampoco son obligatorias. Por lo tanto, en el ordenamiento español la orden de cometer una acción u omisión típica y antijurídica carece siempre de obligatoriedad y, en consecuencia, su obediencia no estará amparada por el ejercicio legítimo de un deber.

---

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1942 (Ar. 67); Cerezo Mir, Curso de derecho penal español, II, p. 304; J. J. Queralt, La obediencia debida en el Código Penal, pp. 443 y ss.; Córdoba Roda, Las eximentes incompletas en el Código Penal, 1966, p. 384.

A pesar de ello, la Ley Orgánica de modificación del Código Penal excluye expresamente, en un nuevo artículo 616 bis, la aplicación del artículo 20.7º del Código Penal a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en un genocidio.

### **3.1.8. Relevancia de la conducta realizada en legítima defensa.**

La eximente de legítima defensa está recogida en el artículo 20.4º del Código Penal. La regulación española recoge, igual que el Estatuto, las exigencias de ataque inminente e ilícito. No está tan claro que la exigencia de proporcionalidad entre la fuerza empleada para repeler el ataque y el peligro que amenazaba al bien defendido se corresponda con la exigencia de necesidad racional del medio empleado del Código Penal, si en aquella se quiere incluir la exigencia de proporcionalidad entre el mal causado en la reacción defensiva y el que trataba de causar la agresión ilícita. El requisito del CP español parece más bien que exige proporcionalidad entre el peligro que amenaza y el medio necesario para repelerlo o impedirlo, en el sentido de que debe elegirse el medio menos lesivo suficiente para evitar o repeler la agresión, pero no entre el mal causado con la reacción defensiva y el que iba a producir la agresión ilegítima. Sin embargo, esta segunda postura, frecuente en autores alemanes, es la interpretación seguida mayoritariamente por la doctrina y por el Tribunal Supremo también en España.<sup>85</sup> La limitación de los bienes susceptibles de legítima defensa recogida en el artículo 31.1 c no encuentra reflejo en el ordenamiento jurídico español, pero dada la gravedad de los delitos cometidos podría entenderse implícita en la exigencia de proporcionalidad.

### **3.1.9. Edad mínima para la posibilidad de castigo por crímenes internacionales.**

Según el artículo 19 del Código Penal español los menores de 18 años no son considerados inimputables, sino simplemente excluidos del derecho penal de los adultos y sometidos a la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores,<sup>86</sup> aplicable a mayores de 14 y menores de 18. No se produce ninguna fricción con lo regulado en el Estatuto de Roma, pues su artículo 26 no establece una regla de derecho internacional específica sobre la cuestión de la responsabilidad penal juvenil, sino que solamente excluye para este grupo de personas la jurisdicción de la CPI porque el Estatuto no contiene regulación separada del proceso y las sanciones para el enjuiciamiento de jóvenes, pero ello no impide enjuiciar a menores de 18 años según el derecho nacional, es decir, según la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor.

---

<sup>85</sup> Véanse los autores y sentencias citados por Cerezo Mir, Curso de derecho penal español, II, p. 235, nota 113.

<sup>86</sup> BOE nº 11 de 13 de enero. Esta ley entró en vigor el 13 de enero de 2001.

### **3.1.10. Relevancia de inmunidades internacionales o de derecho constitucional para la persecución de crímenes internacionales.**

El derecho español distingue los siguientes conceptos: – inviolabilidad: exención de responsabilidad criminal para ciertas personas, de carácter general o por los actos realizados en el desempeño de su cargo; pertenece al derecho penal material; – inmunidad: imposibilidad de detención, inculpación o procesamiento salvo cuando se den determinados requisitos; se trata de un privilegio de carácter procesal; – fueros especiales: derecho a ser juzgado por un tribunal de superior categoría; se trata de un privilegio de carácter procesal.

La Constitución española declara inviolable al rey como jefe del Estado, y como se explicó, el Consejo de Estado ha interpretado esta inviolabilidad como exclusivamente material, es decir, ligada no a la persona del monarca sino a los actos realizados en el ejercicio de su cargo. Los diputados y senadores gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 71.1 de la Constitución Española).

Por lo tanto, fuera del ejercicio de sus funciones, sea porque en ese momento no están actuando en el ejercicio de sus funciones o porque se han excedido de los límites del ejercicio legítimo de su cargo, por ejemplo, en el caso de comisión de un crimen de genocidio, son plenamente responsables, pero en tales casos gozan de inmunidad personal, concretada en los privilegios procesales de no poder ser detenido salvo en caso de flagrante delito, no poder ser inculpado ni procesado sin la autorización de la Cámara respectiva —suplicatorio— (artículos 71.2 de la CE, 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado) y deben ser juzgados por el Tribunal Supremo mientras mantengan su cargo (artículos 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado).

El presidente del Gobierno y los ministros gozan de un fuero especial, pues deben ser juzgados por el Tribunal Supremo (artículo 102 de la CE). Si a la vez son diputados o senadores gozarán de la inviolabilidad e inmunidad de estos.

Por lo tanto, no puede encontrarse en el derecho español ningún reconocimiento a la irresponsabilidad penal en razón del cargo por la comisión de un delito internacional.



### **3.1.11. Reglas de prescripción para los crímenes internacionales.**

El artículo 130, números 5º y 6º del CP español declara que la responsabilidad criminal se extingue por la prescripción del delito y por la prescripción de la pena. Los plazos de prescripción se encuentran en los artículos 131 y 133, que así mismo declaran la imprescriptibilidad del delito de genocidio y de su pena.

### **3.1.12. Relevancia de amnistías e indultos para la persecución de crímenes internacionales.**

La legislación española no contempla la amnistía, pero sí el indulto<sup>87</sup> particular como causa de extinción de la responsabilidad criminal, en el artículo 130.3º del CP.<sup>88</sup> Su regulación está contenida en el artículo 62 de la Constitución Española, que excluye la posibilidad de indultos generales en el derecho español, y en la Ley Provisional estableciendo Reglas para el Ejercicio del Derecho de Gracia de Indulto (LI), de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por ley 1/1988, de 14 de enero. No pueden ser indultados los reincidentes, salvo circunstancias excepcionales (artículos 1 y 2 de la LI), ni el presidente, ni los miembros del gobierno (artículo 102.3 de la CE).

---

<sup>87</sup> La amnistía consiste en una “derogación transitoria de la Ley” mediante la que a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de ninguno nuevo por los hechos que caen en la órbita de la amnistía, mientras que mediante el indulto, que puede ser individual o general, se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta, y presupone, por tanto, al contrario que la amnistía, una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes penales —Gracia Martín, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español, 2000, pp 281-282.

<sup>88</sup> En la Ley Orgánica de Modificación del Código Penal pasa a ser el punto 4º.

### **3.1.13. Relevancia de la prohibición de retroactividad de la ley.**

El principio de irretroactividad de la ley penal (salvo en caso de ley más favorable) está recogido en los artículos 25 de la Constitución española y 2 del CP, respectivamente.

Artículo 25 de la Constitución Española:

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según las leyes vigentes en aquel momento.

Artículo 2 del Código Penal:

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.

### **3.1.14. Relevancia del principio *ne bis in idem***

El principio *ne bis in idem* se encuentra recogido, según la opinión del Tribunal Constitucional, en el artículo 25.1 de la Constitución Española por ir íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad.<sup>89</sup>

En la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, establece en su artículo 5:

Las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por este a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional.

Es decir, acepta un nuevo enjuiciamiento en caso de nueva calificación jurídica que abarque elementos de lo injusto que no han sido comprendidos por el tipo del delito ordinario.

---

<sup>89</sup> Véase las sentencias del TC de 30 de enero de 1981 y de 3 de octubre de 1983. El TC invocó a favor de su argumentación los trabajos de elaboración del texto de la Constitución en el Congreso, en los que se renunció a incluir de forma expresa el principio *ne bis in idem* en el artículo 9 por considerarlo incluido ya en el principio de legalidad y tipicidad recogido en el artículo 25. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del principio *ne bis in idem* véase Pérez Manzano, La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*, 2002.

## 3.2. Casos prácticos de Genocidio juzgados en España.

### 3.2.1. Argentina y Chile

La primera aplicación del principio de justicia universal en España la constituyen los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los juzgados centrales de instrucción nº 5 y 6 de la Audiencia Nacional en los sumarios iniciados a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena.<sup>90</sup>

El 16 de octubre de 1998 se admitió a trámite la querrela presentada por la Unión Progresista de Fiscales contra Augusto Pinochet y otros acusados por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas, dentro del sumario 19/97 pieza III relativa al denominado Plan Cóndor. En la misma fecha el juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 Baltasar Garzón dictó auto de prisión y orden internacional de detención contra Augusto Pinochet Ugarte, que se encontraba en Londres en visita privada. Un juez británico cumplimentó la orden de detención y Pinochet fue arrestado por la policía británica.

El 18 de octubre se ampliaron el auto de prisión y la orden de detención. El 20 de noviembre de 1998 el Juzgado Central de Instrucción nº 6, que llevaba el proceso contra la dictadura argentina (sumario 1/98), se inhibió en favor del nº 5 por la conexidad entre ambas causas, que quedaron unidas en una sola (el sumario 19/97, pieza III).

El 28 de octubre la Alta Corte de Justicia británica invalidó la orden de detención alegando la inmunidad de Pinochet. El Ministerio Público británico recurrió y el caso pasó a la Cámara de los Lores. El 3 de noviembre se propuso al Gobierno la extradición de Pinochet. Entretanto el Ministerio Fiscal había recurrido la decisión del juez Garzón y el asunto fue dirimido por el pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, que los días 4 y 5 de noviembre dictó sendos autos en los que reconoció la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile.

La decisión interpreta que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional.

Para evitar la impunidad de quien lo comete, y por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, la Audiencia estima que la interpretación del delito de genocidio se haga de manera que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino, simplemente, “grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”.

---

<sup>90</sup> Comas de Arguemir, “La aplicación judicial del principio de justicia universal en España”, en El principio de justicia universal, 2001, p. 174

Aunque con menor argumentación acepta también la competencia para juzgar a Pinochet por los delitos de terrorismo y torturas.

El día 6 el Gobierno español endosó la petición de extradición formulada por Garzón. El 25 de noviembre la Cámara de los Lores decidió que Pinochet no podía acogerse al privilegio de la inmunidad.

El 9 de diciembre el ministro del Interior británico dio luz verde al proceso de extradición. El 10 de diciembre Garzón dictó auto de procesamiento contra Pinochet. El voluminoso auto de procesamiento relata de forma pormenorizada la dictadura chilena desde que el dictador encabezó el golpe militar del 11 de septiembre de 1973. El auto recoge la “feroz represión contra la vida, seguridad y libertad de las personas y sus patrimonios”, con más de 300.000 personas privadas de libertad, más de 100.000 expulsados o exiliados, casi 5.000 muertos y desaparecidos y más de 50.000 torturados, y la relaciona con otras dictaduras latinoamericanas mediante el Plan Cóndor.

El 24 de marzo de 1999, la Cámara de los Lores retiró definitivamente a Pinochet la inmunidad, pero limitó el objeto de la extradición a los delitos de torturas cometidos a partir del 29 de septiembre de 1988, fecha en que el Reino Unido suscribió el Convenio contra la Tortura. Garzón respondió con otros dos autos en los que amplió el procesamiento a 130 delitos de torturas cometidos a partir de la citada fecha.

El 15 de abril el ministro británico Straw autorizó la extradición. La defensa de Pinochet recurrió la decisión. Entretanto, el gobierno chileno anunció su intención de llevar ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya sus diferencias con el Reino de España en la interpretación de la Convención contra la Tortura. Esta solicitud no llegó a presentarse,<sup>91</sup> pero se intentó negociar una solución política a través del arbitraje, lo que tampoco habría sido posible por conculcar el principio de independencia judicial. Chile reclamó en un primer momento la jurisdicción sobre el caso y después solicitó la liberación del dictador por razones humanitarias.

En noviembre, el ministro del Interior británico ofreció a Pinochet la realización de exámenes médicos para ver si su salud le permitía afrontar la extradición. Los exámenes se realizaron el 5 de enero de 2000 y seis días después los médicos británicos elaboraron un informe, cubierto por el secreto, en el que concluyeron que el ex dictador no estaba en condiciones de afrontar el juicio.

---

<sup>91</sup> En contra de esta posibilidad, Gimbernat Ordeig, “Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pinochet”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 59 y ss.

Bélgica y seis organizaciones humanitarias, entre ellas Amnistía Internacional, recurrieron el secreto del informe médico, que finalmente se publicó. El 22 de febrero, los jueces español, francés, belga y suizo contestaron las conclusiones del informe médico, pero el ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España de Pinochet por encontrarse “gravemente enfermo”.

El proceso ha seguido su curso respecto de otros acusados. El 2 de noviembre de 1999 el juez Garzón dictó auto de procesamiento contra 98 argentinos —entre ellos los miembros de las juntas militares Jorge Videla, Emilio Massera y Leopoldo Galtieri; el ex gobernador de Tucumán Domingo Bussi y el ex jefe del Primer Cuerpo de Ejército argentino Guillermo Suárez Mason—. Las autoridades argentinas han impedido que los jueces de aquel país colaboren con la justicia española. El Ejecutivo argentino devolvió al juez español Baltasar Garzón la orden de detención y captura, previa a la solicitud de extradición de 48 militares, entre ellos los jefes de las juntas militares argentinas, que había sido dictada el 30 de diciembre de 2000.

La orden cursada por Garzón nunca fue remitida por la Cancillería argentina a su destinatario, el juez Gustavo Literas. Garzón dictó una providencia en la que solicitó la “ejecución inmediata de la orden”. Pero el presidente Fernando de la Rúa, por decreto 1581/2001, impidió la extradición ordenando rechazar las demandas de extradición por hechos ocurridos en territorio argentino o sometidos a la jurisdicción argentina. En cambio, nuestro país procedió al cumplimiento de las órdenes de Garzón y a la detención, el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba volver a Buenos Aires, del oficial argentino Ricardo Miguel Cavallo.

### **3.2.2. Caso Guatemala**

Es necesario detenerse en el caso Guatemala, porque el proceso ha dado lugar al primer pronunciamiento del Tribunal Supremo español sobre la competencia de los tribunales españoles en aplicación del principio de justicia universal.

El 2 de diciembre de 1999 doña Rigoberta Menchú Tum presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia y por reparto fue asignada al Juzgado nº 1. Los hechos denunciados se pretendían constitutivos de los delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, y fueron imputados conjunta e indistintamente a los generales Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejías Víctores, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente Fernando Romeo Lucas García y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército.

El Ministerio Fiscal solicitó el archivo de las actuaciones argumentando que España no es competente para conocer de los hechos, entre otras razones porque estos no son constitutivos de genocidio, ya que “de la denuncia interpuesta no se desprende el elemento subjetivo de destruir a un grupo nacional, étnico o religioso”.

El juez Guillermo Ruiz Polanco, en auto de 27 de marzo de 2000, desestimó la solicitud del fiscal, afirmó la competencia de su juzgado para conocer de los hechos bajo la calificación de genocidio y destacó que “de la detenida lectura de la extensa e intensa documentación presentada por los denunciadores se infiere con total claridad que los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor —y aun de originador— de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como a la eliminación de todo obstáculo ideológico —encarnado en sujetos individuales o colectivos— que pudiese representar un riesgo de fracaso de la prevalente finalidad genocida”.<sup>92</sup>

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y el juez lo desestimó por auto de 27 de abril. El auto fue recurrido en apelación ante la Sala, que en su auto de 13 de diciembre de 2000, ya comentado, rechazó la competencia de los tribunales españoles argumentando que “en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito”<sup>93</sup> y que “no se constata [...] que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar”<sup>94</sup> y por ello “el Pleno de la Sala no conceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el artículo 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal”.<sup>95</sup> El auto de la Audiencia fue recurrido en casación.

El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso, y en su sentencia de 25 de febrero de 2003, tras hacer una interpretación restrictiva del artículo 23.4 de la LOPJ, concluyó que, al no apreciarse ningún interés nacional español en relación directa con el delito de genocidio, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles, ni tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes, aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico, los tribunales españoles no tienen competencia con base en este delito.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> al contrario de lo que hizo el Pleno en los autos de 4 y 5 de noviembre, aquí el juez instructor sí que fundamenta la existencia de un delito de genocidio en su sentido auténtico. Se trata de la intención de eliminación de un grupo étnico: los mayas, y no importan las razones que animen a ello.

<sup>93</sup> Fundamento jurídico tercero.

<sup>94</sup> Fundamento jurídico cuarto.

<sup>95</sup> Fundamento jurídico quinto.

<sup>96</sup> Fundamento undécimo.

### 3.2.3. El asunto "Scilingo".<sup>97</sup>

El 15 de Noviembre de 2004 la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo dictó una nueva sentencia sobre el alcance de la jurisdicción universal en España. En esta oportunidad, en el asunto del ex marino argentino Adolfo Francisco Scilingo, acusado de actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y terrorismo cometidos en Argentina entre 1976 y 1983. Dicha sentencia reiteró, en lo esencial, una vez más, el criterio asumido en el caso "Guatemala", esto es, la necesidad de demostrar la existencia de un punto de conexión directo con los intereses nacionales españoles para la aplicación de la jurisdicción universal.

Dijo el Tribunal Supremo al respecto:

“En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede, como ha quedado dicho, contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales.”<sup>98</sup>

El Tribunal Supremo interpretó en la sentencia que tal conexión con los intereses de España ya existía en el asunto "Scilingo" y, en consecuencia, era dable aplicar las previsiones del Artículo 23 LOPJ. El presunto responsable de los crímenes se había presentado voluntariamente ante la justicia española tiempo atrás y algunas de las víctimas eran de nacionalidad española.

El pronunciamiento del Tribunal sostuvo que:

(...) en este caso [se refiere al Artículo 23] y respecto a los delitos de los que se acusa al recurrente, es compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, ya que los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, y si a ello añadimos que el presunto culpable se haya en territorio español, que existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina.

Es importante recordar ahora, como se expuso al inicio, que el Artículo 23 LOPJ no incluye el principio de "personalidad pasiva", es decir, aquel que autorizaría a iniciar un proceso judicial cuando un nacional español haya sido objeto de un crimen en el extranjero. Según la visión del Tribunal Supremo, la existencia de víctimas españolas demostraría que existe un "interés español" agraviado en el asunto y, por ende, habilitaría la aplicación de la jurisdicción universal en el caso.

Como ya se ha señalado en varias ocasiones, la exigencia de una conexión con el "interés nacional" de los estados desnaturaliza la jurisdicción universal, que sólo demanda la perpetración de ciertos crímenes que afectan al género humano en su conjunto.

---

<sup>97</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, No. de resolución: 1362/2004 de 15 de Noviembre de 2004, Ponente: Carlos Granados Pérez, Sentencia.

<sup>98</sup> Sentencia 1362/2004, Fundamentos de Derecho, sexto.

No obstante lo expuesto, en la sentencia sobre el fondo del asunto, dictada por la Audiencia Nacional el 19 de Abril de 2005, en la que se condenó a prisión a Adolfo Scilingo como autor responsable de delitos de lesa humanidad, se alude de manera tangencial en reiteradas oportunidades a la jurisdicción universal como una consecuencia obligada del carácter internacional de ciertos crímenes, pero sin referir en absoluto la necesidad de una "conexión española".

Es de esperar que esta última interpretación, más acorde con las obligaciones de España ante el derecho internacional, termine por imponerse y ponga fin a los vaivenes que desde el año 2000 han apartado a España de sus obligaciones convencionales en lo que al punto se refiere.

### **3.3. Los instrumentos de implementación del estatuto de la CPI en la legislación española.**

España firma el Estatuto de la Corte Penal Internacional el día siguiente a su adopción por la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas, es decir el 18 de julio de 1998 y lo ratifica el 4 de octubre de 2000, mediante la Ley Orgánica 6/2000. La adaptación de la legislación española a las exigencias del Estatuto de Roma se ha realizado principalmente mediante dos leyes orgánicas, una de reforma del Código Penal y otra de cooperación con la Corte Penal Internacional.

#### **3.3.1. Ley Orgánica de Reformas al Código Penal.**

En cuanto a las Reformas al Código Penal, las principales novedades que presenta, consisten en la incorporación de algunas figuras de crímenes de guerra, las cuales, por supuesto, omitiremos al no ser parte de los alcances de esta investigación. Dejando el delito de Genocidio en los términos ya analizados. En cuanto a la segunda Ley tenemos lo siguiente:

#### **3.3.2. Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional.**

La estructura de esta ley, comparable a la que se siguió en la ley orgánica 15/1994, de 1º de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, y en la ley orgánica 4/1 998, de 1º de julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, parte del presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto por lo que "la ley sólo regula aquellos aspectos orgánicos, procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto, evitando reproducir preceptos de éste que serían redundantes".



### **3.3.2.1. Reserva exclusiva del gobierno para activar la competencia de la Corte.**

Uno de los aspectos más importantes y polémicos de esta ley es el de la reserva en exclusiva al gobierno, para activar la competencia de la Corte. Así, la propia exposición de motivos declara:

La ley regula con particular cuidado el llamado “mecanismo de activación”, a través de la denuncia por España de una situación que podría ser de la competencia de la Corte, configurándose como una competencia exclusiva del Gobierno en razón a las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior.

De esta manera, el artículo 7, titulado “De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte”, establece:

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo a, y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.a del Estatuto.

Resulta criticable el hecho de que sea el gobierno quien asuma la competencia para interponer la denuncia ante la Corte, pues el ejercicio de la acción penal en España corresponde a los ciudadanos o al fiscal, por lo que debería haberse otorgado algún papel en esta materia al Ministerio Fiscal o a los tribunales previa denuncia o querrela de los ciudadanos. La decisión se argumenta en la intervención de diversas variables de política exterior.

Puede admitirse, que el gobierno o el Ministerio de Asuntos Exteriores sea el órgano competente para actuar en nombre de España en el ejercicio de sus competencias como Estado parte, pero es de lamentar, por ser contrario a los principios que inspiran el sistema judicial y derecho procesal español, que el gobierno o el Ministerio de Exteriores no se vean vinculados por el principio de legalidad en esta actuación<sup>99</sup> y puedan tomar en consideración para no denunciar variables políticas ajenas al interés de la justicia (y difícilmente compatibles con la obligación de luchar contra la impunidad, asumida al formar parte del Estatuto de Roma), pues si asumen el papel que en la legislación interna correspondería al fiscal como representante del Estado español, deberían de regirse por los mismos criterios que inspiran la actuación del fiscal y tener la obligación de denunciar cuando tuvieran noticia de un crimen de competencia de la Corte.

---

<sup>99</sup> Véase Gil Gil, “Informe sobre España”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (eds.), Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España, Montevideo, KAS – Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, pp. 364-365.

Debería haberse articulado un sistema que impidiera que los órganos políticos actuaran a su libre arbitrio en esta materia, cuando además han monopolizado el ejercicio de esta competencia, haciendo que la previa decisión del Ministerio Fiscal o de un órgano judicial obligara al gobierno a actuar en representación del Estado.

Esta regulación por la que el gobierno asume la competencia sobre lo que materialmente le correspondería al Ministerio Fiscal y al Poder Judicial, que podría sin embargo todavía defenderse con la excusa de la fuente internacional de las obligaciones y de la innegable creación de relaciones entre el Estado español y una organización internacional como es la Corte, no es, sin embargo, el aspecto más criticable de la ley, aunque contribuye a agravarlo.

### **3.3.2.2. Limitación del principio de Jurisdicción Universal española.**

El aspecto más polémico de esta ley radica en la limitación que introduce a la posibilidad de actuación de los jueces y fiscales españoles bajo el principio de jurisdicción universal recogido en el artículo 24 de la ley orgánica del Poder Judicial, yendo en algunos aspectos todavía más lejos que la interpretación de este principio hecha por el Tribunal Supremo en su sentencia en el caso Guatemala<sup>100</sup> y que ya ha creado jurisprudencia.<sup>101</sup>

El artículo 7.2 de la Ley de Cooperación dispone:

Quando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

Esta limitación de la capacidad de actuación que las leyes españolas otorgan a los jueces y fiscales ya no puede ampararse en el pretendido compromiso de las relaciones internacionales entre el Estado español y una organización internacional, pues se trata aquí del ejercicio de la jurisdicción interna conforme a las leyes españolas.

---

<sup>100</sup> Como ya vimos, recordemos que la citada sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 exigió la conexión de los hechos enjuiciados con un interés nacional como elemento legitimador de la competencia universal, en los supuestos en que dicha competencia no ha sido establecida en un tratado internacional.

<sup>101</sup> La decisión del caso Guatemala, a pesar de contar con el voto en contra de un amplio número de magistrados, ha sido acogida en sentencias posteriores, como por ej. el caso Gral. B-Chile, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004.

La considerable reducción de la capacidad de actuar del Poder Judicial conforme a los principios de justicia universal y de legalidad que así se establece responde únicamente al deseo del gobierno de evitar nuevos casos Pinochet por los posibles conflictos diplomáticos que estos puedan acarrear.

En principio no parece mal que se ceda la competencia a la Corte Penal Internacional en el entendimiento de que la competencia de un órgano internacional puede ser preferible a la nacional bajo el principio de justicia universal, para evitar tensiones, conflictos y presiones políticas, pero por otro lado tenemos que pensar que la Corte actúa con unos medios personales y materiales muy limitados y que por ello el principio de complementariedad está pensado no solo para proteger la soberanía de los Estados cuando estos reclaman la competencia por los principios de territorialidad o personalidad, sino también como mecanismo de colaboración en la tarea de impartir justicia ante la mencionada limitación de las posibilidades, no solo legales, sino prácticas, de actuación de la Corte.

Además, si unimos esta cesión de competencia al monopolio político de la interposición de la demanda, impidiendo al juez o fiscal que ha entendido que el supuesto puede ser competencia de la Corte dirigirse a ésta, y si además el gobierno no está tampoco obligado en tales casos a presentar la demanda, entiendo que se está eliminando el principio de legalidad que inspiraba hasta ahora el sistema procesal español. Si a ello unimos que el gobierno se atribuye expresamente la posibilidad de tener en cuenta consideraciones políticas para no denunciar entiendo que infringe sus obligaciones de lucha contra la impunidad de estos delitos como Estado parte en el Estatuto de Roma.

El compromiso adquirido por España al firmar y ratificar el Estatuto de luchar contra la impunidad de los crímenes en él contenidos y de cooperar con la Corte Penal Internacional exigiría, que la prohibición a los jueces y tribunales españoles de conocer de los delitos que pudieran ser competencia de la Corte fuera acompañada en esos supuestos de inhibición de los tribunales de la obligación del gobierno (puesto que se ha reservado tal facultad) de interponer la demanda correspondiente ante la Corte. Resulta evidentemente contradictorio con el compromiso de luchar contra el delito impedir que los jueces nacionales actúen y no activar tampoco en tales casos la competencia de la Corte.

Resulta además llamativo el hecho de que el legislador no haya reservado siquiera para la jurisdicción nacional los casos de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal en los que se vean afectados víctimas o intereses españoles, pues aunque el ordenamiento español no contempla el principio de personalidad pasiva, la lamentable decisión del Tribunal Supremo en el caso Guatemala, aunque limitó el principio de justicia universal, al menos dejó a salvo para los tribunales esos casos. Ahora, por el juego de la Ley de Cooperación y esta jurisprudencia, el principio de justicia universal se ve sumamente limitado.

Por un lado tenemos que si por la naturaleza del delito son competentes los tribunales españoles bajo el principio de justicia universal, no pueden sin embargo actuar, según el Tribunal Supremo (excepto en supuestos de crímenes de guerra, pues las Convenciones de Ginebra son las únicas que imponen el principio de justicia universal), salvo que haya víctimas españolas, pero ahora, según la Ley de Cooperación, aunque haya víctimas españolas tampoco podrán actuar si pudiera ser competente sobre el caso la Corte.

Por supuesto, hay que interpretar que será el juez español ante el que se interponga la denuncia el que determinará en un primer momento si la Corte es o no competente para juzgar los hechos y para ello tendrá en cuenta no solo la naturaleza del delito denunciado sino también los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito.<sup>102</sup>

El precepto fue tan criticado por la doctrina, las asociaciones de jueces y fiscales y las ONG, cuando se dio a conocer el proyecto, que el prelegislador se vio obligado a introducir un nuevo párrafo:

3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

Sin embargo, este párrafo no soluciona ni el incumplimiento de los deberes de España como Estado parte, ni la vulneración del principio de legalidad, sino que pretende dar una salida a la víctima ante la eventualidad de que la Corte no admita el asunto. La solución a este problema, no obstante, tampoco es convincente, pues no se establece un plazo de espera para entender que el Fiscal no ha acordado la apertura de la investigación.<sup>103</sup>

Dado el amplio volumen de informaciones que ha recibido el Fiscal hasta el momento, no debería exigirse a la víctima la respuesta expresa a la que hace referencia el punto 6 del artículo 15 del Estatuto para permitirle volver a la jurisdicción nacional sino que si, dado un plazo razonable, el Fiscal no ha procedido siquiera a realizar el examen preliminar destinado a analizar la veracidad de la información a la que se refiere este artículo, debería entenderse que los tribunales nacionales recuperan automáticamente la competencia en el entendimiento de que se cumple el requisito establecido en el artículo 7.3 de la Ley de Cooperación, de que el Fiscal no ha acordado la apertura de la investigación.

---

<sup>102</sup> La Corte no es competente si el delito se cometió antes de la entrada en vigor del Estatuto, ni tampoco si el Estado en cuyo territorio se cometió y aquél cuyo nacional lo cometió no son parte en el Estatuto ni dan su consentimiento.

<sup>103</sup> El art. 15 del Estatuto y la regla 104 de procedimiento y prueba establecen que el Fiscal analizará la veracidad de las informaciones recibidas antes de abrir una investigación, para lo cual podrá recabar más información de Estados y organizaciones. Si tras este examen preliminar entiende que no hay fundamento para una investigación informará de ello a quienes hubieran presentado la información. No se establece ningún plazo para iniciar ese examen preliminar.

### 3.3.2.3 .Entrega a la Corte

También se regula en la ley la entrega a la Corte de una persona reclamada por esta, lo que resulta imprescindible, pues el Estatuto no permite dictar sentencias en rebeldía. La exposición de motivos nos recuerda que los preceptos del Estatuto y de las reglas de procedimiento y prueba son muy minuciosos y concordantes con el derecho interno español, por lo que esta ley solo introduce los adecuados complementos, como por ejemplo, 1) la obligatoriedad de decretar la prisión provisional, como criterio general, con la excepción de la libertad provisional, aunque no se establece un automatismo riguroso que elimine por completo la facultad de apreciación por el juez interno, sino solamente que examine y valore las recomendaciones de la Corte, tal y como establece el artículo 59.4 del Estatuto, y 2) la limitación de los motivos de denegación de la solicitud, apartándose en esto de los modelos clásicos en materia de extradición, ya que ni siquiera la existencia de cosa juzgada puede impedir la entrega, sin perjuicio de la valoración que, en su caso, pueda efectuar la Corte.

Junto al núcleo básico de la cooperación, constituido por la entrega a la Corte, la ley regula también diversos aspectos del auxilio judicial internacional, aunque teniendo en cuenta la precisión del Estatuto en la regulación de una variada tipología de comisiones rogatorias y otras formas de cooperación, ha parecido suficiente prever en la norma interna española mínimos complementos procesales.

La ejecución de las sentencias de la Corte, tanto en relación a las penas principales como a las consecuencias accesorias y la reparación a las víctimas, es también objeto de regulación; de acuerdo con la misma técnica legislativa, se introducen desarrollos normativos mínimos y les son aplicables las normas generales y eventuales acuerdos con la Corte. A este respecto nos recuerda la exposición de motivo:

En lo que concierne a las penas privativas de libertad, España ha formulado al ratificar el Estatuto una declaración expresando la disposición a recibir en España personas condenadas por la Corte, para cumplimiento de la condena, bajo determinados límites temporales, de acuerdo con la habilitación concedida por la disposición adicional única de la ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

Sin embargo, esta aparente preocupación del legislador español por cumplir con el mandato de resocialización del artículo 25 de la Constitución española resulta bastante sorprendente tras las últimas reformas del Código Penal español impulsadas por el gobierno de Aznar, que han elevado el límite máximo de la pena de prisión a 40 años y endurecido las condiciones de acceso a la libertad condicional para determinados supuestos —entre ellos los delitos más graves de la criminalidad organizada, en los que se encontrarán generalmente los supuestos de crímenes de competencia de la Corte—, haciendo que algunos condenados lleguen a poder cumplir hasta 35 años de prisión efectiva sin acceso a la libertad condicional, lo que es considerado por una gran parte de la doctrina penalista una pena inhumana y que impide la resocialización.

Con ello llegamos a la paradoja de que el legislador español renuncia al cumplimiento de una pena de prisión perpetua que no tiene por qué ser inconstitucional si en su ejecución se garantiza la posibilidad de resocialización, como ocurre en algunos países del ámbito europeo en los que se establece una revisión con posibilidad de excarcelación a los 15 años y, en cambio, no encuentra problema en mantener privado de libertad a un condenado, sin ningún beneficio penitenciario durante, 35 años. La aparente preocupación del legislador por respetar el mandato constitucional de perseguir la resocialización del penado y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes se queda en un mero formalismo.

En el plano orgánico, la exposición de motivos dice que se mantiene la competencia de la Audiencia Nacional para la cooperación pasiva concerniente a la entrega a la Corte, y que son competentes los restantes órganos judiciales, sea para la cooperación activa, sea para ciertos aspectos de la pasiva, como son las comisiones rogatorias, actos de notificación y otras formas de cooperación.

En el orden político y administrativo, el Ministerio de Justicia es el órgano de relación con la Corte, sin perjuicio de tener que contar con el criterio del Ministerio de Asuntos Exteriores en los asuntos de su competencia.

Otro ejemplo de esta subordinación y limitación de la capacidad de actuación independiente de los tribunales es que incluso en los casos de conflicto de competencia con la Corte —que se van a limitar, dado lo previsto en el artículo 7, a los casos en que el autor sea español o los hechos se hayan cometido en España—, el gobierno no se obliga a mantener la competencia preferente de los tribunales españoles frente al Fiscal de la Corte, pues aunque la exposición de motivos dice lo contrario, lo cierto es que el texto del artículo 8 parece dar opción al Consejo de Ministros para que resuelva si sostiene o no la competencia de las autoridades españolas y si pide o no la inhibición al Fiscal de la Corte y, en todo caso, el gobierno no se obliga a recurrir las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares de mantener la competencia de la Corte, aun cuando el tribunal español competente quisiera seguir manteniendo su competencia.

Sin embargo, si bien el gobierno aparece en todos aquellos trámites que supongan la iniciación o prosecución del procedimiento excluyendo la competencia de los jueces y fiscales, en cambio, una vez en marcha el procedimiento desaparece de la escena y así se establece que:

La competencia para la entrega se residencia en el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, con un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal, con motivos tasados, tal y como está previsto en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el procedimiento abreviado. A diferencia del modelo que inspira la Ley de Extradición Pasiva de 1985, la intervención del Poder Ejecutivo es reducida, judicializándose todo el sistema y eliminándose las llamadas fases gubernativas, y dentro de esta fase judicial ahora única, se reducen los motivos de oposición a la solicitud de entrega.

## **Comentarios**

Reiterando, la reforma del Código Penal español en este tema se ha realizado en otros delitos de carácter internacional, principalmente el de los crímenes de guerra, por lo demás, en cuanto al objeto materia de nuestro estudio se refiere, el estado de cosas se mantiene de acuerdo a lo que tenemos en la primera parte de este capítulo.

En cuanto a la Ley de Cooperación con la Corte, podemos afirmar que se trata de una ley que se diseña en base a la experiencia del gobierno español en el caso Pinochet y no de acuerdo a las medidas necesarias para que en la práctica posibilite una verdadera cooperación con este instrumento internacional, caracterizándose por el hecho de que el Ejecutivo asume tareas que por su naturaleza corresponden al Poder Judicial, dándose un excesivo control gubernamental, lo que contraviene las reglas generales del proceso penal español, en especial el principio de legalidad.

Se invierte el sistema de primacía de jurisdicciones y renuncia, en gran medida, al principio de complementariedad. Se limita en exceso el principio de justicia universal, incluso más allá de lo establecido por el Tribunal Supremo en el caso Guatemala, con desatención incluso de los supuestos de víctimas e intereses españoles.

El resultado de la creación de esta Ley de Cooperación nos lleva inevitablemente, no por el tipo de implementación llevado a cabo (dualista), sino por el contenido de la misma, a una Ausencia de compromiso por parte de éste país, para el cumplimiento de sus obligaciones de lucha contra la impunidad, como parte en el Estatuto.

#### **4. EL GENOCIDIO A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA, REFORMAS JURÍDICAS NECESARIAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN MÉXICO.**

Como se ha visto a lo largo de la presente investigación el problema del genocidio puede ser analizado desde diversas perspectivas, desde la óptica Internacional, en donde primeramente se concibe bajo los principios tradicionales de Derecho Internacional para posteriormente adquirir forma legal mediante su tipificación en los diversos instrumentos internacionales tales como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio y el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, entre muchas otras.

Por otro lado, el enfoque nacional ofrece la posibilidad de realizar un estudio de este delito en base a los compromisos adquiridos por México en el plano internacional, mediante la firma y ratificación de los diferentes Convenios suscritos por nuestro país en este rubro, o bien desde la perspectiva estricta de la jurisdicción del derecho nacional.

En este contexto, es preciso destacar que el genocidio es un delito de naturaleza Internacional, de ahí que una correcta conceptualización del término tiene que ver con los principios de derecho internacional que le son inherentes.

Sin embargo, como ya lo hemos comentado, derivado de los compromisos asumidos por nuestro país ante la comunidad de naciones, en el año de 1966 se modifica el Código Penal Federal mexicano a efecto de incorporar al ámbito normativo nacional el delito de genocidio, aún cuando como lo analizaremos más adelante, no en los términos concebidos en los instrumentos internacionales.

Así, si bien el genocidio es un delito nacional previsto y sancionado por el artículo 149 bis del Código Penal, sus elementos interpretativos deberían, aunque no sucede este modo en nuestro país, extraerse de la normatividad y los principios internacionales aplicables a los delitos de ésta naturaleza, como a continuación se describe.



#### 4.1. El delito de genocidio desde la perspectiva del Derecho Internacional.

El Dr. Carlos Castresana<sup>104</sup> expresa que para establecer la línea divisoria entre el derecho internacional y el derecho doméstico es importante delimitar como se forman las normas jurídicas, es decir como nace el derecho interno y como nace el derecho internacional, al respecto señala lo siguiente:

“El derecho nacional normalmente se incorpora al ordenamiento jurídico como consecuencia de un acto de poder, es el Poder Legislativo, el que dicta una norma, una norma escrita y como consecuencia de la entrada en vigor de esa norma, se produce una práctica de aplicación de ese precepto, el derecho internacional, desde tiempo inmemorial suele nacer en la dirección contraria, primero se produce una práctica, esa práctica se va extendiendo, los estados a partir de cierto momento empiezan a considerar que esa práctica es vinculante y por lo tanto, por la vía del derecho consuetudinario internacional, se van estableciendo reglas que sólo cuando ya se ha conseguido un consenso suficiente terminan por incorporarse a los instrumentos jurídicos internacionales, suele ser primero la costumbre jurídica, el derecho consuetudinario internacional y sólo cuando hay casi unanimidad en el contexto de las comunidades internacionales, eso suele traducirse en escrito, en instrumentos jurídicos, llamémosle tratados, convenciones, convenios, etcétera.

¿Eso qué supone? Supone que estos órdenes jurídicos que tienen una manera razonablemente diferente de nacer, tienen que coexistir, porque dentro de los diferentes países está vigente, exactamente igual que ustedes entienden que en un determinado territorio está vigente la ley del estado y además la Ley Federal, hay un tercer nivel que es la Ley Internacional que igualmente está vigente”.

En este orden de ideas, una vez que existe la certeza de la vigencia del derecho internacional en los diferentes países, según el mismo autor existen normas de diversa naturaleza dentro del derecho internacional<sup>105</sup>, no todas tienen la misma fuerza, ni tienen la misma vigencia, algunas son de carácter político, diplomático, algunas regulan las relaciones económicas entre dos estados y sólo una pequeña parte se refiere al Derecho Penal Internacional.

Normalmente de esas normas en general, su vigencia dentro de los estados nacionales depende de la ratificación del reconocimiento por parte del estado, que es el sujeto de derechos y deberes dentro de la comunidad internacional, el estado se adhiere a un determinado convenio, lo ratifica y a partir de ese momento, esas normas rigen en el territorio de ese estado, algunas veces no basta incluso la ratificación, es necesario además el desarrollo en el derecho interno de aquellos principios establecidos en el tratado para que las normas entren en vigor para los ciudadanos o en el territorio de determinado estado, pero por otra parte y al mismo tiempo.

---

<sup>104</sup> El Dr. Carlos Castresana, Fiscal Especial Anticorrupción en España, miembro de la Unión de Fiscales Democrática de España, es uno de los especialistas más connotados en Derecho Internacional, actualmente profesor invitado honorario en la Universidad de San Francisco California, Comisionado de Naciones Unidas para el caso de los asesinatos de mujeres en Ciudad

<sup>105</sup> Conferencia Magistral en el marco del II Foro Internacional sobre Genocidio y Prescripción convocado por el Grupo Parlamentarios del PRD del senado de la República y el Comité 68 Pro Libertades Democráticas en el Salón “Heberto Castillo”, el 8 de septiembre de 2004.

Dentro del derecho internacional, coexisten otras normas que son las denominadas "*Ius Cogens*", son el derecho duro, las normas básicas del orden internacional y el Derecho Penal Internacional, dentro del cual está contemplado en primera fila el Genocidio, en casi su totalidad se encuentra dentro de ese contexto.

Este tipo de normas no necesitan ratificación por los estados, no necesitan desarrollo en el derecho interno, porque son las estructuras, los cimientos sobre los que se asienta la comunidad y esas normas, son erga omnes, es decir están vigentes para todo el mundo, en todos los países del mundo y su vigencia no puede depender de la diligencia que las autoridades de un determinado estado hayan tenido para incorporar o no en su derecho interno no solamente las consecuencias de los instrumentos jurídicos internacionales, sino incluso las consecuencias de las costumbres internacionales y de los principios generales del derecho penal internacional.

Podemos afirmar entonces que el derecho penal internacional regula sólo las rupturas más graves del derecho internacional, haciendo una analogía de lo expuesto por el Dr. Castresana tenemos que así como en el derecho doméstico, el derecho penal es la última posibilidad del estado para imponer un orden jurídico y por lo tanto se reduce a aquellas conductas más gravemente atentatorias contra el orden social que deben ser perseguidas, en el derecho penal internacional funciona exactamente igual.

Sólo las más graves de la ruptura del orden jurídico internacional son consideradas crímenes internacionales. ¿Cuál es el problema del derecho penal internacional? Es que es un derecho que en buena parte de sus reglas no alcanza, hasta después de muchos años de evolución, la categoría de derecho escrito, no se incorpora, hasta hace poco en los tratados porque los estados, por razones políticas, por razones económicas o por razones diplomáticas muchas veces son renuentes a poner por escrito aquello a lo que se comprometen.

El derecho penal internacional, por lo tanto es como un Código Penal del mundo el derecho que establece qué conductas violan las normas más elementales de convivencia en la comunidad internacional y por lo tanto deben ser perseguidas uniformemente y ese es el compromiso de los estados en toda la comunidad internacional.

Son, en general, en su mayor parte, por lo tanto, normas de "*Ius Cogens*" que rigen con independencia de lo que al respecto diga o deje de decir el derecho interno; son normas que proceden, en su mayor parte, de la evolución de la costumbre internacional en el sentido de aquello que se conoce como las naciones civilizadas en lo que consideran que está prohibido por el conjunto de la comunidad internacional, que nace a finales del siglo XIX, que se desarrolla a lo largo de toda la primera mitad del siglo XX y que sólo a partir de 1945 es cuando se consigue empezar a poner por escrito, como consecuencia de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, pero que es un derecho que en la mayor parte de los casos, pertenece a ese orden consuetudinario que va incorporándose como reglas

vigentes en todo el mundo por consenso entre los estados, y cuyo contenido, por lo tanto es difícil encontrar antes de 1945 en textos escritos, en convenios internacionales si es necesario ir a buscar en el derecho consuetudinario, en ese derecho que no está escrito y que sólo se escribe cuando los tribunales de justicia lo aplican o cuando la Asamblea General de Naciones Unidas lo pone en práctica al aprobar una determinada resolución como los dos mecanismos fundamentales donde conseguimos hacer la foto a normas que en su principio, en su origen, no están escritas, es un derecho que se desarrolla también en el terreno de los principios, porque hay una serie de conductas que, atentan al orden más básico de la comunidad internacional y es en el terreno de los principios generales del derecho donde se va produciendo.

Bajo este contexto y no nos extenderemos en este punto debido a que nos llevaría en dirección opuesta al tema que nos ocupa, se puede entender que desde la perspectiva del derecho internacional el delito de genocidio como una norma "*ius Cogens*" no necesitaría siquiera de la ratificación de nuestro país al Estatuto de Roma para perseguirlo de manera en que se encuentra tipificado en los diversos instrumentos internacionales, debido a que su vigencia no dependería de lo que tuviera que decir el ordenamiento jurídico interno, sin embargo, en nuestro país, la tendencia actual global de que el derecho internacional humanitario o penal debe privar sobre el derecho interno aún no ha permeado lo suficiente para llevarlo a la práctica.

Tal como lo ilustra el Juez Segundo de Distrito, José César Flores Rodríguez, al desechar la acusación por probable genocidio en contra del ex presidente Luis Echeverría y 10 coacusados al señalar en su resolutive "que la Constitución está por encima de cualquier tratado internacional y que ninguno de éstos puede aplicarse de forma retroactiva o excepcional",

El Juez determinó que el delito estaba prescrito, si el delito no hubiera estado prescrito, podría haber alegado que el delito no se tipifica como genocidio porque no opera para un grupo nacional, étnico o religioso, etc. El Juez evidentemente no invocó en este caso los principios "*ius Cogens*" citados, sino que se circunscribe únicamente al marco jurídico interno.

Por si esto fuera poco, la única tesis jurisprudencial que existe en nuestro país en materia de cómo se acopla el derecho internacional de los derechos humanos en la legislación interna dice que "Los Tratados y Convenios firmados por el Ejecutivo y ratificados por el senado y publicados en el Diario Oficial de la Federación de acuerdo al artículo 133 de la Constitución, son Ley Suprema de la Nación y están por encima de las Leyes secundarias, pero por debajo de la Constitución".

Sobre este texto plasmado en el 133 constitucional, apunta Felipe Tena Ramírez, que nuestra constitución adopta la tesis monista<sup>106</sup> dando prioridad al derecho interno.<sup>107</sup> Asimismo, califica al artículo 133 de nuestra carta magna como “un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema Jurídico” y “consagra una defensa subsidiaria de la Constitución al imponer a los jueces locales la obligación de no aplicar las leyes que estén en pugna con la Constitución”.

En resumidas cuentas, al referirse dicho precepto a “las leyes y tratados constitucionales”, lo hace todavía más impreciso. Finalmente, a la conclusión que llega es que, una vez que dichas leyes y tratados estén de conformidad con la constitución, prevalecerán sobre leyes inconstitucionales, y es entonces, que gozarán de la superioridad establecida en los términos del artículo 133 de la Constitución mexicana. En consecuencia, la vigencia y aplicabilidad de los tratados internacionales, únicamente surte efecto cuando éstos están de acuerdo con la Constitución.

Por consiguiente, al momento de llevar a cabo actos conducentes a la adopción de un tratado internacional, o como es el caso del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional aún cuando ya se encuentra ratificado y aprobado, se deberían analizar con detalle si las leyes contenidas en dicho Estatuto se contraponen o no al derecho interno del estado mexicano. De ahí, la importancia y la necesidad de que se estudie de manera adecuada la problemática que plantea el Estatuto para ajustar la legislación nacional a los principios generales del propio Estatuto.

#### **4.2. Disposiciones constitucionales con referencia al delito de genocidio Incompatibles con el Estatuto de Roma.**

A continuación se procede a realizar un análisis integral de cada una de las disposiciones del Estatuto de Roma y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que podrían presentar dificultades a la hora de incorporar el primero a nuestra legislación. Comenzaremos por una revisión del estado que guardan los Tratados Internacionales (como única fuente de Derecho Internacional) en la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico, posteriormente verificaremos la legislación existente en nuestro país con referencia al crimen de genocidio, específicamente el art. 149 Bis del Código Penal y el Tipo reflejado en el Estatuto de Roma, siendo la única Ley secundaria que analizaremos para los efectos y objetivos que se persiguen en la presente investigación, para posteriormente continuar con el análisis del texto constitucional.

---

<sup>106</sup> La tesis monista es aquella que establece que no es necesario realizar un acto de incorporación del derecho internacional al derecho interno, pues se aduce que ambas ramas forman parte de un mismo sistema jurídico. Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta, *jerarquía entre leyes federales y tratados*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 8, México, 2001. p. 236.

<sup>107</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 24 edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p.41.

#### **4.2.1. La jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano.**

En primer lugar ha de señalarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 133, lo siguiente:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Este artículo ha sido interpretado en múltiples ocasiones y de diversas maneras por el Poder Judicial de la Federación, no obstante, todos los tribunales coinciden en que la última parte del referido precepto, contiene el denominado principio de supremacía constitucional. Así se desprende por ejemplo, de la tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de rubro “Tratados Internacionales, El Artículo 133 Constitucional, no establece su observancia preferente sobre las Leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución Federal” que en el correspondiente párrafo señala que la última parte del artículo 133 constitucional, contiene el principio de la supremacía de la Constitución Federal.

La Suprema Corte de la Nación siempre ha reconocido a los tratados internacionales que cumplen con los requisitos del artículo 133 constitucional, como normas internas de nuestro orden jurídico: las discrepancias son acerca de si los tratados internacionales tienen una jerarquía superior o no a las leyes federales.

Así, nuestro máximo tribunal había sostenido que “no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso” y que puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados no da a estos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión, emanadas de esta Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.

Basándose en estas tesis, en noviembre de 1992, el pleno de la Suprema corte de Justicia resolvió lo siguiente:

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanan de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley y viceversa.

Para muchos expertos estas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resultaron ser erradas y simplistas. La conclusión a la que también se llegaba era que no podía otorgársele una jerarquía superior a las leyes federales sobre las locales, ya que esto contradice varios artículos constitucionales y rompe la estructura del Estado federal que construye nuestra Constitución.

En función de esto, en 1999 la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece una nueva tesis respecto a esta materia en la cual se procura corregir los criterios tradicionales y erróneos sostenidos. Así puntualmente aclara:

Los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal.

De la lectura del artículo 133 Constitucional, y de las Tesis de los Tribunales Federales, así como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se advierte que son dos los principios que en él se recogen.

- a) La Constitución Federal es la Ley primaria o Ley Fundamental.
- b) Todas las demás disposiciones en su expedición y aplicación, deben ajustarse a esa norma fundamental, esto es, deben ser constitucionales.

#### **4.2.2. Recepción del genocidio en la legislación mexicana.**

México ratificó el 22 de julio de 1952 la Convención para Prevenir y Sancionar el delito de Genocidio, que entró en vigor el 22 de octubre de ese mismo año<sup>108</sup> Posteriormente y en cumplimiento de lo señalado por el artículo IV de la Convención, el tipo penal de genocidio fue incluido en el Código Penal Federal (CPF), en el título tercero y dicha adición entró en vigor el 23 de enero de 1967.<sup>109</sup> De tal forma, el artículo 149 bis de la legislación citada señala:

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 a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis 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.

---

<sup>108</sup> Según el Diario Oficial de la Federación, de fecha 11 de octubre de 1952.

<sup>109</sup> La adición se aprobó el 19 de noviembre de 1966 y fue publicada en el DOF el 30 de enero de 1967. Rafael Ruiz Harrel, Código Penal histórico, INACIPE, México, 2002, p. 89.

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 fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y los 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.

Desde el momento en que la legislación penal mexicana reconoce el tipo penal del genocidio, no se ha verificado en México un solo procedimiento penal por este delito, con excepción hecha de la opinión que el Poder Judicial de la Federación emitió a través del titular del Juzgado Sexto de Distrito en Procesos Penales Federales con sede en el Distrito Federal, Jesús Guadalupe Luna Altamirano, en virtud de la solicitud de extradición del ciudadano argentino Miguel Ángel Cavallo, realizada por España, al considerarlo probable responsable de los delitos de genocidio, tortura y terrorismo. La trascendencia de esta opinión consultiva no radica en que haya decidido sobre el fondo del asunto, donde se alega la realización de un hecho genocida, sino en que es la primera vez que un Tribunal de la Federación tiene que reflexionar sobre la regulación de este delito en México, sentando probablemente las bases para casos futuros.

## Tipo

Histórica y conceptualmente el delito de genocidio estuvo estrechamente ligado a los llamados "Crímenes contra la humanidad". Jiménez de Asúa le considera como hijo de la 2da Guerra Mundial y subraya que formó parte de los crímenes contra la humanidad, aunque se desgajó de éstos con vida propia en virtud de las disposiciones de la Organización de las Naciones Unidas; Miaja de la Muela comentó que "...cualquiera que sean las diferencias que ocasionalmente hayan resultado en cuanto al contenido del genocidio respecto al crimen contra la humanidad, existe una común naturaleza entre las acciones incriminadas dentro de estos dos tipos";<sup>110</sup>. Esta filiación se hace muy evidente en la actual estructura del Código Penal Federal, ya que el genocidio es un capítulo del título relativo a los "Delitos contra la humanidad" o, dicho de otra manera, es una especie de un concepto genérico.

---

<sup>110</sup> "El genocidio, delito internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. IV, No. 2, 1951, p. 393.

En el párrafo primero del artículo 149 Bis del Código Penal Federal dice que comete 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..." en este enunciado se puede apreciar claramente el elemento subjetivo del genocidio, que ya hemos analizado detalladamente en el capítulo dos, manifestado en la frase "el que con el propósito", sin embargo lo que no se encuentra tan claro es el fin u objeto al que está dirigido dicho propósito destructivo "a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso". La primer duda que aquí se presenta es la de precisar a que se refiere la frase "uno o más grupos nacionales" La Convención de 1948 en la que se inspiró indudablemente el artículo 149 bis hacía referencia a "...un grupo nacional..." (art.II), en tanto que en nuestro Código Penal abarca "...uno o más grupos nacionales...".

La frase "...un grupo nacional..." o "...uno o más grupos nacionales..." se refiere a la pluralidad de seres humanos que en la nación forman un conjunto material o mentalmente considerado, esto es, a un grupo de personas que en la nación tienen opiniones iguales o semejantes, descartando aquí los vínculos étnicos, raciales o religiosos que si se encuentran mencionados expresamente en la descripción típica del artículo 149 bis.

De esta manera podríamos entender como, grupos nacionales, los agrupamientos políticos, económicos y laborales, pues son notorias sus características de conjuntos nacionales.

Sin embargo, como pudimos apreciar en el capítulo dedicado a estudiar la naturaleza del genocidio, en la redacción definitiva del precepto sobre genocidio de la Convención de las Naciones Unidas al igual que del Estatuto de Roma quedaron expresamente eliminados los grupos políticos con el objeto de que ambos instrumentos fueran firmados y ratificados por el mayor número de países posibles, sin embargo esta exclusión no es en manera alguna vinculante a nuestra legislación, debido a que la misma se rige, tradicionalmente, por lo que es la interpretación lógica y jurídica de nuestras leyes, en este caso a la descripción del artículo 149 bis y no por los precedentes y acuerdos Internacionales celebrados por México, una interpretación del citado artículo pone de manifiesto, como anteriormente hemos indicado, que los grupos políticos, económicos y sociales existentes en México, son grupos nacionales y, por ende, encuadrables en la descripción típica.

Cuando el citado artículo, exige que la esterilización de los miembros del grupo sea realizada en forma masiva, se incluye un elemento que no se encuentra en la redacción del tipo en el Estatuto de Roma y que sin lugar a dudas reduce sustancialmente el número de actos que pueden ser contemplados en el Tipo correspondiente. De la misma forma, el artículo 149 bis exige como elemento subjetivo que la esterilización masiva se dirija a impedir nacimientos en el seno del grupo y no a su destrucción total o parcial, como es originalmente contemplado en los diferentes Instrumentos Jurídicos Internacionales, lo cual podría dar lugar a interpretaciones poco apegadas al sentido originario.



El artículo 149 bis contempla primordialmente el genocidio físico, esto es, el de quien para destruir total o parcialmente los grupos humanos que han quedado expuesto, "...perpetrase por cualquier medio, delitos contra la vida de los miembros de aquellos..." (Párrafo primero, primera parte), o "...se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis años empleando la violencia física o moral" (párrafo tercero) o "...someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcialmente" (párrafo cuarto).

Si se examinan comparativamente el artículo VI del Estatuto de Roma y el artículo 149 bis se percibe de inmediato la identidad de los comportamientos delictivos contenidos en ambos preceptos, aunque en el Código Penal Federal se relacionan en forma diferente.

El párrafo primero del artículo 149 bis del Código Penal hace referencia al genocidio biológico con la frase "...o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo". A primera vista, se deduce que la expresión "impusiere" tiene carácter imperativo y se satisface tan pronto se dictan las órdenes o disposiciones necesarias para llevarla a efecto sobre un grupo, en cuyo caso tendríamos un delito de simple conducta que quedaría perfecto por el solo hecho de ordenar la esterilización masiva. Sin embargo, esta interpretación no refleja la voluntad de la ley, pues es necesario, según su sentido lógico, que la esterilización se hubiere traducido en realidad<sup>111</sup>.

El artículo VI del Estatuto exige que los ataques contra la integridad de los miembros del grupo sean graves y de índole física o mental, en tanto que el artículo 149 bis no hace alusión alguna a la intensidad de dichos ataques. Sin embargo, se requiere la gravedad, pues en otra forma no se materializaría adecuadamente el propósito de destrucción total o parcial. El Código Penal Mexicano sustituyó la frase "...integridad física o mental" del artículo VI del Estatuto de Roma por la de "...integridad corporal o a la salud...", sustitución que obedece a deseos de uniformidad con los preceptos de la legislación vigente relativos al delito de lesiones.

El mismo párrafo tercero del artículo 149 bis considera en su segunda parte que comete también genocidio cuando se "...trasladaren de ellas (de las comunidades) a otros grupos a menores de dieciséis años, empleando para ello la fuerza física o moral...". El inciso e) del artículo VI del Estatuto Internacional hace referencia a este caso con la frase "traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro".

---

<sup>111</sup> En la propuesta que Garrido hizo el año 1955 se matizaba más realísticamente el genocidio biológico, pues la frase por él empleada –"...impidiere los nacimientos en el seno del grupo..."– ponía mejor de manifiesto el resultado material.

El precepto nacional fija la edad máxima de la niñez para evitar especulaciones interpretativas, El empleo de la violencia física o moral condiciona la conducta típica. Empero, es discutible si fue acertado que la figura delictiva se limitare a los menores de dieciséis años, pues precisamente el empleo de la violencia física o moral es razón suficiente para que el tipo de genocidio por el traslado de los miembros de la comunidad de unos grupos a otros se hubiere estructurado con amplitud y no parcialmente a los menores de edad indicada. Es intuitivo que la violencia puesta en función con propósitos genocidas aunque recayera sobre adultos, debió incluirse.

Finalmente, el párrafo cuarto del artículo 149 bis sanciona también por genocidio “...a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcialmente”.

La anterior descripción sigue casi al pie de la letra lo establecido en el inciso c) del artículo VI del Estatuto y adolece de sus propios defectos, pues como ha puesto de relieve Saenz de Pipaon y Mengs al comentar dicho inciso, ninguna razón había para hacer referencia al carácter intencional de dicho sometimiento si tenemos en cuenta que el delito de genocidio queda definido en todas sus manifestaciones por el propósito de destruir en su totalidad o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso<sup>112</sup>. La crítica anterior adquiere especiales perfiles si se tiene presente que en el mismo párrafo cuarto del artículo 149 bis, con superabundancia e incorrección notoria, se insertan las frases “...con igual propósito...” y “...somete intencionalmente...”, una tras otra.

La frase “...condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física...” es muy abierta. Carrancá y Trujillo señala, por vía de ejemplo, que puede consistir “...en desnutrición que cause la inanición, en sometimiento a trabajos agotadores en condiciones insalubres, en falta de atención médica y farmacéutica, en carencia de higiene y de descanso, en terror sistemático, en violencias persistentes, en torturas materiales y morales, etc.”.<sup>113</sup>

### **Sanciones.**

Tres son las sanciones que el artículo 149 bis establece para el delito de genocidio, según su gravedad. La comisión del genocidio físico, traducido en pérdidas de vidas humanas se sanciona en el párrafo segundo “. . .de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos”. Estas mismas sanciones se imponen en el mismo párrafo para quien perpetre el genocidio biológico descrito también en el párrafo primero del citado artículo. En orden a este genocidio cumple subrayar aquí que precisamente la intensidad de estas penas pone en relieve que la

---

<sup>112</sup> *Op. cit.*, p. 156.

<sup>113</sup> *Código Penal*, nota 481e.

voluntad de la ley, al igualarlas a las previstas para las formas más graves de genocidio físico, requiere la realización de un resultado fáctico.

Los párrafos tercero y cuarto sancionan con penas más bajas –“...de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos”– a quienes cometan los genocidios físicos que aquéllos describen. Debido a que el delito de genocidio, por sus características, por sus rasgos típicos peculiares, es un delito que “...en el noventa y nueve por ciento de los casos es cometido por personas que en un momento dado detentan el poder, esto es, funcionarios y gobernantes”,<sup>114</sup> el párrafo último del artículo 149 bis dispone que “En caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y los 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”. Empero, esta concreta remisión en la actualidad es inoperante, pues la Ley de Responsabilidades a que alude este artículo fue derogada.

Finalmente es pertinente señalar dos últimas cuestiones. En primer lugar, al haberse incluido el genocidio en la legislación penal, en el caso de llevarse en México un procedimiento por este delito se aplicarían las reglas del procedimiento ordinario y las disposiciones contenidas en la parte general del CPF. Esto en virtud de que el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJJF) reconoce como delitos federales los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En segundo lugar, que aun cuando el genocidio es sancionado con pena privativa de libertad, esta no es ciertamente la más grave de las estipuladas por el Código Penal Federal, que corresponde al homicidio calificado, cuya pena oscila entre los treinta y los sesenta años de prisión. Como podrá observarse, el legislador mexicano asignó al homicidio calificado una pena sensiblemente más elevada que la correspondiente al delito de genocidio, lo cual no corresponde con la gravedad que identifica a cada una de estas conductas delictivas.

Una vez precisado lo anterior, Iniciaremos una revisión de varias disposiciones del estatuto que podrían ser consideradas incompatibles con la Constitución mexicana.

---

<sup>114</sup> *Op. cit.*, p.64.

### **4.2.3. Investigación de oficio.**

Artículos 15.1, 17, 53.1 y 54.2 del Estatuto de Roma y Artículos 16, 21, 102 y 107, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los artículos 15.1, 53.1, 54.2 y 57.3, inciso d) del Estatuto de Roma establecen:

#### **Artículo 15.- El fiscal**

1.- El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen competencia de la Corte.

**Artículo 53.1.-** El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

**Artículo 57.3.-** Además de otras funciones que le confiere el presente Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá:

c) Autorizar al Fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a la Parte IX en el caso de que la Sala haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trate, que dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación con arreglo a la Parte IX.

**Artículo 58.1.-** Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I. En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que:

- a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y
- b) La detención parece necesaria para:
  - i) Asegurar que la persona comparezca en juicio;
  - ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o
  - iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte.

Por su parte, los artículos 21, 102 y 107, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos disponen:

**Artículo 16.-** Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

**Artículo 21.-** La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público,... Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

**Artículo 102.-**...Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

**Artículo 107.-** Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:...XVI. Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda.

De la lectura de los citados preceptos 21, 102 y 107, fracción XVI, de la Constitución Mexicana se advierte que en nuestro país, exclusivamente compete al ministerio Público, y en un caso excepcional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la investigación y persecución de los Delitos. Dichos preceptos constitucionales constituyen normas básicas del sistema penal mexicano, en virtud de los cuales se determina que dentro del territorio nacional sólo estos dos órganos precisados, gozan de la facultad indagatoria y el derecho de persecución, también conocido como el ejercicio de la acción penal<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> García Ramírez, Sergio, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal y Universidad Autónoma de México, México 1999.

Asimismo, dentro del contenido del artículo 21 constitucional se dispone que la imposición de las penas corresponde a la autoridad judicial. Sin embargo, cabe reflexionar sobre la manera en que dicha autoridad judicial llega al conocimiento de ciertos hechos criminales para posteriormente sancionarlos.

Es sabido que al respecto existe una gama de posibilidades, entre ellas encontramos: primero, los sistemas de enjuiciamientos consistentes en investigaciones hechas por el juez oficiosamente para descubrir comportamientos punibles, conocidos como pesquisa, y cabe apuntar, a su vez, que constituyen un régimen inquisitorio por parte de la autoridad judicial; en segundo lugar, el juez puede llegar al conocimiento de determinados actos delictivos cuando un particular denuncia ante el la comisión de dichas conductas, constituyéndose así un régimen acusatorio puro; por último, es importante destacar que la actividad jurisdiccional debe condicionarse a la existencia de un actor, que sin ser particular, sea una institución del Estado, facultada para vigilar y tutelar por los bienes jurídicos que incumben a la sociedad.

Así, considerando las posibilidades que tiene un juez para llegar al conocimiento de un hecho delictivo, el constituyente de 1917 optó por establecer una institución que vigilara la observancia y el respeto de las normas penales, mismas que salvaguardan bienes jurídicos comunes a los habitantes de determinada población. De esta manera, aparece y se desarrolla el Ministerio Público como órgano investigador y acusador de los delitos.<sup>116</sup>

En contraste con lo anterior y de acuerdo a las disposiciones citadas del Estatuto de Roma, se advierte que otorgan facultades persecutorias y acusatorias de los delitos a un ente denominado Fiscal, el cual goza del derecho de indagar dentro del territorio de un estado pare, o bien, en un estado que acepta la competencia de la Corte en términos del artículo 12.3 de dicho Estatuto. Con esto se pone de manifiesto que el Estatuto de Roma al facultar al Fiscal para la realización de dichas actuaciones, transgrede las disposiciones constitucionales mencionadas, ya que en términos de la constitución, el Fiscal carece de competencia para investigar y perseguir conductas delictivas.

A efecto de reforzar las ideas plasmadas con antelación, es importante apuntar a los pronunciamientos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho sobre este tópico referente a la persecución de delitos. Al respecto conviene citar las siguientes tesis jurisprudenciales:

La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, por tanto, si las diligencias de un proceso se llevan a cabo sin la intervención del agente del Ministerio Público deben considerarse si no nulas, por lo menos anticonstitucionales, y, en estricto rigor, no pueden llamarse diligencias judiciales sin que la intervención posterior del Ministerio Público pueda transformar diligencias ilegales en actuaciones válidas.

---

<sup>116</sup> *Ídem*

Es cierto que la ley no declara, de manera expresa, la nulidad de las diligencias que se practiquen sin la intervención del Ministerio Público: pero como la disposición del artículo 21 constitucional es terminante, las diligencias practicadas sin esa intervención, por ser anticonstitucionales, carecen de validez”.<sup>117</sup>

“De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21, de la Constitución General de la República, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. La función constitucional que corresponde a dicha institución, en materia penal, comprende sustancialmente, tres partes: la primera, consiste en la investigación, ya sea por medio de la Policía Judicial o por sí misma, como jefe de ella, y no tiene otro objeto que el de recabar los datos, y aportar todos los elementos que deben servir de base para fundar la acción penal ante la autoridad judicial; esto es, procede en esta forma previa, en representación de la sociedad, de la misma manera que un particular cuando trata de promover alguna controversia ante la autoridad, ya que tiene necesidad de documentarse debidamente, con arreglo a la ley, para fundar debidamente su promoción; la segunda, es la de decidir si procede o no el ejercicio de la acción penal, en vista de los datos apuntados, lo cual es facultad exclusiva suya y quien queda bajo su responsabilidad, pues de lo contrario se convertiría en ciego instrumento de los acusadores, si tuviera que proceder siempre, sin previo estudio de los datos y circunstancias que concurren en cada caso; y por último, el ejercicio de la acción penal ante la autoridad judicial.

Esto es, como parte actora, siendo la parte demandada el inculpado. A este respecto podría decirse que el Ministerio Público sólo asume el papel de parte, en el momento en que promueve ante la autoridad judicial; pero como las funciones primeramente expresadas, la investigación y resolución, son inherente e indispensables para que pueda ejercitar esa acción, resultan inseparables, ineludibles la primera y la segunda, como base de la tercera función, y si se acepta que, al ejercitar la acción penal ante la autoridad judicial, obra como parte, hay que convenir que también procede con el mismo carácter, en el procedimiento de investigación; así como al decidir si ejercita, o no, la acción penal, por lo que al promoverse un amparo contra la declaración o la resolución del procurador, sobre que no existen meritos para el ejercicio de la acción penal, la resolución favorable que se dictará en aquel juicio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 760 del Código Federal de Procedimientos Civiles, habría que cumplirse, obligando al mismo procurador a dictar nueva resolución, revocando la recurrida, lo que sería notoriamente contrario a los términos expresos del artículo 21 de la Constitución, puesto que entonces ya no sería el Ministerio Público el depositario constitucional del ejercicio de la acción penal, en representación de la sociedad, sino que sería el Poder Judicial de la Federación, el que se atribuiría tal facultad; y en este supuesto, habrían de resultar una de dos cosas: o bien se obligaría al Ministerio Público a seguir el ejercicio de la acción penal, en contra de sus propias convicciones y solo obedecer los mandatos de la Justicia Federal, o tendría que seguirse el procedimiento de oficio, es decir sin intervención del Ministerio Público, lo que sería también contrario al mismo precepto constitucional, ya que la imposición de la pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial, es decir el Juez no puede desempeñar mas que el papel de juzgador y no el de Juez y parte, al mismo tiempo; a más que, conforme al artículo 103, fracción I, de la Ley de Amparo, el juicio de garantías tiene por objeto resolver todas las controversias que se susciten: “Por leyes o actos de la autoridad, que violen las garantías individuales”. Atentos los términos y espíritu de este precepto, tratándose de actos, para que sea procedente, en principio, el juicio de amparo, fuera de los casos en que la improcedencia se deriva de otras causas con arreglo a la Ley, deben concurrir los siguientes requisitos: 1º Que exista un acto; 2º Que ese acto sea de autoridad;

---

<sup>117</sup> Quinta época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXVI, Página 1323.

y 3º Que exista una garantía individual que pueda ser violada con el acto reclamado. De lo que resulta que la controversia en esos casos, no tiene otro objeto que el de decidir si el acto que se reclama, es, o no, violatorio de garantías, a efecto de conceder o negar al quejoso el amparo de la Justicia Federal, en el mismo orden. En el presente caso, concurre el primero de los requisitos expresados, toda vez que, existe el acto reclamado, o sea la resolución dictada por el subprocurador de justicia; pero no puede decirse lo mismo respecto del segundo, toda vez que, según lo expuesto anteriormente, no se trata de un acto de autoridad, sino de una parte en el procedimiento penal, que es la función que incumbe al Ministerio Público, y aunque desempeñada por órganos y funcionarios oficiales dependientes del Estado, esa función se reduce al ejercicio de la acción penal, como función social, y los agentes del Ministerio Público obran como mandatarios constitucionales, en representación de la sociedad; y por lo que toca al tercero de los mencionados requisitos; tampoco concurre en el caso, toda vez que analizando detenidamente lo conducente, las garantías individuales que contienen los artículos 13, 14, 16, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución General de la República, que son los preceptos íntimamente relacionados con la materia penal, se advierte que todas las garantías individuales que contienen, son en favor de los inculcados y ninguno en pro de los acusadores, querellantes o denunciante; de manera que si no existe garantía individual alguna que pueda ser violada con el acto que se reclama, resulta ocioso analizar pruebas y hacer consideraciones para decidir si ha violado, o no, una garantía inexistente.

En consecuencia, si fundamentalmente el juicio carece de materia, por no estar comprendido el caso, en el artículo 103, fracción I, de la Constitución, es indudable que debe estimarse improcedente; y como este caso de improcedencia resulta nada menos que de preceptos expresos de la Constitución, queda comprendida en el artículo 43, fracción VIII, de la Ley de Amparo vigente, todo lo que viene a quedar confirmado por el artículo 98 de éste último ordenamiento, el cual dispone que “el acusador o denunciante en un juicio penal, sólo podrá entablar amparo, si se hubiese constituido previamente parte civil en el juicio criminal, y únicamente contra las resoluciones que se dicten en el respectivo incidente de responsabilidad civil, que admiten el amparo conforme a las disposiciones anteriores”.

Este artículo se apoya, fundamentalmente, en que correspondiendo, por una parte, el ejercicio de la acción penal, de manera exclusiva, al Ministerio Público, y estableciendo la constitución, de manera expresa, todas las garantías que consagra en materia penal, a favor del acusado, resultaría contrario a esos preceptos conceder al acusador o denunciante el derecho de solicitar amparo dentro del procedimiento penal, por las razones expuestas; y de ahí que sólo tenga ese derecho en el incidente de responsabilidad civil, y aún cuando es verdad que en el caso no se trata de un juicio penal propiamente dicho, también lo es que se trata de un acto íntimamente relacionado con el, y en el que militan las mismas razones para negar ese derecho al acusador o denunciante, y por lo mismo, en estricto derecho, cabe la aplicación de dicho precepto, por analogía”.<sup>118</sup>

De lo anterior podemos concluir que la competencia para perseguir delitos exclusivamente corresponde al Ministerio Público, en consecuencia, no sería posible aceptar un relevo efectuado por parte de la Corte, a través del Fiscal, de la autoridad nacional facultada para la realización de dichas facultades.

---

<sup>118</sup> Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo; XLI, Página: 3688.



#### 4.2.4. Cosa Juzgada.

Artículos 20.3 y 89.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional vs. Artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Estatuto de Roma establece excepciones al principio de cosa juzgada en sus artículos 20.3 y 89.2, que a la letra dicen:

##### **Artículo 20.-** Cosa Juzgada

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

##### **Artículo 89.-** Entrega de personas a la Corte

2. Cuando la persona cuya entrega se pida la impugne ante un tribunal nacional oponiendo la excepción de cosa juzgada de conformidad con el artículo 20, el Estado requerido celebrará de inmediato consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa es admisible, el Estado requerido cumplirá la solicitud. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega hasta que la Corte adopte esa decisión.<sup>119</sup>

En contraste, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el principio de cosa juzgada en materia criminal dentro del artículo 23, cuyo texto dice:

**Artículo 23.-** Ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia. Sobre el principio de *non bis in idem* recogido por nuestra constitución en el artículo 23, según advierte Sergio González Gálvez, el artículo 20 del Estatuto de Roma establece en su párrafo 3, excepciones a dicho principio al señalar que la Corte Penal Internacional no procesará a nadie que haya sido juzgado por otro tribunal en razón de los crímenes incorporados en el Estatuto, a menos que el otro tribunal, a juicio de dicho tribunal internacional estime que la decisión: primero, obedezca al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes competencia de la Corte Penal Internacional; o segundo, no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, de acuerdo a las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, o lo hubiere sido de una manera que, en las circunstancias del caso, fuese incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

---

<sup>119</sup> Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

En resumidas cuentas, lo que se plantea en este artículo 20, es básicamente la posibilidad de que la Corte pueda reabrir juicios sobre los que ya se han dictado sentencias para que se conceda la extradición y se vuelva a juzgar a un nacional presunto responsable de un delito internacional.<sup>120</sup> Así, se estima que esta disposición afecta el artículo 23 de nuestra Carta Magna, constituyéndose en una de las máximas garantías que protege nuestra Constitución.<sup>121</sup>

Por su parte, Jesús Zamora Pierce advierte que el Estatuto de Roma dentro de los artículos 20.3 y 89.2 faculta a la Corte para iniciar proceso contra personas que han sido anteriormente procesadas por otro tribunal. Esto, si a juicio de la Corte, el proceso anterior obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte o no hubiere sido instruido de manera independiente o imparcial, según las garantías procesales que establece el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

De esta manera, se observa que estas disposiciones contenidas en el Estatuto son abiertamente contrarias a la garantía *non bis in idem*, prevista por el citado artículo 23 de nuestra Constitución al establecer que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.<sup>122</sup>

Al hablar sobre las excepciones previstas al principio de cosa juzgada y los casos de admisibilidad de la Corte previstos por el artículo 17 del Estatuto citado en el apartado anterior, García Ramírez establece que la Corte Penal Internacional no procesará a quienes hayan sido juzgados por otro tribunal, salvo que: primero, se requiera de un nuevo proceso, seguido desde luego ante la Corte, que obedezca al propósito de sustraer al sujeto de responsabilidad penal por delitos que sean materia competencial de la Corte; segundo, no haya sido instruido en forma independiente o imparcial conforme a las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional; y tercero, haya sido instruido en forma que según las circunstancias del caso, sea incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia.

---

<sup>120</sup> García Ramírez, Sergio, La Corte Penal Internacional. Nota 120.

<sup>121</sup> *Ídem*

<sup>122</sup> Zamora Pierce, Jesús, El Senado y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Revista El Foro. Tomo XIV, 2001 p. 41 y 42.

De esta manera y de acuerdo al artículo 17 en el Estatuto de Roma,<sup>123</sup> se establece la idea de admisibilidad de un caso ante la Corte. Aquí se distinguen los criterios que sostienen la admisibilidad o la inadmisibilidad, así como aquellos datos suficientes para la operación de dichos criterios en casos concretos; por lo tanto, se advierte:

- a) Un asunto no será admisible ante la Corte cuando fue investigado por el Estado que tiene jurisdicción para conocer, y éste resolvió no ejercitar acción penal contra la persona de que se trata. (art. 17.1 b), o bien está siendo investigado o juzgado por el estado correspondiente (art. 17.1 a). Sin embargo es inadmisibile cuando se establece, en cualquiera de las dos anteriores hipótesis que el estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no puede hacerlo realmente. Evidentemente, tampoco es admisible un caso cuando el inculpado ya fue juzgado y no existen fundamentos, de conformidad con el artículo 20.3 para que la corte decida abrir un nuevo juicio.
- b) Los datos a considerar por la Corte Penal Internacional para saber si el Estado que puede y debe conocer del asunto tiene o no disposición de hacerlo efectivamente: 1.- que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes competencia de la corte (17.2a); 2) que haya demora injustificada en el juicio ante la autoridad nacional (17.2. b); o 3.- Que el proceso no haya sido o está siendo sustanciado de manera independiente o imparcial o haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (17.2 c).

---

<sup>123</sup> Artículo 17 cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Por lo que respecta a datos que permitan sostener que el estado de jurisdicción natural u original no tiene capacidad para investigar o enjuiciar un asunto (17.3), la correspondiente incapacidad provendrá del colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia o de la carencia de ésta, de manera que el estado no pueda hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas necesarias para el proceso, no está en condiciones por otros motivos de llevar a cabo el juicio.

Por su parte, José Humberto Castro Villalobos apunta que el artículo 20.3 del Estatuto de Roma es “aparentemente” contrario al 23 constitucional que establece la autoridad de la cosa juzgada en materia criminal. Puesto que se prevén excepciones al principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.<sup>124</sup> Pero adicionalmente, el artículo 20.3 del Estatuto, también se opone al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales que determina que son irrevocables y causan ejecutoria las sentencias pronunciadas en primera instancia, o cuando prescribe el término para imponer recurso alguno, no se haya interpuesto éste y las sentencias a las cuales la ley no dé recurso alguno.<sup>125</sup>

Sobre este punto, se ha mencionado que el artículo 23 constitucional refleja una norma que no ha sido puesta en duda dentro de nuestro sistema jurídico nacional, lo que conduce a la idea de aceptar con facilidad una reforma al respecto.

En ese mismo orden de ideas, Natalia Cañíz García expresa que éste principio de derecho penal consagrado por nuestra Constitución y el Estatuto de Roma recoge la idea de que la existencia de una sentencia anterior dictada en un proceso seguido por los mismos hechos es causa de la extinción de la acción penal. Ahora, únicamente en el caso de que el proceso interno no haya cumplido con las garantías del debido proceso, o se haya tratado de un fraude procesal con el objeto de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, la Corte hace caso omiso del juicio celebrado en el Estado respectivo porque considera que la persona en realidad no fue juzgada.<sup>126</sup>

Pero más allá de lo que se ha dicho, Cañíz García invita a reflexionar en torno a los fines del artículo 23 constitucional, y al respecto establece que frente a una disposición tal como la estipulada en el artículo 20 del Estatuto, que parece atentar contra los principios más básicos del derecho penal, debemos preguntarnos que se persigue con la misma. “¿no ha supuesto en ocasiones la excepción de cosa juzgada una autentica burla a la administración de justicia?”<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> Castro Villalobos, José Humberto, Director de Derecho Internacional de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Análisis de la compatibilidad entre el Estatuto de Roma y las Constituciones. El caso mexicano y la experiencia comparada.

<sup>125</sup> *Ídem.*

<sup>126</sup> Cañíz García, Natalia, Constitucionalidad del Estatuto de Roma y Realidad Jurídico-Política en México bajo la perspectiva del Derecho Comparado, Anuario Mexicano del Derecho Internacional, Volumen 3, 2004, p. 120.

<sup>127</sup> *Ídem.*

En respuesta a tal cuestionamiento continua diciendo que “la experiencia de los últimos da buena muestra de ello. Leyes de autoamnistía de punto final y de obediencia debida, el uso de la inmunidad por cargo oficial, la celebración de juicios simulados o plagados de vicios para exonerar de responsabilidad a procesados han sido mecanismos utilizados en no pocas ocasiones. Y no hace falta remontarse a la dictaduras de los años 70 para encontrar algún ejemplo. Si en el derecho civil existe la figura de la simulación y fraude a la ley, previniéndose los efectos de nulidad o inexistencia para el caso de un negocio jurídico simulado, no se concibe que en derecho penal, donde se debaten bienes jurídicos aún mas trascendentes no exista una figura parecida que actúe en éstas ocasiones.<sup>128</sup>

De lo visto se puede resumir que en el supuesto de que en México, el estado colaborara a que determinada persona escape de la justicia, por un delito tan grave como el genocidio, la sustraiga de su responsabilidad y, por tanto, la encubra, o cuando la causa no hubiera sido instruida en forma imparcial o incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. La Corte Penal Internacional estaría imposibilitada para ejercer su competencia, de acuerdo al artículo 23 constitucional, el cual dispone; «Ningún juicio criminal tendrá más de tres instancias, y que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito».

#### **4.2.5. Improcedencia del cargo oficial.**

Artículo 27 y 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional vs. Artículos 13, 61, 108 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Estatuto de Roma establece categóricamente en sus artículos 27 y 28:

##### **Artículo 27**

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

##### **Artículo 28.- Responsabilidad de los jefes y otros superiores**

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

---

<sup>128</sup> *Ibid.* P. 112

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En contraste, nuestra Carta Magna dispone en los artículos 13, 108 a 111:

**Artículo 13.-** Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

**Artículo 108.-** Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la Patria y delitos graves del orden común. Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales. Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.

**Artículo 109.-** El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal, y ;

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo.

**Artículo 110.-** Podrán ser sujetos de juicio político los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el Consejero Presidente, los Consejeros Electorales, y el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los Magistrados del Tribunal Electoral, los Directores Generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público. Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber substanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado. Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado.

Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.

**Artículo 111.-** Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la Comisión de Delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declara por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder



contra el inculpado. Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.

Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.

Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.

El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto. En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia. Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita. Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos ó de los daños o perjuicios causados.

Como ya se precisó, el artículo del Estatuto de Roma establece que “el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso lo eximirá de su responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena “; más adelante agrega que “las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte Penal Internacional no ejerza su competencia sobre ella”.

Con ello, aduce González Gálvez, es indudable que dicha disposición contraviene los artículos 108 al 111 de la Constitución Mexicana, especialmente en lo referente a la inmunidad procesal en materia penal para cierto nivel de servidores públicos de alta jerarquía y sin duda requeriría una enmienda constitucional para asegurar la compatibilidad con el Estatuto.<sup>129</sup>

El artículo 111 de la Constitución señala que el presidente únicamente podrá ser acusado ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110 (juicio político).

El Senado resolverá con base en la legislación penal aplicable, previa acusación de la Cámara de Diputados. Desde el proceso de Nuremberg se produjo una ruptura con la doctrina tradicional al no admitirse como eximentes la obediencia debida ni la inmunidad de la que gozaban los jefes de Estado. Las cartas de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, los Estatutos de los Tribunales para la ex- Yugoslavia y Ruanda y el Estatuto de Roma han confirmado claramente que los tribunales tienen competencia respecto de los acusados de delitos graves de derecho internacional independientemente del cargo o posición oficial que ocuparan en el momento del crimen o posteriormente.

De igual manera, y como ya lo hemos tratado a lo largo de la investigación, México es parte de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, cuyo artículo 4o. establece que "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares". Por tanto, el supuesto que contempla el Estatuto de Roma en materia de inmunidades no es ninguna novedad y ya fue aceptado por México, aún cuando, según lo analizado, en la práctica no se llevaron las adecuaciones jurídicas en el ámbito interno para su adecuado funcionamiento.

En virtud de todo lo expuesto, referente a este punto se concluye que para garantizar el pleno funcionamiento del Estatuto de Roma en México, es indispensable el reformar el texto constitucional de tal manera que las trabas y protecciones para el proceso a determinados funcionarios del Estado no impida el pleno funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>129</sup> González Gálvez, Sergio, op. Cit., Vid. Nota 127.

#### **4.2.6. Derechos del acusado.**

Artículos 55 y 67 del Estatuto de la Corte Penal Internacional vs. Artículo 20 de la Constitución Mexicana.

El Estatuto de Roma, dentro de los artículos 55 y 67, consagra los derechos de las personas durante la investigación y del acusado durante el procedimiento, bajo el siguiente tenor:

**Artículo 55.-** En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto:

- a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
- b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes;
- c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad; y
- d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio:

- a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte;
- b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;
- c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; y
- d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

**Artículo 67.-**

1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:

- a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto;

f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla;

g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y

i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas.

2. Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá.

Por su parte, el artículo 20 constitucional, en su fracción IX, establece:

**Artículo 20.-** En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;

Natalia Cañíz señala que el artículo 47 del Estatuto de Roma pudiera presentar conflictos con el artículo 13 de la Constitución, el cual dice que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.<sup>130</sup>

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación define a los tribunales especiales como aquellos que se crean exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de ciertos delitos o respecto de determinados delincuentes.<sup>131</sup>

De acuerdo a lo anterior, la Corte Penal Internacional no entra dentro del concepto de tribunales especiales, ya que si algo la caracteriza es su permanencia y su pretensión de universalidad por lo cual no habría conflicto con el artículo constitucional citado. Desde otra perspectiva, García Ramírez advierte que el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece normas sobre el derecho que tiene el inculpado de contar con un abogado defensor; sin embargo, este derecho no es tan extenso como el que le reconoce el Derecho Constitucional Mexicano, mismo que abarca la idea de defensa-función, aceptando el principio de libre defensa y además califica y valoriza el desempeño de la defensa.<sup>132</sup>

Por otro lado, de acuerdo con los artículos expuestos con anterioridad tenemos que el Estatuto de Roma establece que el imputado tiene derecho a ser asistido por el abogado que elija, y en caso de que éste no cuente con un asistente, tiene derecho a que se le designe un defensor de oficio, siempre que fuere necesario, de tal manera que el inculpado puede disponer de el abogado de su elección. De esta forma, se entiende que el imputado cuenta con dos derechos que se ejercen en forma alternativa: uno, que consiste en contar con un defensor de su elección; y el otro, tendiente a recibir el auxilio de un defensor de oficio.

En contraste, en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Mexicana dispone que el inculpado podrá defenderse “por sí o por persona de su confianza”, el Estatuto no excluye la defensa por parte del propio inculpado; sin embargo, no admite la que se pudiera ejercer por medio de la persona de su confianza y no fuera abogado. Del mismo modo, el Estatuto no menciona nada con respecto a la calidad de la defensa; en cambio, la Constitución Mexicana establece el “derecho a una defensa adecuada”, por lo tanto, es protección de las garantías individuales del sujeto.

Por otra parte, se estima que en el derecho Procesal Penal Constitucional la defensa es función del Estado, de carácter necesario, por ello no es posible prescindir de defensa, aunque el imputado renuncie a ejercer su derecho. Así, la defensa es una necesidad objetiva para los fines de la justicia penal, y en el Estatuto la provisión de defensor de oficio está supeditada al interés de la justicia.

---

<sup>130</sup> Cañíz García Natalia, op. Cit., p. 120 y 121.

<sup>131</sup> Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXVII, Página: 1140.

<sup>132</sup> García Ramírez, Sergio, op. Cit., p. 94.

En el procedimiento penal internacional la intervención del defensor no es una exigencia, puesto que no existe un requerimiento inexorable, dado que la autoridad del procedimiento deberá valorar el punto y resolver lo que a su juicio sea pertinente para servir a la justicia. Es factible que el procedimiento se lleve a cabo sin la actividad del defensor, aunque esto implicaría deficiencia frente a la acusación y la jurisdicción del procedimiento.

Ahora bien, Zamora Pierce apunta, con toda razón, que dentro del Estatuto se concede al procesado el derecho de tener un defensor de oficio, pero condiciona este derecho a que “fuere necesario en interés de la justicia”, abriendo así la puerta para que el inculcado no tenga defensor. Además se permite que el inculcado renuncie a su derecho a asistencia letrada. Estas disposiciones disminuyen la protección que otorga el artículo 20 constitucional fracción IX, conforme al cual el derecho de tener un defensor no está condicionado y opera incluso en contra de la voluntad del inculcado.<sup>133</sup>

Finalmente, en virtud de lo anterior, se estima que si bien es cierto que del artículo 20 constitucional, fracción IX, se desprende que el inculcado absolutamente en todos los casos debe estar asistido de un defensor, también lo es que no puede dejarse al arbitrio de quien juzga la determinación de si es o no necesario en interés de la justicia que el indiciado goce del derecho a ser defendido, pues en tal caso sería notorio el estado de indefensión en el que quedaría y al que tiene derecho todo ser humano con independencia de los ilícitos que se le imputen.

#### **4. 2.7. Protección de información que afecte la seguridad nacional.**

Artículo 72 del Estatuto de Roma vs. Artículos 14 y 20 del texto constitucional.  
En cuanto a este tema el Estatuto refiere:

##### **Artículo 72**

Protección de información que afecte a la seguridad nacional

1. El presente artículo será aplicable en todos los casos en que la divulgación de información o documentos de un Estado pueda, a juicio de éste, afectar a los intereses de su seguridad nacional. Esos casos son los comprendidos en el ámbito de los párrafos 2 y 3 del artículo 56, el párrafo 3 del artículo 61, el párrafo 3 del artículo 64, el párrafo 2 del artículo 67, el párrafo 6 del artículo 68, el párrafo 6 del artículo 87 y el artículo 93, así como los que se presenten en cualquier otra fase del procedimiento en el contexto de esa divulgación.

2. El presente artículo se aplicará también cuando una persona a quien se haya solicitado información o pruebas se niegue a presentarlas o haya pedido un pronunciamiento del Estado porque su divulgación afectaría a los intereses de la seguridad nacional del Estado, y el Estado de que se trate confirme que, a su juicio, esa divulgación afectaría a los intereses de su seguridad nacional.

---

<sup>133</sup> Zamora Pierce, Jesús, op. Cit., p. 42 y 43

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a los privilegios de confidencialidad a que se refieren los apartados e) y f) del párrafo 3 del artículo 54 ni la aplicación del artículo 73.

4. Si un Estado tiene conocimiento de que información o documentos suyos están siendo divulgados o pueden serlo en cualquier fase del procedimiento y estima que esa divulgación afectaría a sus intereses de seguridad nacional, tendrá derecho a pedir que la cuestión se resuelva de conformidad con el presente artículo.

5. El Estado a cuyo juicio la divulgación de información afectara a sus intereses de seguridad nacional adoptará, actuando en conjunto con el Fiscal, la defensa, la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia según sea el caso, todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación.

Esas medidas podrán ser, entre otras, las siguientes:

a) La modificación o aclaración de la solicitud;

b) Una decisión de la Corte respecto de la pertinencia de la información o de las pruebas solicitadas, o una decisión sobre si las pruebas, aunque pertinentes, pudieran obtenerse o se hubieran obtenido de una fuente distinta del Estado;

c) La obtención de la información o las pruebas de una fuente distinta o en una forma diferente; o

d) Un acuerdo sobre las condiciones en que se preste la asistencia, que incluya, entre otras cosas, la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o ex parte, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al Estatuto o las Reglas de Procedimiento y Prueba.

6. Una vez que se hayan adoptado todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación, el Estado, si considera que la información o los documentos no pueden proporcionarse ni divulgarse por medio alguno ni bajo ninguna condición sin perjuicio de sus intereses de seguridad nacional, notificará al Fiscal o a la Corte las razones concretas de su decisión, a menos que la indicación concreta de esas razones perjudique necesariamente los intereses de seguridad nacional del Estado.

7. Posteriormente, si la Corte decide que la prueba es pertinente y necesaria para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, podrá adoptar las disposiciones siguientes:

a) Cuando se solicite la divulgación de la información o del documento de conformidad con una solicitud de cooperación con arreglo a la Parte IX del presente Estatuto o en las circunstancias a que se refiere el párrafo y del presente artículo, y el Estado hiciere valer para denegarla el motivo indicado en el párrafo 4 del artículo 93:

i) La Corte podrá, antes de adoptar una de las conclusiones a que se refiere el inciso ii) del apartado a) del párrafo 7, solicitar nuevas consultas con el fin de oír las razones del Estado. La Corte, si el Estado lo solicita, celebrará las consultas a puerta cerrada y ex parte;

ii) Si la Corte llega a la conclusión de que, al hacer valer el motivo de denegación indicado en el párrafo 4 del artículo 93, dadas las circunstancias del caso, el Estado requerido no está actuando de conformidad con las obligaciones que le impone el presente Estatuto, podrá remitir la cuestión de conformidad con el párrafo 7 del artículo 87, especificando las razones de su conclusión; y

iii) La Corte, en el juicio del acusado, podrá establecer las presunciones respecto de la existencia o inexistencia de un hecho que sean apropiadas en razón de las circunstancias; o

b) En todas las demás circunstancias:

i) Ordenar la divulgación; o

ii) Si no ordena la divulgación, establecer las presunciones relativas a la culpabilidad o a la inocencia del acusado que sean apropiadas en razón de las circunstancias.

Por su parte, nuestra Constitución señala:

**Artículo 14.**-Nadie podrá ser privado 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.

**Artículo 20.**-En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Este artículo se aplica a aquellos casos en que la divulgación de información o documentos de un estado parte, a juicio de éste, podría afectar su seguridad nacional.

En el párrafo quinto de dicha disposición se definen las medidas que puede tomar el estado actuante en conjunto con el fiscal, la defensa, la sala de cuestiones preliminares, a fin de satisfacer su preocupación sobre la divulgación de la información que afecte su interés de seguridad. En dichas medidas se incluye el inciso d) según el cual entre las limitantes podrá utilizarse el procedimiento a puerta cerrada o ex parte, lo que discrepa con la legislación mexicana interna en cuanto a las garantías mínimas del inculpado.

Además, sobre este tema no hubo acuerdos mediante negociaciones, fue incluido como parte del paquete que el presidente de la Comisión preparatoria impuso el último día sin consultar a las demás delegaciones.



El problema estriba en que el inciso d) del párrafo quinto permite presentar información ex parte, conocida únicamente por los jueces, violentándose las garantías plasmadas en los artículos 14 y 20 constitucionales.

De acuerdo a las consideraciones de García Ramírez, el Estatuto permite la realización de diligencias a puerta cerrada también denominadas ex parte prácticamente en todas las etapas del juicio en dos supuestos, el primero, por razones de seguridad nacional que aduzca el Estado al que pudiera afectar la publicidad del acto o la difusión de ciertos hechos; y, el segundo para protección de testigos, familiares de éstos, víctimas o acusados, aún cuando en esta hipótesis es posible recurrir a la práctica de pruebas por medios electrónicos de acuerdo con el artículo 68. Obviamente esto puede traer como consecuencia que el inculpado carezca de la oportunidad de conocer planteamientos adversos a sus intereses y probar y alegar en tales casos, lo que provoca que quede en estado de indefensión.<sup>134</sup>

Cuando la Corte autoriza este tipo de diligencias puede establecer presunciones que afectan el resultado del juicio y desde luego la suerte del inculpado.

Lo anterior es contrario al artículo 20 constitucional que contiene los derechos del inculpado y que establece que en todos los casos se le hará saber en audiencia pública, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, siempre que lo solicite será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra y será juzgado en audiencia pública, asimismo le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso y tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso.

Tal como apunta Cañíz García, el artículo 72 del Estatuto de Roma señala que “será aplicable en todos los casos en que la divulgación de información o documentos de un Estado pueda, a juicio de éste, afectar los intereses de seguridad”. De igual manera, el mismo artículo en el párrafo cuarto establece que “si un Estado tiene conocimiento de que información o documentos suyos están siendo divulgados o pueden serlo en cualquier fase del procedimiento y estima que esa divulgación afectaría sus intereses de seguridad nacional, tendrá derecho a pedir que la cuestión se resuelva de conformidad con el presente artículo”. Por consiguiente, la protección de la información es, por tanto, un derecho que opera sólo a petición del Estado.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> García Ramírez, Sergio, op.cit.,p.100.

<sup>135</sup> Cañíz García, Natalia, op.cit.,p.121.

También conviene indicar que las medidas que contempla el Estatuto para que la información del Estado no sea divulgada, y por tanto, no se ponga en riesgo la seguridad nacional, van desde una modificación o aclaración de la solicitud, así como la obtención de las pruebas o de la información de una fuente distinta o en forma diferente, o bien, hasta lograr un acuerdo sobre las condiciones en que se preste la asistencia que incluya la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación, a la utilización de procedimientos a puerta cerrada o ex parte, u otras medidas de protección que establezca el Estatuto. Ahora, si un Estado persiste en no cooperar, la Corte estará facultada para remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad.<sup>136</sup>

Por otro lado, como bien lo señala Cañíz García, el acusado tiene el derecho de hacerse de todos los medios de prueba para organizar su defensa; pero, únicamente podría verse afectada si un Estado solicitara la protección de ciertas pruebas y su divulgación atente contra la seguridad nacional.

En este supuesto, la defensa tiene que participar en cuanto al tratamiento de la información y si el Estado definitivamente negara el derecho de información, y ésta resulta necesaria y pertinente para determinar la inocencia o culpabilidad del acusado, la Corte establecerá las presunciones a favor de la culpabilidad o inocencia del acusado con base en la información disponible. En consecuencia, concluye que este precepto podría atentar contra la garantía procesal contenida en la fracción VII del artículo 20 constitucional, mismo que señala: “le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que conste en el proceso”.

Por su parte, José A. Guevara Bermúdez, precisa que dentro del Estatuto, propiamente en el artículo 72, incluye la protección que se le debería dar a la información que pueda afectar la seguridad nacional de un estado, lo que consiste en un derecho que se le ofrece a los estados y que sólo podrá operar a satisfacción de ellos.<sup>137</sup>

Del mismo modo, en el tratamiento de esta información intervendrán, el fiscal, la defensa y la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia según sea el caso. El Estatuto prevé como una medida para que la información del estado no sea divulgada y no se ponga en riesgo la seguridad nacional, llegar a un acuerdo sobre las condiciones en que se presente la asistencia que incluya entre otras cosas, la presentación de resúmenes o exposiciones y restricciones a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o ex parte u otras medidas de protección permitidas de acuerdo al Estatuto.

La decisión de que la información represente un riesgo para la seguridad nacional, requiere en primer lugar que el estado solicite la protección de dicha información, y en segundo lugar que se firme un acuerdo entre el fiscal, la defensa y la sala de cuestiones preliminares para determinar el trato que se le dará a la información.

---

<sup>136</sup> *Ídem*

<sup>137</sup> Guevara Bermúdez, José A., op.cit., p. 204 y 205.

En caso de que el estado no estuviere conforme con el acuerdo, y sólo en este caso la Corte podrá celebrar consultas a puerta cerrada y ex parte con el estado para escuchar sus razones. Si aún después de ello el Estado se niega a prestar cooperación la Corte puede remitir el asunto a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiera remitido el asunto.<sup>138</sup>

De igual forma, en caso de que la información sea necesaria para determinar la culpabilidad, o bien, la inocencia del procesado, la Corte va establecer las presunciones respecto de la existencia, o bien, de la inexistencia de un hecho que sean apropiadas en el asunto específico y, en caso que fuere necesario, la Corte puede divulgar la información. Por la tanto, el derecho de los acusados de hacerse de todos los medios de prueba para crear su debida defensa no se ve afectado por el Estatuto, si no existiría un acto de Estado que solicitara la protección de ciertas pruebas cuya divulgación represente ser sensible a su seguridad nacional.

Si se decide proteger la información, la defensa participará en la determinación de la manera en la que dicha información será tratada y si el Estado niega definitivamente la posibilidad de conocer, y es necesario para determinar la inocencia o la culpabilidad, la información con su consentimiento será tomada como presunción en uno de éstos sentidos.

Al respecto, nuestra Constitución, dentro de su artículo 20 establece como un derecho, que al acusado le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El problema surge porque se deja en estado de indefensión al acusado, por ejercitar su derecho de protección de la información ante la Corte, es decir México al no tener legislación sobre protección de la información se compromete con la Corte a Cooperar plenamente,

En resumen, el hecho de que la Corte estime que para pronunciarse en definitiva deba considerar elementos que el acusado nunca tuvo la posibilidad de impugnar, directamente contravienen las garantías del procesado claramente preceptuadas en el artículo 20 constitucional, fundamentalmente en la parte que dice “le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”. En contraste, el artículo 72 del Estatuto establece en su segundo párrafo que la Corte exclusivamente podrá basarse al dictar sentencia en aquellas pruebas que fueron desahogadas durante el juicio.

Como José Antonio Guevara ha señalado, sería conveniente que el Estado mexicano regulase en el plano interno el tratamiento dado a la información que afecte a la seguridad nacional, estableciendo criterios claros acerca de qué se entiende por seguridad nacional y cuáles son los límites dentro de los cuales se maneja la clasificación de dicha información.

---

<sup>138</sup> *Ídem.*

#### **4.2.8. Penas aplicables, cadena perpetua.**

Artículo 77 y 78 del Estatuto de la Corte Penal Internacional vs. Artículo 22 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre las penas y su imposición, dispone el Estatuto de Roma:

##### **Artículo 77**

Penas aplicables

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

- a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

##### **Artículo 78**

Imposición de la pena

1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.

3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.

En contraste y al respecto, nuestra Constitución establece:

**Artículo 22.** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

En atención al precepto del Estatuto de la Corte Penal Internacional anteriormente citados se desprenden las penas aplicables a los autores de los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional.

1. La corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

...b) la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

La Constitución mexicana no prohíbe expresamente la cadena perpetua, pero establece al respecto: "Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha interpretado que la cadena perpetua se encuentra englobada bajo la categoría de "penas inusitadas".

**Penas Inusitadas.** Salta a la vista que la pena de cadena perpetua es inusitada, atenta nuestras leyes vigentes y aun las anteriores, de carácter penal, y por lo mismo, de las prohibidas por el artículo 22 constitucional. La simple prisión perpetua o la de trabajos forzados, sin encadenar perpetuamente al sentenciado, deben ser consideradas como penas inusitadas, dentro del criterio jurídico de nuestra Constitución y de nuestro sistema penal, sin que obste la circunstancia de que la prisión perpetua, sin cadena, no se haya proscrito aún del sistema penal de algunos países civilizados, pues basta que sean estas penas de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, para que el extranjero que esté expuesto a sufrir alguna de ellas, por la extradición que pida su país, deba gozar de la protección que el artículo 1o. de nuestra Constitución, concede a todo individuo, sea mexicano o extranjero.<sup>139</sup>

Nos sorprende sin embargo que se considere inusitada la cadena perpetua y no la pena de muerte, vigente conforme al último párrafo del mencionado artículo constitucional para ciertos delitos:

**Artículo 22.-** Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Del artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal se desprende que la pena capital ha sido excluida del catálogo legal; lo mismo se advierte en los códigos locales de los Estados de la Federación. Sin embargo, el que no haya sido prohibida constitucionalmente mantiene la posibilidad de su aplicación, como ha señalado la Suprema Corte de Justicia:

**Pena de Muerte.** Independientemente del debate que se suscita entre abolicionistas y partidarios de la pena de muerte, y de los argumentos que algunos autores han expuesto en torno de la posible trascendencia de dicha sanción, en tanto que en el artículo 22 constitucional se autoriza la pena de muerte para el homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, esto es, para el autor del delito de homicidio calificado, resulta ineficaz cualquiera argumentación contra el registro de la pena de muerte en algunos códigos punitivos de la República y de la aplicación

---

<sup>139</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXXI, 2a. sala, p. 347.

de la misma por parte del órgano jurisdiccional, pues aún en el supuesto de que desde el punto de vista teórico se alegara la ineficacia o trascendencia de la pena capital, permitida por el legislador constitucional, queda plenariamente legitimada en los casos consignados por la Carta Magna.<sup>140</sup>

En Latinoamérica, varias Constituciones prohíben la pena de reclusión perpetua expresamente, como la salvadoreña,<sup>141</sup> la venezolana,<sup>142</sup> la colombiana,<sup>143</sup> la hondureña<sup>144</sup> la nicaragüense<sup>145</sup> o la uruguaya.<sup>146</sup>

La Convención de Roma dispone de modo expreso que se imponga esta pena cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.<sup>147</sup> Por tanto, no va a ser la regla general sino la excepción.

El artículo 77 del estatuto se remite además al 110, el cual obliga a la corte a un proceso de revisión de la pena para "determinar si ésta puede reducirse" una vez que el condenado haya cumplido 25 años de prisión. Hay que tener presente, por otra parte, que el propio estatuto enumera los principios y normas de derecho internacional como fuente del derecho aplicable por la corte.<sup>148</sup> Dentro de esas normas se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que la finalidad esencial del régimen penitenciario será la reforma y la readaptación social de los penados.<sup>149</sup>

Si la corte, en su revisión inicial, decide no reducir la pena, se llevarán a cabo audiencias adicionales en las cuales la corte tomará en cuenta criterios relacionados con la conducta, rehabilitación y otras circunstancias del condenado.<sup>150</sup> Por lo cual pensamos que tampoco habría colisión con la disposición del artículo 18 constitucional que señala que el sistema penal estará orientado a la readaptación social del delincuente.<sup>151</sup>

Hay que destacar además que el estatuto establece en su artículo 80, que "nada de lo dispuesto... se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional". Esto quiere decir que en ninguna circunstancia se forzará a un Estado a que ejecute una sentencia vitalicia acordada por la corte; un Estado parte puede imponer condiciones a cualquier acuerdo sobre el cumplimiento de penas en su territorio.

---

<sup>140</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, t. XCIV, 2a. parte, 1a. sala, p. 27.

<sup>141</sup> Artículo 27.

<sup>142</sup> Artículo 44.3.

<sup>143</sup> Artículo 34.

<sup>144</sup> Artículo 97.

<sup>145</sup> Artículo 37.

<sup>146</sup> Artículo 26.

<sup>147</sup> Artículo 77.1 b.

<sup>148</sup> Artículo 21.1 b del estatuto.

<sup>149</sup> Artículo 10.3.

<sup>150</sup> Artículo 110 del estatuto.

<sup>151</sup> *Cfr.* artículo 18 constitucional.

Así lo determina el estatuto cuando señala que "en el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá imponer condiciones a reserva de que sean aceptadas por la corte y estén en conformidad con la presente parte".<sup>152</sup> Por lo tanto, con base en el régimen de complementariedad de la corte, si el Estado investiga o enjuicia tales crímenes, la corte cederá paso a la acusación por parte del Estado al margen de que éste no contemple imponer cadena perpetua.

#### **4.2.9. Extradición.**

El artículo 102 del Estatuto de Roma frente al artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a la figura de la extradición de la siguiente manera:

#### **Artículo 102**

Términos empleados

A los efectos del siguiente Estatuto:

- a) Por "entrega" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto;
- 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.

En cuanto a nuestra Carta Magna sobre la extradición señala lo siguiente:

**Artículo 119.** Los Poderes de la Unión tienen el poder de proteger a los estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la legislatura del Estado o por su ejecutivo, si aquella no estuviese reunida.

Cada estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención de las respectivas Procuradurías Generales de la Justicia, en los términos de los convenios de colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República.

---

<sup>152</sup> Artículo 103.1 b) del estatuto.

Las extradiciones a requerimiento de un Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del Juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por setenta días naturales.

Con anterioridad ya se menciona que existen medios de colaboración en el ámbito procesal entre los estados. Uno de ellos muy importante, es precisamente el de la extradición. Al hacer un análisis de la extradición resulta necesario afirmar la observancia del firme principio del Derecho extradicional: la identidad de la norma. De igual manera, señala García Ramírez, otro punto importante a tomar en cuenta es aquel que se origina en el momento en que la persona reclamada por la Corte este siendo enjuiciada o este cumpliendo su condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se solicita su entrega a la Corte. En este supuesto el Estado requerido una vez que haya decidido conceder dicha entrega, de conformidad con el artículo 89.4 del Estatuto de Roma, celebrara consultas con la Corte.

Por otra parte surge el problema de la extradición a un tercer Estado; de esa manera, surge la hipótesis de que el inculpado que este sujeto a la jurisdicción Corte, haya cumplido su pena o la este cumpliendo en el llamado Estado de ejecución. El artículo 108.1 del Estatuto de Roma establece que aquel que se encuentre condenado bajo la custodia del Estado de ejecución no será sometido a enjuiciamiento, sanción o extradición a un tercer Estado por una conducta anterior a su entrega al Estado de Ejecución, a menos que, a petición de este, la Corte haya a probado el enjuiciamiento, la sanción o la extradición. Esta norma contiene aspectos que pudieran significar un problema para el Estado Mexicano, puesto que en efecto se estaría actuando sin intervención alguna del Estado que concedió la entrega a la Corte para exclusivamente llevar a cabo el enjuiciamiento por delitos que comprenden la competencia de la Corte. Es similar el problema que se suscita en el artículo 107.3, en el que se indica que una vez cumplida la pena, de conformidad con su derecho interno, un Estado podrá extraditar o entregar por cualquier otra vía a la persona cuya entrega se solicita a un Estado que ha solicitado la extradición o entrega para someterla a juicio o para que cumpla una pena.

El artículo 102 del Estatuto distingue entre dos términos diferentes: extradición y entrega. Esta distinción que al respecto hace el Estatuto de ninguna manera es vaga, pues para cada una de ellas se aplicara un régimen jurídico diferente.

La entrega habrá de regirse por las disposiciones del Estatuto, mientras que la extradición seguirá lo dispuesto en el tratado o convención internacional correspondiente y en las normas de Derecho interno de cada Estado.

En México no esta contemplada la figura de la entrega, pero si la de la extradición. Ahora bien teniendo en cuenta que la Corte no podrá juzgar en rebeldía, para efecto de sustanciar el juicio debidamente, esta debe asegurar la comparecencia física del acusado, por tanto, la obligación de los países de cooperar con la Corte en la detención y entrega de personas se convierte en un instrumento fundamental.



Asimismo se debe destacar que dicha obligación presupone con mas fuerza al considerar que los propios Estados participaron en el proceso de creación y elaboración de sus Estatutos.

Podría pensarse que sobre este punto no existe un problema esencial dado que el Estatuto hace una sana y conveniente distinción entre la extradición y la entrega. Sin embargo, la incompatibilidad principal del Estatuto con respecto a la Constitución radica en el sentido de que en nuestro país, de acuerdo al artículo 119 constitucional, la extradición externa, sujeta a disposiciones nacionales e internacionales (la ley doméstica respectiva y los tratados), sólo se realiza cuando es un Estado quien formula a México la solicitud respectiva; nada hay acerca de peticiones provenientes de otros organismos, como sería el caso de la extradición requerida por la CPI en los términos de su propio Estatuto.

En efecto, si nuestro país invocase estrictamente su derecho constitucional -esto es, el artículo 119 de la ley suprema- se vería en el caso de negar sistemáticamente la extradición solicitada, porque el requerimiento no provendría de un órgano legitimado para formularlo.

#### **4.2.10. Imprescriptibilidad.**

De manera simple y sencilla, el Estatuto de Roma se refiere a la imprescriptibilidad de los delitos, en los siguientes términos:

##### **Artículo 29. Imprescriptibilidad.**

Los crímenes de la competencia de la corte no prescribirán.

Por su parte en México, como lo señala Castro Villalobos, no existe la imprescriptibilidad, pero tampoco existe impedimento jurídico para aceptar este termino, pues solamente sería necesario ajustar leyes secundarias como códigos penales, de procedimientos penales y el Código de Justicia Militar.

Ahora bien, con relación a lo dispuesto por el Estatuto en el sentido de que los delitos competencia de la Corte no prescribirán. Natalia Cañiz García aduce que de conformidad con lo que establece nuestro ordenamiento jurídico supremo nacional, se estima que el referido artículo podría contravenir las garantías del procesado consagradas en el artículo 20 constitucional. Sin embargo, es una realidad que la prescripción de los delitos no es una garantía recogida de modo expreso en el texto constitucional.

En referencia a esto, el Senado mexicano en el 2001 ratificó la Convención de 1968 sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la Humanidad.

Dicha Convención fue ratificada con una declaración interpretativa, en la que se manifestaba que se reconocía el carácter de imprescriptibilidad de los crímenes, solamente respecto de aquellos crímenes que se cometieron después de la fecha en que México ratificaba la Convención.

En resumen, tenemos que, si bien la imprescriptibilidad no está contemplada en la legislación nacional porque se pudiera considerar violatoria de las garantías individuales del procesado, se estima que esta cláusula no debería ser impedimento la vigencia del Estatuto en México, tomando en consideración sobre todo la gravedad y la trascendencia de los crímenes internacionales, si bien es claro que, de aceptarse, se requieren modificaciones a leyes secundarias como el Código Penal y el Código de Justicia Militar.

### **4.3. Consideraciones generales sobre la Implementación.**

En muchos casos los Tratados Internacionales y las Convenciones requieren ser implementados. Esto significa que es necesario establecer normas, adoptar disposiciones y tomar decisiones en la esfera del derecho doméstico, a fin de hacer posible la aplicación plena del instrumento internacional oportunamente consentido.

El Tratado de Roma que establece el Estatuto de la Corte Penal Internacional es un caso en que la implementación resulta decisiva para hacer posible su aplicación práctica. Muchos de los países que firmaron y luego ratificaron el tratado están considerablemente atrasados en el cumplimiento de este compromiso. Es importante señalar que la ausencia de implementación del Derecho penal material contenido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional puede conllevar además consecuencias indeseables para los Estados parte.

La implementación es una actividad obligatoria para los estados signatarios, y es una obligación que proviene de la ley y la costumbre internacional. Y es una obligación que no necesita estar explicitada en el texto del tratado. Muchas veces, resulta en forma natural y obvia del contenido y el espíritu del mismo. Pero sobre todo resulta de manera imprescindible, de la necesidad objetiva de llevarla a cabo para hacer posible la vigencia y aplicación prácticas del tratado.

Es necesario tener presentes dos elementos:

- un tratado internacional pasa a incorporarse de alguna manera al orden jurídico nacional de cada uno de los países signatarios, una vez que ha sido ratificado. Esto implica que en muchos casos es necesario realizar una tarea de ajuste y adaptación de la legislación doméstica a las disposiciones del tratado
- muchas veces, además, la puesta en práctica de las disposiciones del tratado depende de o está condicionada por una serie de disposiciones del derecho interno, sin cuya existencia y vigencia el tratado es prácticamente letra muerta.

Cuando un estado consiente y ratifica un tratado internacional, asume concomitantemente la obligación y tiene la responsabilidad de hacer lo necesario para que el tratado sea aplicable, ejecutable, para que tenga realmente los efectos prácticos que se persiguen. Esto entraña un grado de cooperación, que a veces tiene que ver con la voluntad política de cada estado, pero que también tiene que ver con la adopción de disposiciones que se relacionan con la cooperación, y que también suelen requerir la aprobación de nuevas normas de derecho interno.

Se puede decir que el concepto implementación abarca ambas situaciones. Y esto es bien claro en el caso del Estatuto de Roma, que contiene disposiciones profundamente relacionadas con los derechos domésticos de los países signatarios, y con obligaciones de naturaleza técnica.

En lo que se relaciona con la cooperación, partimos de una base absolutamente clara: la Corte es una entidad de derecho público internacional cuya fuerza jurisdiccional, cuya capacidad de acción, cuya efectividad depende en altísimo grado de la colaboración activa de los estados signatarios. A diferencia de los tribunales locales, la Corte no tiene una fuerza policial a sus órdenes, no dispone de prisiones y por lo tanto necesita imprescindiblemente de la cooperación de los estados signatarios en estos aspectos.

Al mismo tiempo resulta necesario que los estados signatarios adopten disposiciones de derecho interno, de rango legal para hacer posible la actuación de la Corte si la ocasión se presentara. A continuación algunos ejemplos que harán evidente el contenido de esta afirmación:

- deben existir leyes domésticas que autoricen a la Corte a establecerse en el territorio de un Estado Parte, y regular la forma y condiciones de ese establecimiento, con la amplitud y flexibilidad necesaria para que aquella pueda operar eficazmente y con todas las garantías
- dentro del elenco de garantías mínimas imprescindibles, debe crearse un estatuto de inmunidad a nivel nacional para los funcionarios de la Corte
- para que la jurisdicción de la Corte pueda ser ejercida en condiciones aceptables de eficacia, debe existir legislación local que penalice la obstrucción de su actividad en el ámbito doméstico, y en general los actos perpetrados contra la administración de justicia por parte de aquella
- debe aprobarse legislación que facilite a la Corte los mecanismos de obtención de pruebas, así como el arresto y la entrega de personas
- también debe legislarse en relación de las penas que eventualmente dictare la Corte, la forma de ejecución o cumplimiento de las mismas en cuanto involucraren actividades comprendidas dentro del ámbito de la soberanía nacional del Estado parte

Lo dicho refiere entonces a esa modalidad o variante de la implementación que cae bajo el rubro de la cooperación.

Ahora bien, en el caso del Estatuto de Roma existe un elemento que hace imprescindible poner en práctica otro aspecto crucial de la implementación, la hace inevitable y necesaria: se trata del principio de complementariedad.

La *ratio* última del Estatuto se apoya en la presunción de que los estados partes tendrán en general el deseo, la voluntad y la disposición de investigar y juzgar los crímenes que el tratado condena. La aplicación del principio de complementariedad reclama en forma imprescindible las acciones de implementación que, en el caso, no significan otra cosa que el ajuste y acondicionamiento del derecho interno para hacerlo compatible con el tratado. Más que hacerlo compatible con el tratado debería tal vez decir, para hacer posible que el principio de complementariedad, un principio esencial del Estatuto de Roma, efectivamente funcione y tenga sentido.

La jurisdicción de la CPI es complementaria de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Esa jurisdicción sólo será ejercida por la CPI –dicho genéricamente– cuando un estado determinado no quiera o no pueda ejercer adecuadamente sus poderes jurisdiccionales para juzgar a los autores de los crímenes previstos en el Estatuto. De esta disposición surge clara e inevitablemente la obligación de que hablamos. Porque un estado no puede juzgar una conducta criminal si en su derecho interno la conducta en cuestión no está descrita como incriminable y consecuentemente penalizada.

Y un Estado ni siquiera puede plantearse si “quiere o no quiere” ejercer su jurisdicción en un caso determinado, si tal ejercicio es imposible por inexistencia de una ley doméstica que contemple la conducta criminal, la defina como delictiva y le fije una pena.

Si no hay implementación –en el sentido que venimos explicando–, difícilmente habrá posibilidades de complementariedad. El principio “*nullo crimen et nulla poena sine lege*” (no hay crimen ni pena sin ley que la establezca) puede transformarse así en un obstáculo insalvable para el ejercicio de la jurisdicción complementaria de la Corte, y aún, en una coartada o un pretexto que un estado determinado pueda aducir para no enjuiciar a un criminal y tampoco aceptar que lo haga la Corte.

Por otra parte es imaginable también, que a los Estados parte les interese crear las condiciones normativas para minimizar las posibilidades de que la Corte Penal Internacional tenga la facultad de activar su competencia en un caso relacionado con un Estado parte. Esto podría ocurrir, en primer lugar, en la hipótesis de que alguna de las conductas tipificadas en el Estatuto no estén penalizadas de modo alguno en el Derecho nacional de los Estados parte. Los ejemplos podrían encontrarse sobre todo en lo que se refiere a crímenes de guerra y el genocidio, que en muchos casos no están o están parcialmente tipificados en sus legislaciones.

Por supuesto, tales omisiones o incongruencias de tipificación activaría la facultad de la Corte para ejercer su jurisdicción (principio de complementariedad) sobre estas conductas si no son investigadas ni perseguidas por el Estado y la Corte las considera lo suficientemente graves (artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).<sup>153</sup>

Puede suceder también que ciertas conductas estén solo parcialmente tipificadas, vale decir, que su comisión este penada, pero que la tipificación nacional no abarque la magnitud del delito que hace de la conducta un crimen internacional. Por ejemplo, que una conducta constitutiva de genocidio se persiga como lesiones o sustracción de menores, sin considerar las diferencias entre los crímenes internacionales y los de Derecho interno.

Si bien desde el punto de vista de la Corte Penal Internacional en un caso de semejantes características el asunto de que se trate no pasara a ser considerado automáticamente admisible, podrá la Corte, mediante un así denominado examen de admisibilidad, determinar la gravedad del caso y, examinando el procedimiento judicial, determinar si el Estado esta dispuesto a investigar y perseguir el delito como crimen internacional \_caso en el que la Corte debe inhibirse de actuar\_ o si en realidad el actuar del Estado tiene como propósito proteger al imputado de que se trate de responsabilidad penal por el delito tipificado en el Estatuto, al juzgarlo sin tener en consideración la magnitud del delito\_ caso en el cual estaría facultada para conocer el caso.

En este sentido, para evitar la puesta en marcha de los mecanismos de justicia internacional en los Estados parte, estos deben de estar dispuestos y en condiciones \_aplicando sus legislaciones nacionales\_ de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra de modo similar a como lo haría la Corte Penal Internacional aplicando el Derecho Penal Internacional en general y su Estatuto en particular.<sup>154</sup>

Es necesario entonces que los estados partes incorporen al derecho interno las figuras delictivas que aparecen consagradas como tales en el Estatuto de Roma. Se abre aquí un paréntesis para el siguiente razonamiento: si un estado que ha firmado y ratificado el Estatuto de Roma omite luego la implementación en un plazo razonable, esa omisión podría llegar a interpretarse como expresión de la voluntad de ese estado en el sentido de que no quiere ejercer su jurisdicción, y por lo tanto queda abierto el camino para la aplicación de la jurisdicción de la Corte.

---

<sup>153</sup> Cardenas A, Claudia. "Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho Chileno, necesidad de una implementación." Pol.Crim.no.2, AL y, 2006. p.10

<sup>154</sup> Cardenas A, Claudia Op.cit. p.14.

Esta tesis –con todo lo discutible que puede ser, con todo lo que requiere de debate, profundización, elaboración y desarrollo- parte de una presunción que habrá que verificar en la realidad: la forma más radical de no querer ejercer la jurisdicción nacional por parte de un estado se identifica con la omisión de implementar localmente el tratado habida cuenta de que la falta de implementación hace imposible el ejercicio de la jurisdicción nacional.

Y abundando en esta tesis especulativa, se diría que la omisión de implementar puede no ser otra cosa que una expresión concreta de la falta de voluntad política de hacerlo, dado que la implementación implica y requiere aprobar normas que integrarán la legislación doméstica. La falta de voluntad política, en este terreno, se identifica con la falta de voluntad jurídica del estado de ejercer su jurisdicción. Es más, en algunos casos críticos esa identificación será evidente.

En países como los de América Latina –y el Uruguay en particular- con raíces jurídicas romano-germánicas, existe un solo sistema legislativo integral, al que se incorporan naturalmente los tratados internacionales cuando son ratificados. Esto es tan claro, que cuando un tratado o convención reconoce derechos individuales, por ejemplo, el goce de los mismos, su exigibilidad, resultan inmediatos, es decir no mediados, no sujetos a una nueva instancia de reconocimiento repetido a nivel de legislación doméstica, aún cuando la implementación se haya comprometido en el propio tratado, y aún cuando pudiera ser necesaria para el efectivo reconocimiento de los derechos. Pero por encima de las eventuales demoras u omisiones del estado parte, tratándose del reconocimiento de derechos individuales, la implementación no es imprescindible para habilitar el ejercicio, la exigibilidad y la justiciabilidad de tales derechos.

En cambio no ocurre lo mismo cuando se trata de limitar derechos, prohibir conductas o castigarlas. En estos casos, la ratificación de un tratado internacional que obliga al estado –por ejemplo- a castigar determinados crímenes, genera una brecha con el derecho local si tales crímenes no están adecuadamente establecidos como tales en la legislación nacional, o lo están de una manera menos amplia o más restringida. Allí se necesita que la legislación doméstica llene la brecha, construya el puente y prevea como prohibidas y punibles las conductas, el principio *nullo crimen et nulla poena sine lege* opera como barrera jurídica.

Otro argumento a favor de la inobjetable necesidad de implementación del Estatuto, es el que se refiere a las reservas de los tratados: De acuerdo al artículo 102 del Estatuto de Roma, la Corte no admite ningún tipo de reservas.<sup>155</sup> Esto trae como consecuencia la necesidad imperante de ajustar las legislaciones internas de los estados parte para una efectiva implementación del Estatuto de Roma.

---

<sup>155</sup> Artículo 102 del Estatuto de Roma.

La reserva como la define la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, es una declaración unilateral de voluntad de los Estados por medio de la cual se excluye la aplicación de, o le da una determinada interpretación a una determinada disposición de un tratado internacional. Una de las funciones de las reservas es precisamente impedir que ciertas normas fundamentales de los Estados, o su práctica legal, sean un motivo para no adherirse a un tratado porque no son compatibles. En otras palabras, las reservas sirven para que los Estados puedan formar parte de un tratado sin la necesidad de modificar su derecho interno.<sup>156</sup>

Entonces, se entiende que si el Estatuto de Roma no permite la interposición de reservas, los órganos nacionales encargados de la celebración de los tratados deben asegurarse de que las disposiciones de las normas fundamentales de los Estados parte no se opongan al tratado, ya que eventualmente ello podría traer consigo el incumplimiento o una ineficaz cooperación con el mismo.

Es bueno agregar otra idea que completa los conceptos anteriormente expuestos: ante el desafío que implica la lucha contra los crímenes de lesa humanidad, todas las regiones del mundo se han hecho las mismas preguntas y se ha enfrentado el Estatuto con la misma incertidumbre. Es importante reconocer que ratificar un tratado que no admite reservas no es trabajo sencillo, máxime cuando este contiene disposiciones sustantivas, adjetivas y organizativas especialmente, como ya lo mencionamos, aquellas que se refieren a cuestiones penales.

Además, se debe considerar que el Estatuto es producto de una negociación no solo de diferentes Estados, sino de diferentes sistemas jurídicos. Por consiguiente en América, como en Europa, como en Asia y África nos encontramos con problemas comunes, pero en la singularidad de cada sistema jurídico podrán surgir problemas particulares. La respuesta adecuada y efectiva dependen de cada Estado y con la posición que asuman definirán su propio régimen de complementariedad e implementación, es decir, dependiendo del grado de compatibilidad que se tenga con el Estatuto de Roma los Estados parte mostrarán su voluntad para cooperar plenamente con la Corte.

De manera general se señala que los problemas comunes que se han detectado, relativos a la compatibilidad del Estatuto y las distintas legislaciones nacionales, son los relacionados con: La tipificación de los crímenes competencia de la Corte, las inmunidades, la extradición o entrega de nacionales, la cadena perpetua, la cosa juzgada, y las actuaciones del fiscal en un Estado parte.

Buscando solucionar esto, varios Estados de distintas regiones del mundo y de distintas tradiciones jurídicas han hecho frente al desafío de implementar las disposiciones materiales del Derecho penal internacional dentro de su legislación interna.

---

<sup>156</sup> Guevara, Bermudez. Jose Antonio. *El estatuto de Roma frente a las constituciones de los Estados*. Seminario : La soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional .Comision de Derechos Humanos del Estado de Mexico. Agosto 2003.

Aunque los diversos procedimientos y fórmulas empleados para superar los problemas señalados no siempre han sido los mismos. Ante idénticas dificultades se han arbitrado respuestas diferentes. Las soluciones han sido de dos tipos: considerar que las eventuales fricciones son superables por medio de una interpretación armónica del Estatuto o bien entender que es necesaria la reforma constitucional para garantizar la perfecta compatibilidad.

#### **4.3.1. Interpretación armónica.**

La interpretación armónica consiste en que las normas se deben leer frente al Estatuto tomando en consideración la teleología o razón de ser del mismo. Por consiguiente, para llevarla a cabo se valora la importancia que tiene el Estatuto como instrumento para la paz y seguridad internacionales, como instrumento contra la impunidad, así como mecanismo disuasorio que servirá para prevenir violaciones masivas o sistemáticas a gran escala del derecho internacional de los derechos humanos.

Así Costa Rica, Ecuador, España y Venezuela, frente a las disposiciones constitucionales que presuponían un obstáculo, hicieron una interpretación armónica del Estatuto, lo que les permitió ratificar sin modificación constitucional. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en su dictamen sobre la compatibilidad del Estatuto con la Constitución, señala que para la revisión de la compatibilidad entre ambos partiría de tres premisas que servirían como elementos de interpretación: En primer lugar, que el Estatuto de Roma tiene como objeto y fin la protección de los derechos humanos, pues al establecer los delitos más graves que pueden darse contra la humanidad y sancionar a los responsables se busca que impere el derecho a las personas, en segundo lugar, que la Corte se crea para promover la paz y seguridad internacionales y , en tercer lugar, que en el Estatuto se garantizan los derechos de las personas acusadas y procesadas<sup>157</sup>. Con esas premisas inicia el análisis de las supuestas contradicciones entre el Estatuto y la Constitución, después de lo cual concluye que no hay incompatibilidades.

---

<sup>157</sup> Ver: informe del doctor Hernán Salgado Pesantes en el caso Núm. 005-2000-CI sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 21 de febrero de 2001. Tomado de <http://www.iccnw.org/espanol>.



### **4.3.2. Reforma constitucional.**

La segunda vía para resolver los problemas de compatibilidad es, propiamente, la modificación de la Constitución, que se puede dar ya sea porque los problemas constitucionales que se detecten son insalvables, es decir, porque una lectura armónica del Estatuto es imposible frente a la lectura y práctica de las instituciones domésticas de la prohibición expresa y clara de las normas constitucionales, o bien porque con la reforma se garantiza la cooperación plena del Estado con la Corte y con ella no se dejaría lugar a dudas sobre la interpretación que se debe dar a la Constitución frente a las obligaciones derivadas del Estatuto.

Brasil, por ejemplo, a pesar de que la Cámara de Diputados reconoció la compatibilidad entre el Estatuto y la Constitución en lo que se refiere a cadena perpetua y extradición, consideró que era necesaria la modificación constitucional con objeto de mejorar la situación de la jurisdicción de la Corte penal Internacional y que no haya dudas sobre su aplicabilidad.

Tanto Alemania como Francia modificaron su Constitución para ratificar el Estatuto. Sin embargo las reformas atendieron a necesidades concretas de cada uno de los países. En el caso de Francia, que supuestamente fue el modelo de reforma que siguió México para la ratificación del Estatuto, fue necesaria únicamente la reforma de un sólo artículo que reconociera la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En México, consideramos que estamos en el segundo supuesto, ya que, como veremos más adelante existen disposiciones de ambos instrumentos que se antojan insalvables mediante una interpretación armónica, iniciando por la jerarquía que guardan los Tratados Internacionales en nuestra legislación. Incluso, será necesaria la modificación de la legislación secundaria de tal manera que el derecho reflejado en el Estatuto de Roma se incorpore al derecho mexicano de la mejor manera, evitando lagunas jurídicas que impidan su buen funcionamiento.

Ante esta problemática ha habido una minoría de países en los que se ha estimado pertinente implementar el Estatuto antes de ratificarlo. En México usualmente se sigue, con suerte, el camino inverso: primero se ratifican los tratados y luego se comienzan los trabajos de implementación, cuya consumación suele tardar o simplemente no llegar.

### **4.3. Alternativa de solución propuesta para el caso de México.**

Una vez definida la Reforma Constitucional como la mejor opción para la implementación del Estatuto de Roma en México, viabilizando con ello la posibilidad de persecución de los crímenes más graves del panorama internacional, específicamente del delito del genocidio, desde los estándares del moderno Derecho Penal Internacional representados en la Corte, iniciaremos directamente con la propuesta de reforma al texto constitucional que a nuestro parecer engloba toda la problemática para el establecimiento de los principios generales del Estatuto a nuestra legislación nacional, esto es, la re-jerarquización del derecho internacional en el sistema jurídico mexicano a través de modificaciones al artículo 133 de nuestra Carta Magna.

#### **4.3.1. Artículo 133 constitucional.**

Como ya lo vimos en el punto anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado nuestra Constitución en su artículo 133 y por ende ha establecido una nueva jerarquía de los tratados internacionales dentro de nuestro sistema jurídico, en donde vista su importancia se les ha considerado superiores a las leyes federales pero inferiores a la propia Constitución.

De manera que nos encontramos, ante un sistema en donde se reconoce la incorporación del derecho emanado de los tratados internacionales, siempre y cuando estén acorde a la Constitución, privando entonces la supremacía de ésta sobre los Tratados Internacionales.

Así las cosas, se considera en esta propuesta, que en base a la importancia del Derecho Internacional, más aún tratándose del Derecho Internacional Humanitario, encargado de atender la comisión de delitos de la mayor trascendencia, como es el caso del genocidio y demás crímenes contra la humanidad, es necesario realizar una serie de reformas dentro de nuestra Constitución, en donde exista primacía del Derecho Internacional por sobre incluso nuestra Ley Fundamental y lograr de esta manera una debida integración de nuestro Estado Mexicano a las exigencias y avances que en materia de instituciones jurídicas se ha avanzado en el ámbito internacional.

Lo anterior no es nuevo, tenemos varios ejemplos, como el de España, que en su Constitución del 31 de octubre de 1978, (vigente en el país) en su artículo 96 menciona que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, formarán parte integrante del ordenamiento interno y que las disposiciones de éstos tratados sólo podrán ser modificadas, derogadas o suspendidas en la forma prevista por el tratado o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional; el artículo 95 establece que cuando un tratado contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá previa revisión constitucional para su celebración.

Evidentemente existe una supremacía del tratado internacional por sobre su Constitución, al grado de que previa celebración de aquel, si tuviera estipulaciones contrarias a ésta, la Constitución deberá ser revisada y reformada en consecuencia.

De la misma forma, encontramos el artículo 54 de la Constitución de la Quinta República Francesa del 4 de octubre de 1958(vigente en el país), en donde el Consejo Constitucional, una vez que declara que una cláusula contraria a esa Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la propia Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse sino después de la reforma a la propia Constitución. En la Constitución de la República Italiana del 21 de diciembre de 1947, (vigente en el país) en su artículo 10º se establece que el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho Internacional generalmente reconocidas, en el caso de la República Federal Alemana en su Ley Fundamental del 23 de Mayo de 1949 (vigente en el país) se establece que las normas generales del Derecho de gentes constituyen parte integrante del Derecho Federal y tendrán primacía sobre las leyes y crearan derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del Territorio Federal.

Como podemos ver en los ejemplos citados, existe una corriente dentro del Derecho Constitucional dentro de los países con una mayor tradición jurídica, que han creído necesaria la incorporación, de los tratados internacionales en su sistema jurídico.

En América Latina, cada vez más, surgen manifestaciones en nuestros días de una nueva postura ante la cuestión clásica de la jerarquía normativa de los tratados internacionales vigentes, la nueva tendencia de algunas Constituciones latinoamericanas recientes de dispensar un tratamiento diferenciado o especial a los tratados de derechos humanos o a los preceptos en ellos consagrados.

Uno de los ejemplos lo encontramos en una de las modificaciones introducidas en la Constitución de Chile , resultante del plebiscito convocado para el 30 de julio de 1989; se agregó al final del artículo 5(II) de la Constitución chilena la disposición según la cual “es deber de los órganos del estado promover tales derechos garantizados por ésta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. De este modo, los derechos garantizados por aquellos tratados pasaron a equipararse jerárquicamente a los garantizados por la Constitución chilena reformada. Otro ejemplo se encuentra en la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 93 determina que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia “prevalecen en el orden interno”, y que los derechos humanos constitucionalmente consagrados serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Lo dispuesto en el artículo 5(2) de la Constitución brasileña de 1988 se inserta en la nueva tendencia de constituciones latinoamericanas recientes de conceder un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías internacionalmente consagrados.

La especificidad y el carácter especial de los tratados de protección internacional de los derechos humanos se encuentran, en efecto, reconocidos y sancionados por la Constitución brasileña de 1988.

En la Constitución argentina, reformada en agosto de 1994, se incorpora una cláusula (artículo 75 (22)) según la cual las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones, la Convención contra el Genocidio, las Convenciones sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y de Discriminación Contra la Mujer, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y la Convención sobre los Derechos del Niño “en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional”. Agrega que aquella disposición que sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo “previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Los demás tratados de derechos humanos “luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”<sup>158</sup>

Otro ejemplo reside en la Constitución de Guatemala de 1985, cuyo artículo 46 establece que los tratados de derechos humanos ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Así, la actual Constitución Guatemalteca atribuye a los tratados de derechos humanos jerarquía especial, con preeminencia sobre la legislación ordinaria y el restante del derecho interno.

Las constituciones latinoamericanas anteriormente citadas reconocen así la relevancia de la protección internacional de los derechos humanos y dan atención y tratamiento especiales en la materia.

Como podemos ver en los ejemplos citados, existe una corriente dentro del Derecho Constitucional en diversos países del orbe, que han creído necesaria la incorporación, no únicamente de los tratados internacionales, sino han tomado en cuenta las fuentes de Derecho Internacional como parte integrante del Derecho interno, y más aún, cuando en algunos casos, la primacía del Derecho Internacional es por sobre la propia Constitución.

Una reforma en tal sentido en nuestra Constitución a propósito de adecuar nuestro marco legal al Estatuto de Roma, contribuiría a enriquecer y mejorar el sistema jurídico de nuestro estado, posibilitando que las conquistas en el terreno del derecho internacional que se han realizado a favor de la protección del ser humano, y no solamente a nivel nación, vengán a proyectarse en nuestra Constitución, ya que el fin último que se persigue con la instauración de la Corte Penal Internacional es que los principios de éste instrumento, creado dentro del ámbito del Derecho internacional alcancen y sirvan a los ciudadanos del estado mexicano.

---

<sup>158</sup> Cfr. Constitución de la Nación Argentina, en Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, sesión de la Convención Nacional Constituyente en Santa Fe, 22 de agosto de 1994, p. 4<sup>a</sup>.

Lo cual en México a pesar de los múltiples tratados suscritos y ratificados por nuestro gobierno, en la práctica no se aplica, porque entre los jueces generalmente se ignora tanto el contenido del derecho internacional como su funcionamiento<sup>159</sup> y en materia de derechos humanos no es la excepción, en nuestro país el derecho se limita a lo que dicta nuestro ordenamiento jurídico interno, en la Constitución y las leyes federales y estatales, cuando el Juez tendría el deber de conocer el derecho internacional como los tratados internacionales.

México es parte en 59 instrumentos internacionales de derechos humanos, y el número va en aumento. Pero no tiene sentido ratificar tantos instrumentos si en la práctica no se aplican.

Un ejemplo muy ilustrativo de lo anteriormente señalado es el del Juicio iniciado al expresidente Luis Echeverría Álvarez por genocidio debido a los hechos ocurridos el 10 de junio de 1971 conocidos como "El halconazo" a un grupo de estudiantes disidentes del gobierno, en donde de acuerdo al artículo 149 Bis del Código Penal Federal el delito de Genocidio por el cual se abre el juicio ya había prescrito, no discutiéndose siquiera si los hechos señalados encuadraban en el Tipo penal, sin tomar en consideración la naturaleza internacional del crimen de genocidio.

En ésta línea de pensamiento, no debemos olvidar que el fin último del derecho en general es el de normar la conducta humana, por tanto no se debe dejar a un lado esa fuente de instituciones jurídicas que es el Derecho Internacional, con ésta propuesta se busca, precisamente el reconocimiento y la aplicación de los principios y estándares de la Corte Penal Internacional de manera tal que permeé dentro del ámbito particular de los gobernados como si se tratase de una ley emanada de la propia Constitución Federal.

---

<sup>159</sup> Llama la atención la sentencia de 1994, del juez primero de distrito en el estado de Nuevo León, en la que, ante el cuestionamiento de si el secretario de relaciones exteriores está facultado para firmar tratados internacionales, el juez, con base en la Constitución, afirmó que "sólo el Presidente de la República está facultado constitucionalmente para obligar al país y por tanto, para celebrar tratados internacionales". Esta sentencia desconoce totalmente tanto la práctica como el derecho internacional, ya que la Convención de Viena, de la que México forma parte, establece que los ministros de asuntos exteriores gozan de la presunción de ser representantes de Estado, y en consecuencia no requieren de representación de plenos poderes para participar en la celebración de tratados internacionales.

#### **4.3.2. Reforma del artículo 21 constitucional.**

Aún cuando, mediante la reforma aprobada el 15 de diciembre de 2002 al artículo 21 de nuestra Constitución, adicionando el párrafo siguiente: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.

Nuestro país da un gran paso hacia la ratificación del Estatuto de Roma por parte del Senado posibilitando a su vez el depósito del instrumento de ratificación ante la Asamblea General de la O.N.U. Y a pesar de que se puede considerar un acierto el trabajar la reforma sobre éste artículo de nuestra Ley Fundamental, debido a que se trata de plantear, de forma general, una excepción al principio de jurisdicción nacional en materia penal, que en el mismo se expresa a favor del Ministerio Público y de los órganos jurisdiccionales mexicanos, reconociendo la jurisdicción (con reservas) de la Corte Penal Internacional, no es adecuado, en cambio el proponer que, caso por caso, se apruebe la aplicación de un tratado internacional ya firmado, aprobado y ratificado.

Si bien la fracción I del artículo 76 constitucional da como facultad exclusiva del Senado aprobar los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo, en ningún caso esto quiere decir que deberá aprobarlos cada vez que estos se apliquen. Una vez ratificado un tratado este es Ley Suprema de toda la Unión y no necesita aprobación alguna ni para su entrada en vigor, ni para su aplicación, ni para surtir efectos jurídicos.

El objetivo principal de la ratificación es reconocer la jurisdicción de la CPI, lo cual entraría en conflicto con la adición propuesta que obligaría a reconocer caso por caso una jurisdicción previamente reconocida.

La adición tendría efectos de reserva<sup>160</sup>, en flagrante contradicción al artículo 120 del Estatuto y del artículo 19 incisos a) y c) de dicha Convención, que establece que el Estatuto no admite reservas.

Con esta reforma el Senado se atribuiría facultades para decidir sobre la competencia y jurisdicción en la investigación y persecución de los delitos, facultades exclusivas de los poderes ejecutivo y judicial respectivamente.

De conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena, un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Con la presente adición México podría invocar la propia adición para no reconocer la jurisdicción de la Corte, parte medular del Estatuto de Roma, y así incurriría en otra violación más a la Convención.

---

<sup>160</sup> En los términos del sub-inciso d), inciso 1, del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del que México es parte.

La adición propuesta facultaría tanto al Ejecutivo, como al Senado, a negar la entrega de un individuo a la Corte Penal Internacional. Este supuesto violaría los artículos 86 y 88 del Estatuto de Roma. Si llega a darse el caso de que el Ejecutivo Federal o el Senado de la República se nieguen a cooperar, estarían concediendo una “amnistía de hecho” a los responsables de la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma.

El efecto de la aplicación de la adición propuesta sería contrario al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de conformidad con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que México no sólo atentaría contra el espíritu que dio origen a la Corte Penal Internacional, sino que iría en contra de sus obligaciones internacionales derivadas de diversos tratados internacionales de los que es parte.

En el dictamen del proyecto se menciona: “ante diversas posibilidades de redacción al agregado que se propone consideramos adecuado retomar la disposición generada por Francia,...”. La reforma constitucional francesa dice: “La Republica podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998.” Una simple lectura de este texto permite darse cuenta de que hay una diferencia sustancial.

Francia, al incluir esta adición en su constitución buscaba facultar al Ejecutivo para ratificar el Estatuto en los términos del mismo, sin condiciones ni reservas, en tanto que la del Senado mexicano limita y condiciona la aplicación del Estatuto y plantea más problemas que los que resuelve.

Dadas las consideraciones anteriores nos parece adecuado sugerir la siguiente propuesta de reforma constitucional al artículo 21, la cual fue presentada por el Senador Jesús Ortega Martínez (PRD), en el debate del Senado de la República, una vez conocido el dictamen de adición a dicho artículo, en la sesión del 14 de diciembre.

En su discurso, Ortega Martínez cuestionó la injerencia que se pretendía dar al Senado de la República en el procedimiento de colaboración con la CPI, y previno sobre la politización de las decisiones de aquella cámara en estos casos:

¿Por qué utilizar al Senado para juicios de carácter político, cuando lo que estamos pensando es que la CPI tiene que hacer sanciones jurídicas, estrictamente jurídicas? ¿Por qué posibilitar que una correlación de fuerzas, determinada por un acontecimiento electoral, tenga que determinar si México acepta la jurisdicción plena de la CPI?

Carece de sentido, advirtió, asumir la globalización en materia económica y rechazarla en materia de justicia.

El senador Ortega propuso, finalmente, otra fórmula para el proyectado párrafo quinto del artículo 21, concebida así: "El Estado mexicano reconoce plenamente la jurisdicción complementaria de la CPI, en los términos y condiciones establecidos en el Estatuto de Roma".

La sugerencia del senador Ortega si se encuentra en la misma línea de la reforma a la Constitución francesa: el Estado toma, lisa y llanamente, las disposiciones del estatuto y se obliga a cumplirlas.

#### **4.3.3. Cesión de Competencias.**

Si el objetivo final es, como se ha dicho, que en México se persigan de manera efectiva los crímenes graves de trascendencia internacional de manera tal que no existan nichos de impunidad (como ha sucedido en diversas oportunidades en los que el encubrimiento gubernamental y el manejo de los medios de comunicación colectivo han tendido espesas columnas de humo a actos de represión diversa: los acontecimientos del 2 de octubre de 1968, del 10 de junio de 1971 (halconazo), y toda la labor de represión contra los movimientos guerrilleros principalmente en los años setenta, consideramos que con las reformas propuestas alcanzaría para su efectiva persecución en el país, por un lado, con la reforma al artículo 21 constitucional sugerida en líneas anteriores se aceptaría la vigencia del Tratado en los términos que el mismo señala, sin condiciones ni reservas.

Por otro lado, una vez aceptada la reforma del art. 133 constitucional en los términos planteados, no tendría que haber ninguna complicación jurídica para atender a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, en virtud de que no existiría en el orden jurídico mexicano ninguna norma incompatible con dicho Estatuto, al ser éste jerárquicamente superior. Es decir, aun cuando hubiera alguna norma constitucional en colisión con los principios del estatuto de Roma, prevalecería éste último de acuerdo a lo estipulado en el artículo 133 constitucional.

En otras palabras, el estado mexicano estaría delegando parte de su soberanía para juzgar los crímenes previstos por el Estatuto cometidos dentro del territorio o por sus nacionales a favor de la Corte Penal Internacional. Al respecto, algunos se preguntarán sobre la posibilidad de delegar soberanía a un órgano Internacional.

Pues en efecto la soberanía plena consiste en el derecho de todo Estado de delegar su soberanía mediante un Tratado Internacional, siempre observando lo estipulado por el artículo 53 de la Convención de Viena en el sentido de que el objeto y fin del Tratado no sea contrario a las normas imperativas de derecho internacional o normas de *jus cogens*.<sup>161</sup>

---

<sup>161</sup> Podemos encontrar una definición de las normas Jus Cogens al inicio del presente capítulo.



Esta solución, como pudimos observarlo en el tercer capítulo del presente estudio acerca de la implementación del Estatuto de Roma en España, por medio de la delegación de competencias constitucionales jurisdiccionales la prevé la Constitución Española en su artículo 93 al precisar que a través de una Ley Orgánica se puede autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, al mismo tiempo establece que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno garantizar el cumplimiento de éstos y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.<sup>162</sup> Para el caso de la Corte Penal Internacional se realizó mediante la “Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional”, que en su artículo 7.2 dispone:

“Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

De esta manera, España ratificó el Estatuto de Roma por medio de la utilización de su Constitución en la que como se puede apreciar se prevé la delegación de competencias a favor de de la Corte Penal Internacional.

En el caso de México, se podría incluir un lenguaje que refleje este tipo de delegación de competencia, la cual con la reforma propuesta al artículo 133 de nuestra Ley Fundamental, en el sentido de la obligatoriedad que ostentaría el Estatuto de Roma dentro de la jerarquía normativa, facultaría al Congreso para la aprobación de legislación secundaria que permitiera delegar competencias constitucionales jurisdiccionales a un organismo internacional.

Aún cuando esta vía sea jurídicamente factible y en principio no parezca del todo mal ceder la competencia para juzgar crímenes internacionales a un órgano internacional, tenemos que considerar el hecho, que la Corte actúa con medios personales y materiales muy limitados, y que por ello el principio de complementariedad está pensado no solo para proteger la soberanía de los Estados sino también como un mecanismo de colaboración en la tarea de impartir justicia ante la mencionada limitación de las posibilidades, no solo legales, sino prácticas, de actuación de la Corte. Además, aunado a este hecho, en México, por su pasado histórico, hay un rechazo total de entrada a todo lo que pueda implicar una posible cesión de soberanía, se ve como algo pernicioso en sí.

---

<sup>162</sup> Artículo 93 de la Constitución Española.

#### 4.3.4. Consideraciones finales.

Como ya es sabido, el propósito principal de la CPI es ser una jurisdicción complementaria que ha sido diseñada para funcionar de manera complementaria a la jurisdicción nacional, de tal modo que pueda eventualmente investigar y castigar en su caso, a quienes cometan algunas conductas que abarcan situaciones límite.<sup>163</sup> Por esta complementariedad, los tribunales nacionales se mantienen en sus funciones y atribuciones, a menos que no quieran o no puedan investigar y enjuiciar a los responsables de esas conductas, mismas que han sido denominadas crímenes y no delitos con el fin de poner el acento en su gravedad –que es una regla de competencia material – y en consecuencia la Corte estará facultada para juzgar a personas por genocidio y demás crímenes competencia de la Corte.

Una vez que la Corte Penal Internacional haya cobrado rango constitucional e inclusive supra-constitucional, habrá librado gran parte de las discrepancias e incompatibilidades de los principios de derecho penal sustentados por ambos ordenamientos, sin embargo en virtud del principio de complementariedad, será necesario que los tipos penales que señala el Estatuto de Roma estén debidamente previstos por la legislación mexicana, de manera que nuestros tribunales tengan la facultad de ejercer jurisdicción sobre ellos de primera mano.

El Código Penal Federal prevé en su artículo 6°, que los órganos jurisdiccionales de nuestro país aplicarán las penas previstas para los delitos contemplados en los tratados internacionales suscritos por México.<sup>164</sup> Hasta antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, ninguno de los tratados internacionales que son vinculantes para el país, han contemplado tipos penales definidos, conductas punibles y la pena que corresponde a los mismos. Por ese motivo y porque México no ha modificado su legislación interna cuando así lo establece el tratado en cuestión, como en el caso de las Convenciones de Ginebra, ese artículo nunca ha sido aplicado.

En el Estatuto de Roma que da vida a la Corte Penal Internacional, por primera vez se definen conductas punibles y las penas que les corresponden; sin embargo, por razones obvias, la técnica jurídica de los tratados internacionales es muy distinta a la de cada sistema nacional, de tal manera que aún cuando el Estatuto de Roma tiene ya plena vigencia para México, existe un gravísimo vacío legal, en el que los tribunales mexicanos pueden verse imposibilitados para imponer sanciones por los delitos previstos en el Estatuto de Roma, por cuestiones estrictamente técnicas y en ese momento tendría que hacerse efectiva la jurisdicción internacional.

---

<sup>163</sup> Artículos 6o., 7o. y 8o. del ER.

<sup>164</sup> Artículo Sexto del Código Penal Federal Mexicano vigente que establece: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y en su caso, las conducentes del libro segundo.”

Esto, porque es prácticamente imposible – atendiendo a la práctica mexicana - que de realizarse algunas de las conductas establecidas en el artículo 5° del Estatuto de Roma, en este momento en que México se encuentra materialmente impedido para conocer de los crímenes tal como los contempla la Corte Penal Internacional, se invoque el citado artículo 6° del Código Penal Federal, para aplicar directamente sus contenidos, procesando a personas por genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra e imponiendo una sanción de las comprendidas en su artículo 70.

Es por todo lo anterior, por lo que necesariamente habrá de revisarse el tipo contenido en el Código Penal Federal para ajustarlos a los del Estatuto de Roma. No se tratará de una revisión aislada o menor. Deberá comprender el tipo de genocidio, tal y como se reconoce en el Estatuto de Roma o en la misma Convención de 1948, y no como actualmente se encuentra redactado en el artículo 149 bis; Es indispensable hacerlo, porque el vacío nacional convertiría a la justicia internacional en el único fuero disponible para el juzgamiento de éste y otros delitos competencia de la Corte Penal Internacional, en vez de que la justicia nacional actúe como sede natural del enjuiciamiento y la internacional como instancia subsidiaria.

Es cierto que con la aprobación del Estatuto de Roma y la participación de nuestro país en la Corte Penal Internacional, se presenta a los mexicanos una oportunidad de protección en contra de actos de carácter violatorio y autoritario a nivel interno. Pero esa oportunidad, implica no sólo actualizarnos en lo que se refiere a los adelantos y a las nuevas corrientes de protección de los derechos fundamentales, ni tan sólo estar a la vanguardia del Derecho Internacional.

Esto va más allá de la defensa de los derechos fundamentales, es lograr que nuestros sistemas de procuración y administración de justicia a nivel interno tiendan a la mejora continua, procurando que los asuntos no lleguen a la jurisdicción de la Corte. Para poder lograr lo anterior y cumplir con el Estatuto hay que tener una Ley Específica de Cooperación, en cuyo marco se podrían establecer los mecanismos específicos para que el Gobierno de México pueda cumplir con las solicitudes que le requiera la CPI.

Hay dos aspectos importantes que tendría que cubrir una legislación de implementación: la tipificación en la legislación mexicana de los delitos que están previstos en el Estatuto. “Todo Estado que quiera beneficiarse del principio de complementariedad y quiera garantizar el ejercicio de su jurisdicción nacional para conocer de crímenes como el genocidio, de guerra y de lesa humanidad, debe tener en su legislación esos delitos bien tipificados”. Así como los delitos denominados contra la administración de justicia en el Estatuto de Roma<sup>165</sup>, tendientes a proteger penalmente a la propia administración de justicia de la C.P.I.

---

<sup>165</sup> Artículo 70 del ER

En relación a este tipo de delitos en México en materia Federal se encuentran tipificados bajo el rubro de Delitos cometidos contra la Administración de Justicia.<sup>166</sup> Con la diferencia que en los tipos previstos en el numeral 70 del Estatuto de Roma los sujetos activos pueden ser particulares o funcionarios públicos como en el caso de los incisos b) c) y f) del citado numeral, y para el caso de México los supuestos señalados como Delitos contra la Administración de Justicia sólo pueden ser cometidos por servidores públicos de la procuración de justicia, de la administración y del sistema carcelario. El único tipo penal previsto en este título y que cualquier particular sería el sujeto activo es el relativo al ejercicio indebido del propio derecho, que se corresponde con la prohibición constitucional de hacerse justicia de propia mano.<sup>167</sup>

En México como ya se dijo en líneas anteriores no existe una Ley de Implementación ni Proyecto al respecto, por consiguiente la implementación en la legislación interna y dado el escenario político actual, sería una implementación limitada mediante la introducción de normas de procedimiento necesarias para la cooperación y ampliación de los delitos correspondientes. Si bien es cierto que actualmente está en Proyecto una Ley de Cooperación, no se ha hecho lo propio con relación a las modificaciones correspondientes en materia de Derecho penal, tanto en la parte general como en especial.

Aparte de las buenas intenciones y el entusiasmo que a la casi totalidad de los internacionalistas nos despierta la vigencia de la Corte Penal Internacional, es necesario aceptar que se requiere una adecuada solución técnica para la recepción del estatuto en nuestro sistema jurídico. Los países que han ratificado o están en vías de hacerlo, han promovido o introducirán reformas legislativas en su orden doméstico.<sup>168</sup> El régimen de la Corte Penal Internacional, con el trasfondo histórico de más de medio siglo de dificultosa confección, aporta nociones jurídicas novedosas y revolucionarias.

Vale la pena, pues, reconsiderar el argumento de soberanía y colocarlo en sus justos términos, que son de altísimo valor para la nación -y en este sentido deben ser celosamente observados-, aunque no necesariamente traen consigo las consecuencias que en ocasiones se les atribuyen, y mucho menos implican la sustracción a la vida internacional y a cualquier compromiso racional y pertinente con Estados o personas más allá de nuestras fronteras.

---

<sup>166</sup> Tipificados en el CPF en el Título Decimoprimer de los numerales 225 a 227. El artículo 225 tipifica veintiocho supuestos de conductas cometidas por servidores públicos, tanto en la fase de la investigación del delito, de la imposición de la sanción y de la ejecución de la sanción. De igual forma los Códigos de las entidades federativas reproducen este tipo de delitos.

<sup>167</sup> Artículo 17 de la CPEUM que en su primer párrafo establece "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

<sup>168</sup> Sobre este punto resulta interesante el estudio de Pellandini, Cristina, "La ratificación e implementación del Estatuto de Roma: La experiencia de los países europeos", en Guevara y Valdés Riveroll, *op. cit.*, nota 10, p. 149.

Lo que no parece posible es fijar ciertas condiciones al desempeño de la jurisdicción penal internacional, al margen de las previsiones del propio Estatuto de Roma. No sobra recordar que el estatuto no permite reservas (artículo 120). Los procedimientos para la colaboración entre el nuevo tribunal internacional y el Estado mexicano son los que aparecen, como regla general, en el mismo estatuto.

Es verdad que el Estado puede y debe fijar interiormente el procedimiento que le parezca más adecuado para dar curso a las peticiones de la CPI, pero también lo es que aquél no podría significar un valladar absoluto para el desempeño de las funciones de la corte; si así fuera, se estaría actuando en sentido adverso al objeto y fin del tratado, cosa que resultaría inadmisibles dentro del derecho internacional de los tratados recogido en la Convención de Viena sobre esta materia.

Conviene que nuestro país se incorpore en la mejor corriente del derecho internacional contemporáneo. Esa incorporación sería consecuente con las convicciones humanistas y justicieras que han campeado en el largo y laborioso proceso evolutivo del derecho patrio. Evidentemente, no desaparecerá el crimen internacional cuando la corte se instale. Esta no podría aspirar a semejante efecto milagroso. Pero es posible que la certeza de que no habrá impunidad para los responsables de crímenes gravísimos alcance a retraer, en alguna medida apreciable, la aparición de estos delitos.

En un discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el presidente de la Corte Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Antonio Cassese, recordó que en 1932 el ilustre científico Albert Einstein se dirigió a Sigmund Freud para conocer su opinión sobre la posibilidad de eliminar en definitiva el flagelo de la guerra. El psicoanalista austriaco repuso que difícilmente se podrían suprimir las tendencias agresivas del ser humano. Empero, sería factible recurrir a "medidas paliativas" que las mitigaran. Y en opinión del magistrado Cassese, la corte para la ex-Yugoslavia formaba filas entre esas medidas. Tal es el valor que podemos asignar a la Corte Penal Internacional. No es poca cosa: a título de paliativo, moderador de la violencia, pudiera salvar muchas vidas. Una sola de ellas justificaría su existencia.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto se llega a las siguientes conclusiones:

- Después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, los juicios a que se sometió en Nuremberg y Tokio a los dirigentes nazis y del imperio japonés, y la creación de las Naciones Unidas como el organismo que debía preservar la paz mundial bajo el imperio del derecho y algunos tribunales especiales para crímenes internacionales, la comunidad internacional consideró quizás equivocadamente, que había comenzado una nueva era; una era en la que el uso de la fuerza armada se eliminaba como instrumento de política nacional.

Sin embargo, Las pasadas cinco décadas han sido testigo de más de doscientos conflictos armados en los que han muerto más personas –en gran porcentaje civiles- que en la II Guerra Mundial, hemos sido testigos de atrocidades y genocidios con motivaciones étnicas o ideológicas, de las cuales México no ha estado exento, y con mucha frecuencia los responsables han eludido el juicio y castigo de los tribunales nacionales, inclusive en muchos casos los culpables de esas violaciones han desempeñado cargos de mando y poder en sus propios países y se han situado, de hecho, por encima de la ley.

Por ello, para evitar esa impunidad, se han creado tribunales especiales o ad hoc, como los de Nürenberg, Tokio, ex Yugoslavia y Ruanda; pero éstos sólo fueron diseñados con posterioridad a que ocurrieron los hechos que iban a juzgar y sin que tuvieran alguna permanencia.

Por tal razón, la lucha por la existencia de una jurisdicción penal universal, que trascienda los sistemas de justicia penal estatal y les sirva de complemento, se cristaliza el 17 de julio de 1998, fecha en que fue aprobado en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, conocido, por ello, también como el Estatuto de Roma.

La aprobación de este instrumento significa, sin duda, también la culminación de una importante etapa de internacionalización de la protección de las personas frente a las más graves violaciones de los derechos humanos, sin duda alguna encabezados por el delito de genocidio. A diferencia de los tribunales anteriores, la Corte Penal Internacional tiene carácter permanente, para poner fin a la impunidad y así contribuir a la prevención de nuevos crímenes de esa magnitud.

El reto para México estriva, aún cuando dicho tratado ha sido ya suscrito y ratificado, en incorporar de mejor manera los principios generales de derecho penal de éste organismo internacional a nuestra legislación interna.

- “El genocidio es el crimen de todos los crímenes” Esta afirmación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda resume la verdadera dimensión de éste crimen Internacional dentro de la gama de delitos contemplados por el Estatuto, es un delito, que por su naturaleza, se comete invariablemente desde o en complicidad con el poder, razón por la cual sus autores han quedado en la gran mayoría de los casos sin pagar por las consecuencias de sus actos.
- Mediante la reforma al artículo 133, a efecto de ubicar a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en un plano jerárquicamente igual al de la Constitución Mexicana, dando preferencia a los primeros en caso de suscitarse controversia o incompatibilidades entre ambos ordenamientos, se librarían las discrepancias más visibles y polémicas entre éstos ordenamientos jurídicos, problemas relativos a las inmunidades, extradición, cadena perpetua, cosa juzgada(*ne bis in ídem*), actuaciones del Fiscal en un territorio de un Estado Parte. Al privar el Estatuto de Roma sobre lo que pueda establecer nuestra Carta Magna.
- La reforma al artículo 21 de la Constitución Mexicana, fue, definitivamente el acto legislativo que permitió al gobierno mexicano la ratificación del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. No obstante, el hecho de imponer reservas para aceptar la jurisdicción de la Corte, está en contra de lo que dispone el artículo 120 del Estatuto que establece que no admite reservas. Es decir, en los términos actuales de la reforma se esta proponiendo que, caso por caso, se apruebe la aplicación de un tratado internacional ya firmado, aprobado y ratificado lo cual se encuentra fuera de toda lógica, es el único país que al momento de ratificar ha impuesto una reserva de esa naturaleza.

Dadas las consideraciones anteriores, nuestra propuesta de reforma constitucional al artículo 21. En congruencia con la exposición de motivos del proyecto de decreto, es la de adoptar de manera efectiva la adición francesa ya expuesta, reconociendo la jurisdicción de la Corte en las condiciones previstas por el propio Estatuto de Roma. Lo cual no encontraría trabas constitucionales una vez aceptada la reforma al artículo 133 constitucional al conceder mayor relevancia del Derecho Internacional, cuando de la protección de los derechos humanos se trate.

- Después del estudio comparado del proceso de implementación del estatuto de Roma llevado a cabo por España, país que se ha caracterizado por el gran impulso dado al desarrollo del Derecho Penal Internacional a nivel mundial y al principio de Extra-territorialidad, concluimos que no es una opción para el caso de México la manera en que ese país enfrentó el proceso debido al principio de complementariedad que distingue al Estatuto de Roma, el cual enuncia que las entidades estatales deberán en primera instancia ejercer jurisdicción en la persecución de los crímenes

internacionales dentro de sus fronteras, dejando la acción de la Corte Penal Internacional para los casos en que el estado no quiera o no pueda técnicamente juzgar este tipo de delitos, España por el contrario cede la competencia de persecución de los crímenes internacionales a la Corte Penal Internacional aún cuando irónicamente en el ordenamiento jurídico español están tipificadas todas las modalidades de genocidio previstas en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en el artículo 6 del Estatuto de Roma. La tipicidad de este delito en la regulación española es en algunos supuestos más amplia, e incluso recoge alguna modalidad más de las previstas en la regulación internacional.

- Es en relación a este principio de complementariedad que se debe incluir en el Código Penal Mexicano la tipificación del delito de Genocidio tal y como se encuentra dentro del artículo 6º del Estatuto de Roma y no como se encuentra actualmente en el artículo 149 Bis del Código Penal Federal Mexicano ya que esto imposibilitaría el juzgamiento del mismo en nuestro país al existir diferencias de forma y fondo entre la tipificación que ambos instrumentos realizan del mismo.
- La ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado Mexicano, es observada como la manifestación de una voluntad política de combatir espacios de impunidad por la comisión de los más graves crímenes internacionales. Voluntad, que no debe reflejarse únicamente en el depósito del instrumento de ratificación ante la ONU, sino también en un adecuado proceso de implementación a nivel interno, incorporando las conductas que conforman la competencia de los crímenes materia de la Corte Penal Internacional, así como también previendo las diferentes formas de colaboración con esta, a efecto de apoyar eficazmente la realización de los objetivos de esta jurisdicción penal internacional.
- Se debe modificar el anticuado concepto de soberanía existente en el país, considerando por un lado que la soberanía plena de una nación consiste en el derecho de cada país a delegar parte de su soberanía mediante la firma de algún tratado internacional, por otra parte, la soberanía nacional no se vería afectada en modo alguno a menos que nuestra legislación interna y aparatos de justicia no atiendan de forma adecuada, ya sea porque no hay voluntad o porque no existen los elementos técnicos, respecto a los crímenes de naturaleza internacional, facultando a la Corte Penal Internacional a ejercer su jurisdicción sobre los mismos.
- De no efectuarse los cambios en los ordenamientos jurídicos internos para la adecuada implementación de los principios de éste instrumento internacional en nuestro país y el estado de cosas continúa en los términos que guardan actualmente, estaríamos ante la presencia de un tratado inconstitucional, toda vez que establece disposiciones contrarias a la Constitución en los temas analizados en el cuerpo de la investigación.



- Nuestro país, además de discutir las cuestiones señaladas, debe asumir una postura clara y aceptar la necesidad de establecer mecanismos internacionales a favor de la dignidad humana, como el que nos ofrece la Corte Penal Internacional, y no quedarse sólo en una etapa discursiva y de discusión estéril.

Sin duda, el papel de la CPI será decisivo en la vigencia de los derechos humanos y reducirá el riesgo de futuros crímenes en contra de la humanidad. Al no haber impunidad, se da un importante paso a favor de la defensa y respeto de estas prerrogativas. Referente a los órdenes constitucionales, más que debilitarlos, se fortalecerán los principios básicos sobre los que se sustentan.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Garín, Raúl. **Genocidio y Prescripción**. II Foro Internacional, Senado de la República, Comité 68. 2004.
- Álvarez Marín, Raúl. **Teoría y Práctica en Juicios Penales por genocidio y delitos de lesa humanidad en México y el mundo**. Senado de la República, Comité 68. 2003.
- Arteaga Nava, Elisur. **Derecho Constitucional Mexicano**. Editorial Harla. México 1998.
- Bassiouni M. Cheriff, **Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional**, trad. de José L. de la Cuesta Arizmendi, Madrid, Tecnos, 1983, P. 77.
- Barrales Alcántara, Iván Fernando. **El Tribunal Penal Internacional: Desafíos Constitucionales para México**. Revista Globalización Judicial. Noviembre 2000.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. Edit. Porrúa, México 2000.
- Cañiz García, Natalia. **Constitucionalidad del Estatuto de Roma y realidad Jurídico-Política en México bajo la perspectiva del Derecho Comparado**. Anuario Mexicano del Derecho Internacional. Volumen 3. 2003.
- **Diccionario Jurídico Mexicano**, Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, México 2000.

- García Ramírez, Sergio. ***La Corte Penal Internacional***. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2002.
- García Ramírez Sergio. ***México ante el Estatuto***. Anuario Mexicano del Derecho Internacional. Volumen 3. 2003.
- GIL GIL Alicia , ***El genocidio y otros crímenes internacionales***. Valencia 1999 pp 151-152
- González Cueva, Eduardo, "**El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y algunas de sus consecuencias en el ámbito interno**", en Corcuera Cabezut, Santiago y Guevara Bermúdez, José Antonio (comp.), *Justicia penal internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2001, pp. 179-187.
- Gómez Benítez, José Manuel. "**Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y tortura**". El principio de jurisdicción universal. Madrid, Colex, 2001. Pág. 63 - 72
- Gómez Robledo, Juan Manuel. "**Consecuencias para la política exterior de México de la Resolución del Secretario de Relaciones Exteriores por la que se concede la extradición de Miguel Ángel Cavallo**". El Foro, No. 1, Duodécima Época, Tomo XV, Primer Semestre 2001, México. Pág. 217 – 224.
- Guevara B., José A. y Valdés Riveroll, Mariana, ***La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto***. México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 120.
- Kai Ambos/Ezequiel Malarino. ***Temas del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España***. Konrad-Adenauer-Stiftunge E.V. 2005.

- Schabas A. William. ***An Introduction to the Internacional Criminal Court.*** England: Cambridge University Press. 2001.
- Schabas A. William. ***Genocide in Internacional Law, The crime of crimes.*** England: Cambridge University Press. 2000.
- Villareal Corrales, Lucinda. ***La cooperación Internacional en materia penal.*** Editorial Porrúa, México D.F. 2002.

## HEMEROGRAFÍA

- Álvarez Guerrero, Mónica. ***Jurisdicción concurrente y obligación de cooperar de los estados con el Tribunal Penal Internacional***. Revista la Globalización Judicial. Noviembre 2000.
- Cuerda Riezu, Antonio. ***Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional***. Revista Derecho Comparado. Noviembre 2000.
- De la Torre Torres, Rosa María. ***Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc: Experiencias Previas al Tribunal Penal Internacional***. Revista Globalización Judicial. Noviembre 2000: 10-13.
- Deop, Xavier. ***La Corte Penal Internacional: Un nuevo instrumento internacional contra la impunidad***. Revista cidob d'afers internacionals, diciembre 2000-enero 2001.
- Dondé Matute, Javier. ***“¿Existe el Derecho Penal Internacional?”***. Revista Mexicana de Derecho Público, No. 3, Abril 2002, México. Pág. 105 – 123.
- Gimeno Sendra Vicente. ***La compatibilidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional con la Constitución Política de los E.U.M.*** Revista Jurídica. 2000.
- González A. Carrancá, Juan Luis. ***“La Corte Penal Internacional y su impacto jurídico político en México”***. Revista Académica. No. 2, Año 1, Enero 2004, México. Pág. 139 – 178.
- Guevara Bermúdez, José A. ***La compatibilidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional con la Constitución Política de los E.U.M.*** Revista Jurídica. 2000.

- Martínez Zamudio, Eduardo. ***El Tribunal Penal Internacional: hacia un nuevo Derecho Penal Internacional.*** Revista Globalización Judicial. Noviembre del 2000: 14.
- Méndez Silva, Ricardo. ***La Corte Penal Internacional.*** Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Silva, Cristina Isabel. ***“El Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional, la investigación y el procedimiento ante la Corte Penal Internacional”.*** *Revista Académica.* No. 2, Año 1, Enero 2004, México. Pág. 201 – 227.
- Tamayo Herrera, Yadhira Y. ***Responsabilidad Penal del Individuo en el orden penal internacional y jurisdicción universal.*** Revista repensal, Red de penalistas, Noviembre 2000.
- Vega González, Paulina. ***El Estatuto de la Corte Penal Internacional y las Garantías Judiciales.*** *Revista Bien común y Gobierno.* Octubre 2000.
- Zamora Pierce, Jesús. ***El senado y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.*** Revista el Foro. Tomo XIV. 2001.

## MESOGRAFÍA:

- [www.senado.gob.mx](http://www.senado.gob.mx) Consulta realizada el 6 de marzo de 2006.
- [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx) Consulta realizada el 9 de enero de 2007.
- [www.cddhcu.gob.mx](http://www.cddhcu.gob.mx) Consulta realizada el 16 de noviembre de 2006.
- [w.www.onu.org](http://www.onu.org) Consulta realizada el 23 de agosto de 2006.
- [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) Consulta realizada el 11 de enero de 2007.
- [www.bibliojuridicas.org](http://www.bibliojuridicas.org) Consulta realizada el 11 de enero de 2007.
- [www.ejournal.unam.mx/boletin\\_mderecho.html](http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho.html) Consulta realizada el 23 de noviembre de 2006.
- [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) Consulta realizada el 4 de marzo del 2006.
- [www.un.org/law/icc](http://www.un.org/law/icc) Consulta realizada el 25 de julio del 2006.
- [www.hrw.org](http://www.hrw.org) Consulta realizada el 12 de abril del 2007.
- [www.cinu.org.mx](http://www.cinu.org.mx) Consulta realizada el 25 de septiembre del 2006.

## OTROS DOCUMENTOS

- **Código Penal Federal Mexicano.**
- **Código Federal de Procedimientos Penales.**
- **Código de Justicia Militar.**
- **Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.**
- **Convención sobre los Derechos del Niño.**
- **Convención de Viena para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio.**
- **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.**
- **Convención de 1968 sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la Humanidad.**
- **Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.**
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos.**
- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y de Discriminación Contra la Mujer.**
- **Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.**
- **Declaración Universal de Derechos Humanos.**
- **Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.**
- **Ley Orgánica del Poder Judicial (Español).**
- **Ley Orgánica de Reformas al Código Penal (Español).**
- **Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional.**
- **Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas.**
- **Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones.**