

1. Introducción

México, firmó el Estatuto *ad referendum* el 7 de diciembre del 2000, en ocasión de la cumbre del milenio. Sin embargo, fue en la actual administración del presidente Vicente Fox y en el medio de las negociaciones para la firma de un TLC con la UE,¹ que el titular del Ejecutivo envío a la Cámara de Senadores un Proyecto de Reforma Constitucional al artículo 21, con el objetivo de reconocer a través de la máxima ley que rige el país la aceptación de la jurisdicción de algunos tribunales internacionales, entre ellos la CIJ, la CIDH y la propia CPI.²

El 16 de diciembre del 2002, la cámara de Senadores aprobó la adición de un quinto párrafo al artículo en cuestión y, atendiendo al procedimiento establecido por la CPEUM, la Cámara de Senadores turnó el expediente a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación. Finalmente, después de introducir en su agenda legislativa en más de tres períodos ordinarios la adición de un quinto párrafo al artículo 21 Constitucional, éste fue aprobado el 9 de diciembre del 2004.

¹ La iniciativa de reforma del artículo 21 fue enviada a la Cámara de Senadores el 30 de noviembre del 2001. Véase www.iccnow.org.

² Para más detalles sobre el contenido del Proyecto de reforma propuesto por el Ejecutivo véase Elia Patricia Neri Guajardo: “Informe México”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, pp. 403-445.

Posteriormente, la Cámara de Diputados turnó a las legislaturas locales el proyecto de reforma constitucional, y en un plazo de aproximadamente seis meses los congresos locales dieron su visto bueno a la adición de un quinto párrafo al artículo 21.³

Finalmente, y después de algunos años de trabajo, el Senado de la República aprobó la ratificación del Estatuto por el Estado mexicano el 22 de junio del 2005, con un total de 75 votos a favor y 1 en contra.

Una vez acontecido lo anterior, la sociedad civil, representada por la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de una CPI, solicitó al Ejecutivo Federal que no realizara ninguna declaración interpretativa al Estatuto, que rápidamente se abocara al proceso de implementación en la legislación interna e instalara las mesas de discusión para tales efectos, ya que actualmente no se cuenta con ningún proyecto de ley de implementación en el Congreso de la Unión.

No obstante, informaciones absolutamente extraoficiales han señalado que la SRE ha solicitado a una institución de educación superior del país la elaboración de un posible texto de Ley de Implementación. Este documento —si existe— no ha sido dado a conocer a la opinión pública ni a la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de la CPI; en consecuencia, no es posible realizar comentario alguno sobre sus contenidos ni, en su caso, respecto de las propuestas que contemple para la implementación del Estatuto en el orden jurídico mexicano.

³ Según el artículo 135 de la CPEUM, para reformarla es necesario que el Congreso de la Unión —Cámara de Senadores, como cámara de origen y la Cámara de Diputados, como cámara revisora en este caso— por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el momento de la votación, acuerde las reformas o adiciones, además es necesario que las reformas o adiciones sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Es por esta última razón que se requiere contar con el apoyo de 16 legislaturas locales, para que la adición al artículo 21 quede en firme.

En adelante, para toda referencia a disposiciones constitucionales o legislación federal interna, consúltese <http://info.juridicas.unam.mx/infojur/leg/legmexfe.htm>.

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Para la ratificación del Estatuto, los legisladores mexicanos decidieron adicionar únicamente un quinto párrafo al artículo 21 constitucional. Analizando los debates sostenidos por los Senadores y los Diputados del Congreso de la Unión, no se vislumbra la intención de modificar ningún otro precepto constitucional.⁴

Esta situación hace presumir que la República Mexicana ha adoptado la decisión de interpretar armónicamente la CPEUM con relación a los diversos contenidos del Estatuto, situación que se confirma si se atiende al dictamen de la Cámara de Senadores cuando señala que México asume la fórmula francesa para iniciar el camino a la ratificación.⁵

Por lo que respecta a la necesidad concreta de modificaciones constitucionales, la autora de este informe opina que, en el ámbito estrictamente jurídico, la ratificación del Estatuto habría sido posible sin ninguna reforma constitucional, en virtud de tres situaciones en particular:

1. La complementariedad de la CPI indica la supremacía de las jurisdicciones nacionales, y esto último debería entenderse en el sentido de que cualquier país donde exista un Estado de derecho ejercerá jurisdicción cuando se cometa un delito dentro de su territorio, sin importar la naturaleza de aquél.
2. El Estatuto establece expresamente las condiciones excepcionales y los crímenes concretos en los cuales la CPI puede ejercer jurisdicción y, al mismo tiempo, establece los supuestos en los que se puede presumir que un Estado parte no investiga o

⁴ Situación que se desprende del contenido de los debates parlamentarios en la Cámara de Senadores y Diputados. Véase la versión estenográfica de la sesión del 14 de diciembre del 2002, sobre la votación del dictamen que reforma el artículo 21 Constitucional referente a la CPI. www.camaradesenadores.org.mx y el dictamen de la Cámara de Diputados contenido en la *Gaceta Parlamentaria* n.º 1644 del jueves 9 de diciembre del 2004, www.camaradedyputados.org.mx.

⁵ En opinión de Sergio García Ramírez, este dictamen fue el resultado de “[...] un laborioso proceso de análisis, consulta y discusión [...] al interior de las fracciones parlamentarias como entre ellas mismas [...].” En mi particular opinión, ese dictamen fue el resultado de una lectura parcial del Estatuto que pone en evidencia el desconocimiento de los senadores sobre sus temas más fundamentales. Para confirmar esta postura, baste simplemente comparar el debate parlamentario francés con el mexicano; el dictamen del Senado mexicano, con relación al dictamen francés para proceder a la reforma constitucional y, finalmente, el mismo contenido de la reforma al artículo 21 de la CPEUM, con el contenido del artículo 57.2 de la Constitución francesa. Sergio García Ramírez: “Propuesta de reforma constitucional sobre la Corte Penal Internacional aprobada por el Senado de la República (14 de diciembre del 2002)”, en *La Corte Penal Internacional*, México: INACIPE, 2.ª edición, 2004, pp. 151-165.

enjuicia de buena fe los hechos constitutivos de crímenes internacionales y a sus autores. Aunado a ello y de forma inédita, se incluye en un tratado internacional —que permite la creación de un organismo jurisdiccional internacional con capacidad para determinar la existencia de responsabilidad penal— una serie de normativas que en el plano interno se identificarían con una parte general y especial de un CP, un CPP, una ley orgánica del poder judicial y, finalmente, un conjunto de normas relativas a la ejecución de sanciones, todas las cuales satisfacen los estándares mínimos internacionalmente reconocidos del debido proceso. Con esto se da cumplimiento, entre otras cosas —no sin controversias—, a la exigencia de la CPEUM de satisfacer el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

3. Cuando México reconoció la jurisdicción contenciosa de la CIJ y más recientemente de la CIDH, no realizó ninguna reforma constitucional, así como tampoco modificó su legislación interna; curiosamente, en el año 2003 México compareció ante las dos jurisdicciones internacionales referidas.⁶

Pese a ello, atendiendo a la tradición político-jurídica de este país —históricamente determinada— y a la naturaleza misma del Estatuto, habría sido imposible allanar el camino hacia una futura ratificación e implementación sin que éste tuviera un sustento constitucional. Esto, atendiendo principalmente a la idea de que la CPI podría en su caso tener injerencia en los asuntos internos de la nación, lo cual contrasta fuertemente con la idea que en el ámbito político —cuyos operadores serán en definitiva los artífices de que México se convierta en Estado parte— se sostiene del concepto de soberanía.

Finalmente, en virtud de esta misma tradición y de nuestras formas políticas, habría sido impensable llevar a cabo en forma paralela el proceso hacia la ratificación y la implementación del Estatuto.⁷

⁶ En el caso de la CIJ, en virtud de los mexicanos condenados a muerte en Estados Unidos sin que hubiese mediado asistencia consular y, por lo que toca a la CIDH, por el caso de una persona detenida y torturada —según el escrito de demanda— que fue condenada a una elevada pena de prisión, tomando como fundamento una confesión obtenida irregularmente. Ibídem, p. 153

⁷ Como señala Triffterer, el llevar a cabo estos procesos en forma separada puede ser incluso adecuado, en virtud de que esto otorga un mayor tiempo para reflexionar “[...] sobre el cómo y hasta qué punto la implementación del Estatuto exige modificaciones en los sistemas legales domésticos [...]”. Otto Triffterer: “Domésticos de ratificación e implementación”, en Kai Ambos (coord.): *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollo post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 13-48.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

Como se ha mencionado, el único hipotético proyecto de implementación del Estatuto en el país no se ha hecho público. No obstante, existen algunas situaciones que permiten suponer que, cuando este proceso se lleve a cabo, se tenderá definitivamente a asegurar por toda vía posible la prioridad de la jurisdicción nacional y excepcionalmente la jurisdicción de la CPI. Ciertamente, ésta es la situación más deseable y prácticamente la requerida por el mismo Estatuto, si bien el conflicto se puede configurar cuando la preservación de la jurisdicción nacional se pretenda lograr a través de los mecanismos, preceptos y formas menos adecuados. Como ejemplo puedo referir la propia reforma constitucional del artículo 21, que, entre otras cosas, parece desconocer que la aceptación de la jurisdicción de la CPI no es facultativa;⁸ que el Estatuto no admite reservas y que —según el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*, contenido en la CVDT, de la cual México forma parte— no se puede invocar el derecho interno para incumplir una obligación internacionalmente asumida.⁹

Por otra parte, también es posible referir la especial posición de México en el momento de negociar algunas disposiciones claves para el funcionamiento eficaz de la CPI, como lo sería la cooperación de los Estados con aquella. En esta cuestión, México se inclinó por una cooperación horizontal, mediante la cual se destaca la soberanía del Estado,¹⁰ pero se diluyen los objetivos del Estatuto y del mismo DPI. En este aspecto, es muy oportuna la afirmación de Karayan, en el sentido de que, al convertirse en Estado parte, un país no sólo debe adaptar su legislación interna a las cuestiones más controvertidas del Estatuto, sino que además los Estados deben asumir las consecuencias jurídicas que supone el compromiso de cooperar con la CPI.¹¹ Esto implica que un país no debe correr el riesgo de asumir un doble discurso frente a la

⁸ El artículo 12 del Estatuto, señala: “El Estado que pase a ser parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5 [...].”

⁹ La CVDT fue publicada en el DOF el 28 de abril de 1988 y ratificada el 14 de enero del mismo año. Algunos de los artículos relacionados con estos comentarios son los siguientes: El artículo 19 señala que un Estado puede formular reservas en el momento de ratificar el instrumento, a menos que la reserva esté prohibida por el tratado; el artículo 26, indica que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe, y finalmente el artículo 27 establece que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado.

¹⁰ Hans Peter Kaul y Claus Kreb: “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y Compromisos”, en Ambos (coord.): o. cit., pp. 297-341.

¹¹ Mónica Karayan: “La cooperación con una corte penal internacional permanente”, en Ambos (coord.): o. cit., pp. 343-371.

Corte, es decir, mostrar externamente una actitud positiva y favorecedora frente a sus objetivos, pero al mismo tiempo y en el ámbito interno imposibilitar política y jurídicamente la concreción de dichos objetivos en los términos propuestos por el Estatuto.

Infortunadamente, parece ya una costumbre del Estado mexicano —apelando a los principios que rigen su política exterior y a su particular concepción de la soberanía— la de incluir, al ratificar un tratado internacional en materia de derechos humanos, reservas o cláusulas interpretativas que podrían menoscabar en su momento la eficacia de estos instrumentos, ya que afectan disposiciones claves dirigidas a combatir la impunidad de crímenes internacionales.¹²

Desde mi punto de vista y a efectos de tener la posibilidad jurídicamente adecuada de perseguir en el ámbito nacional la comisión de crímenes internacionales, México podría abrazar dos opciones: una modificación de la legislación penal y procesal penal, o bien la redacción de una ley de implementación que satisfaga todos los requerimientos del Estatuto.

En el caso de la primera opción, sería deseable que se hicieran reformas de la legislación penal en lo siguiente:

- en la parte general del CPF, a efectos de establecer una correspondencia con la parte III del Estatuto en algunos aspectos fundamentales;
- en la parte especial del CPF, para tipificar los crímenes en forma idéntica a los artículos 6, 7 y 8, incluyendo en estas normas algunas disposiciones sobre la aplicación de la parte general que no se desean modificar, respecto de la comisión de otros delitos no considerados como crímenes internacionales;
- también en la parte especial, la inclusión de los delitos contra la administración de justicia de la CPI, atendiendo al artículo 70.4 del Estatuto;
- asimismo, serían necesarias algunas modificaciones en las leyes orgánicas de la PGR, del PJF y de todas las posibles instituciones involucradas, en el sentido de incluir disposiciones que permitan la cooperación con la CPI.

En el caso de la segunda opción —es decir, una ley de implementación general—, se deben englobar todos los aspectos antes señalados, incluyendo además, a

¹² Dos ejemplos sumamente singulares los constituyen la relativa a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y la Convención para la Desaparición Forzada de Personas. Consultese la página web de la SER, www.sre.gob.mx.

través de una fórmula no limitativa, las formas de cooperación que los tres poderes de la Unión podrían en su momento establecer con la CPI y los diversos órganos que la integran.¹³ Sería muy oportuno también, a efectos de reducir los *contenidos no deseados* de la reforma constitucional, que en la ley de implementación expresamente se manifestara que el Estado mexicano en ningún caso podrá unilateralmente decidir cuándo un asunto puede o no ser admitido por la CPI.¹⁴

Es necesario adelantar que el proceso de implementación del Estatuto en el orden jurídico interno no será, en ningún caso, un proceso pacífico o libre de controversias. A continuación se sugieren algunas de las problemáticas que podrían surgir, en el proceso de implementación:

- entrega de nacionales;
- regulación del principio *non bis in idem*;
- principio de legalidad;
- principio de culpabilidad;
- inmunidades e inviolabilidades.

2.2.1. *Entrega de nacionales*

Tradicionalmente, se denomina *extradición* a la entrega que un Estado hace a otro, de un individuo acusado o sentenciado que se encuentra en territorio del primero y que el segundo le reclama, con el fin de juzgarlo o de que cumpla la sanción o medida de seguridad impuesta.¹⁵ No obstante, en los términos del artículo 102 del

¹³ Estas formas de cooperación que se realizarán conforme a los procedimientos ya establecidos por el Estado mexicano pueden referirse a la identificación y la búsqueda de personas u objetos; a la toma de testimonios, presentación de pruebas; interrogatorios a personas investigadas o sometidas a enjuiciamiento; notificación de documentos; el facilitar la comparecencia de personas ante la CPI; los traslados provisionales de personas; el examen de lugares o inhumaciones; la ejecución de cateos y decomisos; la transmisión de registros y documentos; la protección de víctimas y testigos y cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por el Estado mexicano.

¹⁴ Esta última afirmación es una de las posibles soluciones al contenido de la adición del quinto párrafo del artículo 21 Constitucional, que autoriza a que el presidente de la República, junto con el Senado, decida o no aceptar la jurisdicción de la CPI, caso por caso. Por lo que respecta a la homogeneización de criterios en la parte general del derecho penal interno, ciertamente podrían surgir inconvenientes en ciertas instituciones jurídicas, como en el caso de la regulación del error de prohibición y sus consecuencias jurídicas, que en el Estatuto sigue la regulación del *common law*, muy diferente a la regulación del ordenamiento jurídico penal mexicano. No obstante, siempre es posible buscar fórmulas adecuadas, aunque en el país se observa una tendencia a implementar ciertos procedimientos y fórmulas propias de sistemas jurídicos anglosajones, como lo son el juicio oral, el jurado popular y la mediación.

¹⁵ Celestino Porte Petit Candaup: *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, México: Porrúa, 20.^a edición, 2003, p. 149.

Estatuto, esta institución recibe el nombre de *entrega*, en virtud de que la persona será transferida a una jurisdicción internacional y no a otro Estado, aun cuando surtirá los mismos efectos que la primera.¹⁶

Según el artículo 15 de la CPEUM, el Estado mexicano se encuentra impedido para celebrar tratados que alteren las garantías constitucionalmente reconocidas,¹⁷ disposición que se relaciona a su vez con el artículo 119 del mismo ordenamiento, en el cual se establece el procedimiento de extradición y a su vez se faculta al Ejecutivo federal para autorizarla, en el caso de que sea solicitada por otro Estado.¹⁸

De la regulación de la extradición en México se desprenden dos posibles complicaciones con relación a la entrega de personas a la CPI: la primera, porque constitucionalmente no se encuentra prevista la entrega de personas a una jurisdicción internacional; y la segunda, porque la LEI¹⁹ en su artículo 14 prohíbe la entrega de nacionales. Ambas cuestiones fueron motivo de preocupación de algunos senadores al discutir la reforma al artículo 21 de la CPEUM.²⁰ Pese a ello, en el dictamen emitido por la Cámara de Diputados sobre la misma cuestión no se hace ningún señalamiento al respecto.²¹

Por su parte García Ramírez señala que los procedimientos de entrega de personas a la CPI deben encontrar sustento en la Constitución, por tratarse de una cuestión que afecta a la seguridad individual,²² pero no se pronuncia específicamente sobre alguna incompatibilidad entre el Estatuto y la LEI sobre la entrega de nacionales.

¹⁶ Isabel Lirola Delgado y Magdalena Martín Martínez: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001. p. 270.

¹⁷ Así se ha expresado la SCJN en la siguiente tesis: *Extradición. No excluye al extraditado de disfrutar de las garantías individuales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Al establecer el artículo 1.º, párrafo primero, de la Ley Fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indicado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la Carta Magna. Véase IUS 2002, tesis PXX/2001, n.º de registro 188, 600.

¹⁸ México ha firmado tratados bilaterales de extradición con Alemania, Bahamas, Belice, Brasil, Canadá, Colombia, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Italia, Países Bajos, Panamá e Inglaterra. Igualmente, forma parte de la Convención Interamericana sobre Extradición, firmada en Montevideo en 1933, y la Convención sobre Asilo Territorial, firmada en Venezuela en 1954. Véase Silverio Tapia Hernández (comp.): *Principales declaraciones y tratados internacionales ratificados por México*, México: CNDH, 1997, p. 225, y Raúl Avendaño López: *Comentarios a las garantías individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México: Sista, 2004. p. 121.

¹⁹ Publicada en el DOF el 29 de diciembre de 1975.

²⁰ Consultese la página web del Senado de la República, versión estenográfica del día 15 de diciembre del 2002, www.camaradesenadores.gob.mx.

²¹ Consultese la Gaceta Parlamentaria n.º 1644 del 9 de diciembre del 2004, www.camaradediputados.gob.mx.

²² Sergio García Ramírez: "La jurisdicción penal internacional y la legislación mexicana", en *La Corte Penal Internacional*, México: INACIPE, 2^a edición, 2004, pp. 57-150.

No obstante, esta preocupación de García Ramírez, se satisface con los contenidos de los artículos 91 y 102 del Estatuto, a través de los cuales la entrega se realizará conforme los procedimientos del derecho interno.

Por otra parte, la LEI contiene algunas disposiciones que con relación a ciertas normas del Estatuto podrían originar controversias en el momento de la implementación. Me refiero a lo siguiente:

La extradición es posible, por la realización de delitos dolosos o culposos considerados graves en términos del CPF —y de la legislación penal del país solicitante— que tenga señalada una pena privativa de libertad cuyo término medio aritmético sea de por lo menos un año. La situación problema puede surgir en virtud de que el Estatuto en su artículo 77.1.a únicamente señala el término máximo que tendrá la pena privativa de libertad, no así el término mínimo. Se alegará entonces que no es posible determinar con certeza el término medio aritmético de la pena de prisión, y que en caso de entregar a una persona a la CPI se violentará el *nullum crimen nulla poena sine lege*, pues tampoco se podrá conocer con seguridad la pena aplicable, lo cual ciertamente vulnera los requisitos de certeza y restricción que exige la CPEUM en sus artículos 14 y 16.²³

Ambas cuestiones pueden ser resueltas a través de la tipificación en la legislación penal federal de las conductas consideradas *crímenes* en el Estatuto por los artículos 6, 7 y 8, imponiendo un marco penal mínimo y máximo, y evidentemente cumpliendo su deber de ejercer jurisdicción sobre las personas responsables de estos crímenes, aplicando en todo caso el principio *aut dedere aut judicare*.

Contrariamente —y en términos de la LEI—, la extradición no se concederá cuando el sujeto reclamado ha sido objeto de absolución, indulto o amnistía o ya hubiere cumplido la condena correspondiente al delito cometido; cuando no exista querella de la parte agraviada, si el CPF exige este requisito de procedibilidad para el delito en cuestión; cuando el sujeto reclamado haya tenido la condición de esclavo o se trate de un perseguido político, y, finalmente, cuando el delito por el cual se solicita la extradición sea del fuero militar.²⁴

²³ Así lo señalan específicamente Rodríguez-Villasante y Prieto: "Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional", en Concepción Escobar H. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: Escuela Diplomática de Madrid y BOE, Colección Escuela Diplomática n.º 4, 2000, p. 136; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 238; Patricia Laurenzo Copello: "Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma", o. cit., p. 103; CICR, "Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional", www.icrc.org.

²⁴ Tradicionalmente, éstos son los requisitos exigidos cuando se pactan convenios de extradición bilaterales o multilaterales. Sin embargo, como se desprende de las especiales circunstancias que conlleva la integración de la UE, es posible afirmar que algunos de estos requisitos se encuentran en un proceso de transformación que en algún momento futuro también serán del interés de los países de América Latina, ya que la cuestión de una integración americana no es impensable. Véase Joachim Vogel: "Supresión de la extradición. Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea", en *El derecho Penal Internacional*, Madrid: Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 171-198.

En este contexto pueden resultar problemáticas las hipótesis primera y última.

Respecto de la negativa de realizar la extradición-entrega porque el sujeto ha cumplido ya una condena, ha sido absuelto o goza de una amnistía o indulto, se contrapone la regulación de la *res judicata* por el artículo 20.3 incisos *a* y *b* del Estatuto, ya que en estos casos la CPI puede obviar los juicios seguidos ante los tribunales nacionales.

Por lo que hace a extradiciones-entregas por delitos del fuero militar, es perfectamente sabido que la existencia de la justicia militar, con sus reglas especiales de obediencia y subordinación, es un factor que ha contribuido a la impunidad y a la simulación de juicios en la comisión de crímenes internacionales.²⁵ Cabe mencionar que esta última situación en México puede tornarse especialmente álgida si se considera que el procurador general de la República es un militar con licencia.

En lo que atañe a la entrega de nacionales, la LEI señala que ningún mexicano podrá ser entregado a un estado extranjero sino en casos excepcionales a juicio del Ejecutivo.²⁶

Esta disposición, aunada al contenido de la reforma constitucional que se encuentra en camino,²⁷ permite suponer que la entrega de nacionales a la CPI no es una situación que vulnere las garantías constitucionales; en primer lugar, porque la jurisdicción complementaria de la CPI se supone excepcional —de la misma forma que la entrega de nacionales— toda vez que se parte de la premisa fundamental, del deber de todo Estado de ejercer jurisdicción por crímenes internacionales, y en segundo lugar, porque seguramente no se encuentra dentro de las intenciones o posibilidades del Poder Judicial mexicano el llevar a cabo un juicio con el propósito de sustraer al acusado a la acción de la justicia, o bien de llevar a cabo un juicio vulnerando las garantías procesales reconocidas tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Finalmente, por lo que hace a solicitudes de extradición-entrega concurrentes,²⁸ la misma LEI soluciona el problema al disponer que, cuando una persona fuere

²⁵ Kai Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2^a edición revisada y actualizada, 1999, p. 53.

²⁶ No se ha podido hasta el momento detectar la extradición de un mexicano a un país extranjero, a excepción del caso del narcotraficante Miguel García Abrego a los Estados Unidos. En este caso, aun cuando el requerido tenía un acta de nacimiento mexicana, posteriormente se “demostró” que en aquel país había sido registrado con anterioridad a la fecha de registro en México.

²⁷ Recuérdese que, conforme al futuro artículo 21, el presidente de la República, con la autorización del Senado, podrá reconocer la jurisdicción de la CPI. Véase IUS 2002, Jurisprudencia, registro 190, 355.

²⁸ En el caso de solicitudes concurrentes que provengan de un Estado no parte y el Estado mexicano —en el supuesto de que ya sea un Estado parte— se encuentre obligado a la extradición al Estado competente, deberá adoptar su decisión de extraditar

requerida por dos o más Estados y respecto de todos aquella fuera procedente, la persona será entregada a la que lo reclame en virtud de un tratado; en el caso de que varios Estados invoquen un tratado, a aquel en cuyo territorio se hubiere cometido el delito; cuando concurran ambas circunstancias se entregará al Estado que lo reclame por el delito que merezca pena más grave, y en cualquier otro caso diferente, al primero que haya solicitado la extradición o la detención provisional con fines de extradición.

2.2.2. Regulación del principio non bis in idem y res judicata²⁹

El principio *non bis in idem* es una de las garantías consagradas constitucionalmente en el derecho mexicano, que exige la no aplicación de sanción penal dos veces a un mismo individuo por un mismo delito. No obstante, como señala Zaffaroni, el problema de este principio va más allá de determinar cuándo existe una acción o varias, para determinar las consecuencias diversas de los concursos en cuanto su punibilidad. Por otra parte, el *non bis in idem* afecta al principio de legalidad en el ámbito interno e internacional: en el primero, frente a la posibilidad de una doble punición en el ámbito procesal; en el segundo, por afectar cuestiones relativas a la extradición,³⁰ y muy específicamente en el caso del Estatuto, la cuestión de la entrega de personas a la CPI que ya hubiesen sido enjuiciadas por una jurisdicción nacional.³¹

Por lo que respecta al orden jurídico mexicano, el artículo 23 de la CPEUM señala que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el

conforme las disposiciones del artículo 90 del Estatuto, tras considerar lo siguiente: las fechas de las solicitudes; los intereses del Estado requerido, con especial referencia al lugar en que el crimen fue cometido, y la nacionalidad del probable responsable y de las víctimas. Como puede observarse, en este aspecto no parece haber mayor problema en cuanto a los requisitos para una extradición-entrega, ya que los requisitos establecidos por la Ley de Extradición Internacional y el Estatuto son bastante similares.

²⁹ Respecto de ambos principios, suelen presentarse algunas confusiones con relación a su significado. El principio de *non bis in idem* indica que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido cometido a un proceso penal anterior (Rafael Márquez Piñeiro: *Diccionario jurídico mexicano*, México: Porrúa y UNAM, 7^a edición, 1994, tomo III, p. 2201). La *res judicata*, en cambio, es entendida como la inmutabilidad de lo resuelto en sentencias o resoluciones firmes, salvo cuando éstas pueden ser modificadas por circunstancias supervenientes. Esto significa que la cosa juzgada implica la indiscretibilidad de lo resuelto en cualquier proceso futuro (Héctor Fix Zamudio: *Diccionario jurídico mexicano*, México: Porrúa y UNAM, 7^a edición, 1994, tomo I, p. 759).

³⁰ Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho penal. parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2^a edición, 2002, p. 857. En un sentido similar, véase Ramón García Albero: *Non bis in idem. Material y concurso de leyes penales*, Barcelona: Cedecs, 1995, pp. 31 ss.

³¹ Es necesario hacer notar que las afirmaciones contenidas en este párrafo se refieren a la regulación que del Estatuto hace del principio cosa juzgada en su artículo 20. No así respecto de la regulación que las Reglas de Procedimiento y Prueba realizan de este mismo principio para los delitos contra la administración de justicia.

juicio se le absuelva o se le condene”. Según García Ramírez, esta disposición observa una triple identidad: de hechos (se pretende actuar de nueva cuenta por hechos que ya fueron juzgados); de persona (pretensión de procesar de nueva cuenta a un sujeto que anteriormente ya fue juzgado y acerca del cual se emitió una sentencia firme), y de vía (pretensión de enjuiciar una vez más por la vía penal).³²

Por su parte, la regulación que el Estatuto realiza del principio *non bis in idem* sólo impide un segundo enjuiciamiento del acusado en dos casos: el primero, cuando el primer intento fue de la CPI y el segundo de una jurisdicción nacional o de la propia CPI; el segundo, cuando el primer intento es de una jurisdicción nacional —siempre y cuando éste haya sido independiente, imparcial y no dirigido a sustraer al acusado a la acción de la justicia— y el segundo intento sea por parte de la CPI.³³

En consecuencia, dada la regulación del principio por la CPEUM y por el Estatuto, es posible afirmar que su implementación en el caso mexicano será una de las cuestiones más problemáticas que enfrentar, lo cual no implica la ausencia de una posible solución, que más adelante referiré.

La cuestión del *non bis in idem* se encuentra estrechamente relacionada con las cuestiones de admisibilidad de la causa, contempladas en el artículo 17 del Estatuto, es decir, de la complementariedad de la CPI, y asimismo, con las facultades de la propia CPI de decidir sobre su propia competencia.

Con relación a la complementariedad, la CPI no podrá ejercer jurisdicción sobre un asunto cuando el Estado que deba normalmente ejercerla se encuentre investigando o haya concluido ya una investigación sobre él, o bien cuando las autoridades judiciales respectivas hayan enjuiciado a la persona por la conducta que en su caso pudiera ser competencia de la CPI, siempre y cuando la investigación o enjuiciamiento no hayan sido simulados.

El segundo aspecto, el de la competencia sobre la competencia, implica en opinión de Olásolo la más importante cesión de soberanía que los Estados puedan conceder a la CPI,³⁴ ya que a través de esta posibilidad la CPI se encuentra facultada

³² García Ramírez: “La jurisdicción...”, o. cit., p. 89.

³³ Cherif Bassiouni: “Nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Memoria del Foro internacional La soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional*, México: CDHEM y CNDH, pp. 171-215; José Antonio Guevara Bermúdez: “¿La Corte Penal Internacional podría juzgar a una persona que hubiere sido condenada o absuelta por un tribunal nacional de alguno de los Estados Parte?”, en Guevara Bermúdez y Valdez Riveroll (comps.): *La Corte Penal Internacional. (Ensayos para la ratificación e implementación del Estatuto)*, México: Universidad Iberoamericana y SRE, 2002. pp. 119-132

³⁴ Héctor Olásolo: *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Valencia: Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2003, p. 212.

para revisar las actuaciones de investigación o judiciales de los Estados parte, y así decidir si el asunto es o no de su interés.

De tal modo, el artículo 17.2 del Estatuto prevé tres causales de falta de disposición de los Estados, que se construyen sobre la noción de falta de voluntad del Estado que aparentemente está conociendo de la comisión de un genocidio, crimen de lesa humanidad o de guerra, para hacer comparecer efectivamente a los responsables ante la acción de la justicia. En estos tres supuestos, existe un elemento de intencionalidad en las actuaciones del Estado que permite distinguirlos de los supuestos de paralización de los sistemas de justicia, por causas ajenas a la voluntad de los Estados.³⁵

Dicho todo lo anterior y considerando que México es un país con especial conciencia de soberanía, es fácil suponer que se resistirá de manera importante a cualquier acto de injerencia que la CPI pueda realizar, al revisar las actuaciones de investigación del Ministerio Público —que depende directamente del Poder Ejecutivo— o bien del Poder Judicial.

No obstante, atendiendo a las pautas establecidas por el propio Estatuto y a las disposiciones constitucionales que articulan el sistema de administración y procuración de justicia en el Estado mexicano, es probable llegar a una solución.

Por una parte, el artículo 17 señala que nadie podrá hacerse justicia por su propia mano, y que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes; a su vez, el artículo 21 —ambos de la CPEUM— establece que incumbe al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos y, asimismo, que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Conforme a estas disposiciones, el Ministerio Público se encuentra obligado a realizar las investigaciones requeridas para determinar la existencia de un probable responsable en la comisión de un ilícito; por su parte, el Poder Judicial debe imponer una pena al autor de un ilícito y ambas autoridades tienen como objetivo en el ejercicio de sus funciones el de satisfacer a los ciudadanos la garantía individual denominada *administración de justicia*. Esto implica que, si las autoridades antes citadas realizan sus actividades de investigación o enjuiciamiento, *con un fin distinto al de administrar justicia*, no será posible afirmar que un hecho ha sido investigado o que una persona ha sido juzgada, y en

³⁵ Ibídem.

consecuencia la persona supuestamente objeto de investigación o enjuiciamiento no podrá invocar la violación al principio *non bis in idem*.

No obstante lo anterior, queda pendiente la tarea de especificar los criterios para determinar 1) cuando un Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento; 2) cuando conforme a las garantías del debido proceso, un Estado en la sustanciación del juicio, tiene demoras injustificadas y, finalmente 3) cuando un Estado al llevar a cabo un proceso, no respeta las garantías de independencia e imparcialidad.

La ausencia de estos criterios, puede llevar en el proceso de implementación a un polémico debate, que podría ser resuelto con menos dificultades, si en su momento se pudiesen tomar en consideración, los criterios que la CIDH ha establecido con relación a las actuaciones de los Estados miembros del Pacto de San José, respecto de los siguientes conceptos: “Actuar con la diligencia debida”, “tiempo razonable” y “juicios imparciales”.³⁶

2.2.3. Principio de legalidad

1) Especial referencia al problema de las cláusulas analógicas; 2) las penas indeterminadas; 3) las reglas para la imposición de sanciones, y 4) la condena a perpetuidad.

2.2.3.1. Cláusulas analógicas

El principio de legalidad, en la creación del sistema de justicia penal internacional establecido por el Estatuto, aspira a satisfacer las exigencias que le son propias. No obstante, la combinación de fórmulas y principios de sistemas jurídicos tan diversos como los derivados del *common law* y el *civil law* hace surgir una larga serie de cuestiones problemáticas al comparar los contenidos del Estatuto con las legislaciones penales de los Estados.³⁷

³⁶ José Carlos Remotti Carbonell: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura Funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003, pp. 332, 357 y 363.

³⁷ Véase Emanuela Fronza y Michele Caianiello: “Il principio di legalità nello statuto della corte penale internazionale”, en *L'Indice Penale*, nueva serie, año V, n.º 1, enero-abril 2002, pp. 307-334; Elia Patricia Neri Guajardo: “Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma”, en *Revista Brasileira de Ciencias Criminais* n.º 48, mayo-junio del 2004, Editora Revista Dos Tribunais, pp. 9-37.

Para el caso mexicano, es de especial atención la supuesta creación por analogía de crímenes de lesa humanidad, la ausencia de marcos penales bien definidos y de reglas concretas para la determinación de la pena y, finalmente, la inclusión en el Estatuto de la condena a perpetuidad.

Según la CPEUM, mediante las disposiciones de los artículos 14 y 16, la regulación del principio de legalidad en lo que concierne al orden jurídico penal debe satisfacer los requisitos de la garantía criminal, conforme a la cual el delito debe encontrarse determinado por la ley con anterioridad a su realización; la garantía penal, que indica que la pena aplicable al caso concreto debe ser determinada por la ley; la garantía jurisdiccional, que implica que la probable responsabilidad y la existencia del delito deben ser probadas mediante un procedimiento ante tribunales previamente establecidos; y finalmente, la garantía de ejecución, que requiere que el cumplimiento de la pena sea regulado por una ley especialmente aplicable.³⁸

Por lo que se refiere a la cuestión de la garantía criminal, el principio de taxatividad no encuentra sustento en el ámbito constitucional, aun cuando sí existe la prohibición expresa de imponer, por analogía o mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en la ley exactamente aplicable al delito que se trate.³⁹ De tal forma y en la intención de subsanar la ausencia del principio, el CPF indica que “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”⁴⁰

En este sentido, la definición de los crímenes contra la humanidad contenida en el artículo 7.1.k provoca un conflicto con la idea de la ley exactamente aplicable al caso, en virtud de considerar como tales crímenes “*otros actos inhumanos de carácter similar* que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física [...].”

Ante el contenido de la disposición señalada, parecería fácil argumentar que la definición de crímenes contra la humanidad contenida en el Estatuto vulnera el principio de seguridad jurídica que consagra la CPEUM, en virtud de que el ciudadano no tendrá la oportunidad de conocer en todas y cada una de sus posibilidades los actos que configurarán en su caso un crimen de tal magnitud, lo cual requiere algunas aclaraciones.

³⁸ Elia Patricia Neri Guajardo: *Estado democrático de derecho, bien jurídico y consentimiento*, Tesis de Maestría, UAC, p. 79, y “El principio de legalidad en el Estatuto de Roma...”, o. cit., p. 15.

³⁹ “*Imposición de las penas. Está prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trate*”. Jurisprudencia, n.º de registro: 390, 830. Véase IUS 2002.

⁴⁰ Véase el artículo 7.º del CPF y 14 de la CPEUM.

Primeramente, esta postura implica un desconocimiento de la evolución del crimen contra la humanidad desde Núremberg hasta el mismo Estatuto, ya que es sabido que la inclusión de esta cláusula abierta ha sido especialmente útil, al evitar el estado de indefensión de las víctimas, al permitir —en palabras de Torres Peréz y Bou Franch— que actos especialmente graves que escapan a la imaginación del jurista sean concebidos como crímenes contra la humanidad.⁴¹ Debido a la existencia de esta cláusula abierta, actualmente son incluidas en esta categoría acciones de tortura, desaparición forzada de personas y privaciones ilegales de libertad, entre otras.⁴²

Por otra parte, la supuesta creación por analogía de tipos penales puede subsanarse o evitarse en el momento de la implementación, tomando en consideración algunos criterios que ayudarían a la autoridad judicial a cerrar el tipo penal correspondiente.⁴³ Me refiero, entre otros, a los siguientes:

- La frase “otros actos inhumanos” se limita exclusivamente al núcleo duro de derechos fundamentales que se expresan a través de bienes jurídicos indispensables para el desarrollo humano: vida, integridad física, libertad y salud.⁴⁴
- La violación al núcleo duro de derechos fundamentales debe ocurrir en el mismo contexto exigido por el Estatuto para los otros subcrímenes contra la humanidad; me refiero a un ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil y con conocimiento de dicho ataque. Esta exigencia sugie-

⁴¹ María Torres Pérez y Valentín Bou Franch: *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*; Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 399.

⁴² Casilda Rueda Fernández: *Delitos de derecho internacional*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 141 ss.

⁴³ En el CPF, la inclusión de tipos penales abiertos o con un indeseable número de elementos normativos, que vulneran el principio de certeza o seguridad jurídica, es en extremo numerosa. Por citar algunos ejemplos, me refiero a los casos de operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis) y al delito de actividades tecnológicas y peligrosas (artículo 414). Por lo que respecta al primer caso, se tipifica la conducta respecto de aquél que “[...] por sí o por interpósito persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia al extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita [...]”. Por lo que toca al segundo ejemplo “[...] al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o la autorice, que cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente [...]”.

⁴⁴ Alicia Gil Gil: “Los Crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘Los elementos de los crímenes’”, en Kai Ambos (coord.): o. cit., pp. 66-104

re que los “otros actos inhumanos” posibles se corresponden en gravedad con todas las demás acciones contenidas en el artículo 7.^º del Estatuto.⁴⁵

- Si México al tipificar los crímenes contra la humanidad incluye otras hipótesis de violaciones a derechos fundamentales, consideradas impermisibles con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable,⁴⁶ y previstos en otros instrumentos internacionales, incluirá en su propia definición de crímenes contra la humanidad un número de acciones mayor que el propio Estatuto y, en consecuencia, reducirá las posibilidades de aplicación de esta categoría.⁴⁷
- Por otra parte, sería de mucha utilidad acudir a los criterios del TPIR y el TPIY, cuyos Estatutos incluyen también una opción abierta, e incluirlos en la legislación de implementación, a efectos de disminuir los espacios e discrecionalidad en la tipificación del crimen de “otros actos inhumanos”.⁴⁸

2.2.3.2. Penas indeterminadas

En las discusiones relativas a las incompatibilidades constitucionales entre el Estatuto y el orden jurídico mexicano, éste es uno de los temas más recurrentes, aun

⁴⁵ Torres Pérez y Bou Franch: o. cit., p. 399; Gil Gil: o. cit., p. 93, y Casilda Rueda Fernández: “Los crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. ¿Por fin la esperada definición?”, en *La Corte Penal Internacional. La criminalidad de la barbarie*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 303-324.

⁴⁶ Véase la introducción a los Elementos de los Crímenes.

⁴⁷ Cada Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, tiene la posibilidad de incluir otros crímenes que no se encuentran tipificados en el Estatuto, ya que éste representa un estándar mínimo deseable, pero de ningún modo el más completo o desarrollado. Esto fue reconocido prácticamente por los redactores al incluir en su artículo 10 una disposición que señala que ningún contenido del Estatuto se interpretará en el sentido que menoscabe o limite las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional.

⁴⁸ Por citar algunos ejemplos, el TPIY en el caso *Kupreskic et al.*, en la Sala de Apelaciones, señaló que una exhaustiva categorización de estos crímenes es indeseable, en virtud de que esto provocaría oportunidades para evadir la prohibición de realizar estos actos, atendiendo a la letra de la ley. Por otra parte, pero con relación a los elementos que integran el crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos, en el caso *Kordic and Cerkez*, en la misma Sala de Apelaciones, en el contexto de la discusión de otros actos inhumanos, los elementos de este crimen fueron definidos de la siguiente manera: la víctima debe haber sufrido graves daños corporales o mentales; la severidad del daño ocasionado debe ser considerada sobre la base del caso por caso, atendiendo debidamente a las circunstancias individuales; el sufrimiento ocasionado a la víctima debe ser el resultado de un acto del acusado y, finalmente, para la realización de la conducta el autor debió haber sido motivado por la intención de infligir graves daños mentales o corporales a la víctima. Por último, en el caso *Vasiljevic*, también a través de la Sala de Apelaciones, consideró que para determinar la gravedad de un acto deben tomarse en consideración todas las circunstancias del hecho, y entre éstas deben incluirse la naturaleza de la acción u omisión, las circunstancias personales de la víctima, incluyendo la edad, el sexo y su salud, así como también los efectos físicos, mentales y morales del hecho sobre ella. Por otro lado, si la acción u omisión produce efectos durante un largo período sobre la víctima, esto debe ser relevante para determinar la seriedad del hecho realizado. (La traducción es de la autora del informe.) Por lo que compete a estos criterios del TPIY, véase HRW, *Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. HRW, Nueva York, 2004, p. 198. El TPIR ha expresado opiniones similares; véase la p. 49 de la misma obra.

cuando, tal y como se desprende de los diferentes proyectos que finalmente dieron como resultado un texto consolidado de proyecto de Estatuto, la idea original era establecer los marcos penales mínimos y máximos para cada uno de los crímenes; no obstante, la dificultad de las negociaciones impidió un consenso sobre el particular.⁴⁹

Tradicionalmente, en la tipificación de crímenes internacionales los Estados aprueban los contenidos de un tratado y se obligan a modificar su derecho interno, para materializar las posibilidades de una persecución eficaz. Sin embargo, la aplicación indirecta del DPI no ha tenido los efectos deseados y ello —entre muchas otros factores— ha posibilitado la existencia de una CPI que aspira a combatir la impunidad de los sujetos responsables de crímenes internacionales, que en repetidas ocasiones es la consecuencia directa de este método de aplicación, en virtud de que estas acciones son organizadas o dirigidas desde la cúpula del poder estatal. Esto provoca que el Estado especialmente relacionado con los hechos y obligado a ejercer jurisdicción no tenga interés ni voluntad en hacerlo.

El Estatuto prevé en el artículo 23 el principio *nulla poena sine lege*, al señalar que una persona declarada culpable por la CPI únicamente podrá ser sujeta a las penas contempladas en su artículo 77, entre las que se reconocen la reclusión de un número determinado de años que no podrá exceder de 30, la reclusión a perpetuidad cuando la gravedad y las circunstancias personales del acusado lo justifiquen, así como la multa y el decomiso. La regulación del principio *nulla poena sine lege* ha sido criticada, pese a que es la primera vez que en un instrumento internacional donde se tipifican conductas se incluyen las penas aplicables, y la primera vez también en la historia de los tribunales penales internacionales en que las penas tienen una duración máxima establecida.⁵⁰

⁴⁹ A este respecto Schabas señala que únicamente una regulación general sobre las penas permitiría establecer los consensos requeridos para la aprobación de esta parte del Estatuto, en virtud de las diferentes posturas que los Estados mantienen respecto de las penas aplicables en sus territorios. Véase Claus Kreb: "Sanciones Penales, ejecución penal y cooperación de la Corte Penal Internacional", en Kai Ambos y O. Guerrero (comps.): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 337-367; Víctor Rodríguez Cedeño: "Ejecución de las penas y problemas penitenciarios", en Juan A. Yañez Barnuevo (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid: Unión Iberoamericana de Colegios y agrupaciones de abogados, Cruz Roja Española y Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000, pp. 216-223; Lirolo Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 238.

⁵⁰ El Estatuto del Tribunal de Núremberg, así como también el del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, indicaba el derecho de ambos tribunales para imponer la pena de muerte o cualquier otra que considerase justa; el TPIY y el TPIR se encuentran facultados para imponer únicamente las penas privativas de libertad, no obstante en ningún caso se limita el máximo de la pena aplicable. Equipo Nizkor: *Estatuto de la Corte Penal Internacional. Estatutos de los tribunales internacionales de Núremberg (1945) a Sierra Leona (2002)*, Madrid: Equipo Nizkor, 2002.

Con relación al último aspecto, cabría señalar, siguiendo a González Cussac y Górriz Arroyo, que en el tema del arbitrio judicial y la individualización de la pena han existido dos modelos contrapuestos: el del arbitrio judicial indeterminado y otro, en el que la imposición de sanciones se encuentra rigurosamente determinada por la ley, aun cuando en la actualidad existe un sistema intermedio.⁵¹

La legislación penal mexicana se sitúa en este último supuesto, ya que específicamente en la parte especial se describen las conductas materia de prohibición, para posteriormente indicar la punibilidad de la conducta, atendiendo a un mínimo y un máximo aplicable, y finalmente permitir al juzgador la individualización de la pena al caso concreto. En opinión de algunos autores, esta habría sido la fórmula deseable para el Estatuto, ya que sirve mejor al principio de legalidad.⁵² Aun concediendo razón a esta afirmación, es menester indicar que la determinación de marcos penales establecidos se rechazó en la Conferencia de Plenipotenciarios, para evitar el establecimiento de una jerarquización entre los crímenes, ya que según el artículo 1.^º la competencia *ratione materia* de la CPI implica los de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y en consecuencia se consideró más oportuno permitir que la CPI decidiera caso por caso la pena aplicable.⁵³

Partiendo del supuesto ejercicio complementario de la CPI y de la consiguiente obligación de facto de los Estados de implementar el Estatuto,⁵⁴ la ausencia de marcos mínimos y máximos de punibilidad para cada crimen, así como de reglas para considerar las circunstancias agravantes y atenuantes respecto de las penas, puede solventarse precisamente en este proceso, ya que, al adecuar su legislación interna y tipificar los crímenes competencia de la CPI, los Estados podrán actuar con entera libertad para instituir las penas que consideren adecuadas a cada uno de éstos.

Es necesario hacer notar que el CPF en su artículo 6.^º señala que, cuando se cometa un delito no previsto en el Código pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos tomando en

⁵¹ José Luis González Cussac y Elena Górriz Arroyo: "Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en J. Gómez Colomer, J. González Cussac y J. Cadorna Llórens (coords.): *La Corte Penal Internacional. (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 268.

⁵² García Ramírez: "El principio...", o. cit., p. 266, y SS; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 238.

⁵³ De esta forma, se evitó el seguir la línea jurisprudencial del TPIR en la que estableció que el Genocidio debía ser considerado el crimen de los crímenes, seguido por los crímenes contra la humanidad y finalmente los crímenes de guerra. González Cussac y Górriz Arroyo: o. cit., pp. 219-274.

⁵⁴ Véase Kai Ambos: "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, pp. 25-31.

consideración las disposiciones de la parte general y en su caso las de la parte especial. No obstante, en el supuesto de que México ratifique el Estatuto y no modifique su legislación interior, tipificando los crímenes y estableciendo los marcos mínimos y máximos de punibilidad, este artículo no podrá ser invocado —según los criterios jurisprudenciales de la SCJN— para hacer valer que el Estado mexicano tiene materialmente las posibilidades de enjuiciar al responsable de la comisión de un crimen de la naturaleza antes citada, ya que se violentaría el principio *nulla poena sine lege*.⁵⁵

2.2.3.3. Reglas para la imposición de sanciones

El tema de las reglas para la imposición de sanciones se encuentra estrechamente relacionado con la ausencia de marcos penales en el Estatuto. Así las cosas, en la parte VII del Estatuto se regulan las cuestiones relativas a las penas. El artículo 78 indica las pautas genéricas para su imposición, al señalar que la CPI deberá tomar en consideración la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Posteriormente agrega que, en el caso de que una persona haya sido declarada culpable por más de un crimen, se impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común, en la que se especificará la duración total de la reclusión, no obstante la pena no excederá de 30 años o una pena de reclusión a perpetuidad.

Respecto a las reglas para la individualización de la pena, el CFF señala que, dentro de los marcos establecidos por la ley, los jueces aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, tomando en consideración las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; de igual manera indica que los jueces aplicarán las penas que estimen justas y procedentes, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, incluyendo, además, la magnitud del daño o peligro a que fue expuesto el bien jurídico; la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para su ejecución; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; la forma y el grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como también los motivos que lo impulsaron o motivaron a delinquir.⁵⁶

⁵⁵ Véase *supra* nota 42.

⁵⁶ Véanse artículos 51 y 52 del CPF.

De tal forma, México puede asumir, para la individualización de la pena por crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra, los problemas del concurso y de los efectos atenuantes y agravantes, las reglas de la parte general ya establecidas en el CPF; o bien incluir en la parte especial, al tipificar los crímenes, algunas reglas propias para estos casos, en virtud de las particulares características del DPI.

Independientemente de lo anterior y siguiendo a González Cussac y Górriz Royo, existen dentro del mismo Estatuto algunas disposiciones que en definitiva deben ser tomadas en consideración por los magistrados de la CPI al individualizar una pena, las mismas que “en el ámbito del derecho comparado [...] inciden en la aplicación de las penas [...]”.⁵⁷ Coincidientemente, estas disposiciones se identifican en muy buena medida con los criterios jurisprudenciales que la SCJN ha determinado para tales fines. Las disposiciones referidas son las siguientes:

a) Según los artículos 74 y 76 del Estatuto, existe el deber de fundamentar las sentencias, ya que, en caso de existir una desproporción entre el crimen y la pena, la Sala de Apelaciones podrá modificarla.⁵⁸ Para estos efectos, es necesario que en la primera instancia los magistrados razonen y motiven sus decisiones; en caso contrario la revisión sería materialmente imposible. b) Prohibición de valorar dos veces un mismo elemento o circunstancia. Los elementos tomados en consideración para la integración de un tipo no pueden ser tomados en cuenta para atenuar o agravar la pena. c) Ha de ser valorado el grado de participación del autor en el delito, pues el artículo 25 determina la diferencia entre autores y partícipes. d) Al definir la intencionalidad, es posible diferenciar los grados de intención, lo cual puede reflejarse en la imposición de una pena. e) La regla 145.2.a señala que deberán tenerse en consideración, como un factor atenuante de la pena, las circunstancias que no lleguen a constituir una causa de inculpación; esto se refiere a las eximentes incompletas. f) El artículo 25.3 incisos *b* y *e* contempla como forma ampliada de tipicidad la tentativa; en consecuencia, el grado de ejecución del crimen deberá ser tomado en consideración para la imposición de la pena. g) Finalmente, las disposiciones relativas al artículo 78 y a la regla 145.

⁵⁷ González Cussac y Górriz Arroyo: *o. cit.*, p. 271.

⁵⁸ Según el artículo 76, además de todas las pruebas rendidas durante el procedimiento, para efectos de la imposición de la pena se podrá solicitar una nueva audiencia a petición del fiscal o el acusado, en la cual podrán practicarse diligencias adicionales relativas a la imposición de la pena.

2.2.3.4. Condena a perpetuidad

Es sabido que la inclusión de la condena a perpetuidad en el Estatuto fue el resultado de negociaciones dirigidas a excluir la pena de muerte, por la que algunos de los Estados orientales y Estados Unidos insistentemente apostaban.⁵⁹ Algunas delegaciones manifestaron su preocupación por incluirla entre las penas aplicables, atendiendo a los contenidos de sus ordenamientos constitucionales. Finalmente, y con el objetivo de alcanzar un consenso que permitiera una solución de compromiso, se aceptó la posibilidad de imponer la condena a perpetuidad, estableciendo algunas condiciones para su aplicación: la primera es que únicamente podrá ordenarse cuando la extrema gravedad del crimen lo justifique (artículo 77.1.b); la segunda, cuando concurran una o más circunstancias agravantes (regla 145.3), y la tercera, el establecimiento de un mecanismo de revisión a través del cual, una vez transcurridos 25 años, la condena a perpetuidad deberá ser examinada para determinar si puede ser reducida, atendiendo entre otras cosas a la voluntad de cooperar del recluso con la CPI; su conducta durante la detención, que revele una auténtica disociación del crimen; las posibilidades de reinsertarlo en la sociedad; cualquier medida de importancia que haya tomado con relación a las víctimas y sus circunstancias personales, entre otras. (artículo 110.3 del Estatuto y Reglas 223 y 224).

Por lo que concierne al orden jurídico mexicano, el artículo 22 de la CPEUM prohíbe las penas inusitadas y trascendentales, y a este respecto la SCJN ha considerado en diversas tesis jurisprudenciales que la condena a perpetuidad reviste estas características.^{60 61} Por otra parte, el CPF, al establecer las penas aplicables a los deli-

⁵⁹ Francisco Bueno Arús: "Perspectivas de la teoría del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998", en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: Colección Escuela Diplomática n.º 4, 2000, p. 128; Laurenzo Copello: o. cit., p. 97; William Schabas: "Life, death and the crime of crimes", en *Punishment & Society*, n.º 3, 2000, pp. 263-285; Kai Ambos: "El sistema de penas y su ejecución en el derecho penal supranacional", en *Nuevo derecho penal internacional*, México: INACIPE, 2002, pp. 477-497

⁶⁰ "Prisión vitalicia. Constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente [...] siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto es inconstitucional". Jurisprudencia por contradicción de tesis 11/2001, n.º de registro 188, 542. Véase IUS, 2002.

⁶¹ En el Estado mexicano, la pena de muerte se contempla en el artículo 22 de la CPEUM, que la prohíbe para los delitos políticos y la autoriza para los delitos de traición a la patria, parricidio, homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, al

tos, señala que la pena privativa de libertad tendrá una duración máxima de 60 años, la que es aplicable exclusivamente al homicidio calificado, donde ciertamente el grado de injusto no se corresponde o es comparable con el de genocidio, que recibe en su modalidad más agravada una pena de prisión que oscila entre los 20 y los 40 años.⁶²

La inclusión de la condena a perpetuidad en el Estatuto y la obligación de facto de implementación en el orden interno han preocupado a los legisladores mexicanos al considerar que debe ser incluida en el CPF, no obstante el mismo Estatuto a través de su artículo 80 indica al respecto que “nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional, ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte [...]”.

Esto significa, por un lado, que si bien el Estatuto contempla para la pena privativa de libertad un máximo de 30 años, no existe ningún impedimento para que en México se aplique la pena máxima de prisión posible a los crímenes competencia de la CPI, que como se ha dicho es de 60 años. Por otra parte, implica que, si en México se encuentra prohibida la reclusión a perpetuidad, por considerarla una pena inusitada, trascendente y en modo alguno compatible con la idea de la readaptación social como fin de la pena, no existe de ningún modo obligación para el país de incluirla en el CPF, ni tampoco en la legislación de implementación.

De todo lo anterior, y atendiendo a las disposiciones constitucionales, a las del CPF y a los criterios jurisprudenciales incluidos, parecería que la condena a perpetuidad contemplada en el Estatuto agregaría una problemática de incompatibilidad constitucional más a su proceso de implementación en el país. No obstante, frente a la posibilidad del Poder Judicial de aplicar penas de hasta 60 años de prisión —y en el CP del estado de Puebla hasta de 70— no es necesaria la construcción de argumentos. La prohibición constitucional carece de todo sentido, ya que la pena máxima privativa de libertad en México implica, de facto, una condena a perpetuidad.

2.3. Principio de culpabilidad

- 1) Especial referencia al error de prohibición; 2) la responsabilidad del superior jerárquico y la obediencia debida.
-

incendiario, al plaguario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. Sin embargo, la pena de muerte es inaplicable al no ser incluida en el CPF, en el capítulo relativo a las penas y medidas de seguridad.

2.3.1. *Error de prohibición*

Hasta hace dos décadas el CPF fue un código de peligrosidad, para finalmente convertirse en un código de culpabilidad, después de la más importante reforma penal en el país, durante el año de 1994; no obstante, el error de prohibición —como única medida jurídica de graduación de la culpabilidad— fue introducido desde el año 1984.

En aquel momento, el CPF indicaba que se actualizaba una causa de exclusión de la responsabilidad si la realización de la acción u omisión se verificaba bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal, o si por el mismo error el sujeto estimaba como lícita su conducta, agregando que no se excluía la responsabilidad si se trataba de un error vencible.

La consecuencia jurídica de actuar bajo un error invencible —según esta regulación— implicaba que el juez debía imponer hasta la cuarta parte de la pena del delito correspondiente, siempre y cuando el error se debiera al extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto.⁶³

Actualmente, después de la reforma penal de 1994, el CPF hace un nuevo tratamiento al error de prohibición al señalar que el delito se excluye cuando la acción u omisión se realizan bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o su alcance, o porque crea

⁶² Cabe mencionar que el ilícito que posibilita la segunda pena de prisión más importante por su duración es el de privación ilegal de la libertad, que en algunas hipótesis permite una pena de hasta cincuenta años. Véanse los artículos 25, 149 bis, 320 y 366 del CPF.

⁶³ Este tratamiento del error y sus consecuencias jurídicas después de la reforma penal de 1984 se reguló en los artículos 15 y 59 bis del CPF. No obstante, el artículo 15 en su fracción VIII fue modificado en 1994 y el artículo 59 bis derogado, en la misma fecha. Véase Rafael Ruiz Harrel: *El Código Penal histórico*, México: INACIPE, 2002, pp. 22 y 51. Para ejemplificar de mejor manera, el tratamiento que judicialmente se otorgó al error de prohibición en los términos señalados, se transcribe lo pertinente de una jurisprudencia de la SCJN. “[...] Error de prohibición directo. Delito contra la salud. En la especie se estimó al quejoso responsable del delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana, porque en el sumario quedó acreditado que transportó diez kilos de marihuana de un lugar del Estado de Michoacán a la Ciudad de Torreón, Coahuila, argumentando en el concepto de violación que en su favor resulta operante el error de prohibición directo que por primera vez ha sido consagrado en nuestra legislación en el artículo 59 bis del Código Penal Federal, ya que teniendo en cuenta los datos referentes a su personalidad y las circunstancias en que el sujeto activo “se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita... es imposible que un campesino esté al día en cuanto a las leyes que se realizan en los grandes centros urbanos, que [...] no puede comprender el alcance de la ley debido a su extremo atraso cultural y al aislamiento social [...] y ello basta por su lugar de origen y su lugar de vecindad para que quede demostrada la hipótesis de que se trata. Se impone destacar que con la redacción del artículo 9º del ordenamiento jurídico en cita [...] que recoge las formas de obrar intencional, imprudente y preterintencional, no pretendió el legislador en forma alguna acabar con el principio general de derecho de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, que prevalece en nuestros días, con la excepción consignada en el artículo 59 bis de este Código. Esta disposición limita el error de prohibición como un caso especial que opera condicionado al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto activo, otorgando al juzgador la facultad de imponer una pena atenuada o inclusive un tratamiento en libertad [...]”, n.º de registro: 3390, 016. SCJN, IUS 2002.

que su actuar se encuentra amparado por una causa de justificación. Igualmente establece que, en el caso de que el error de prohibición sea vencible, se aplicará hasta una tercera parte de la pena aplicable al delito que corresponda.⁶⁴

En consecuencia, se entiende que el error de prohibición invencible hace desaparecer la culpabilidad, mientras que el error de prohibición vencible produce una atenuación significativa de la pena. Valdría aclarar en este momento que el error de prohibición en el CPF no se encuentra relacionado con la cuestión de la tipicidad de la conducta o el aspecto subjetivo de los tipos penales. En el caso de un error de prohibición directo, el sujeto no tiene conocimiento de que su conducta está prohibida; ello implica que se quiere la realización del acto y se acepta su resultado. En el caso de un error de prohibición indirecto, el sujeto sabe que su conducta se encuentra prohibida, pero actúa en la creencia de que su actuar se encuentra amparado por una causa de justificación. En este supuesto, el aspecto cognitivo y volitivo del dolo tampoco sufren alteración alguna.

Lo anterior parece indicar, siguiendo a Felip, que el legislador mexicano ha considerado que lo esencial para el juicio de culpabilidad no es tanto la efectiva representación de la prohibición de una conducta, sino la valoración que el sujeto realiza de su propio comportamiento;⁶⁵ de otro modo, no puede entenderse la exclusión del delito o la atenuación de la pena, a la que se encuentra obligado el juzgador por ley, cuando la acción u omisión hayan sido realizados bajo un error de prohibición vencible o invencible, según corresponda.

Como puede observarse, la regulación del error de prohibición y sus consecuencias jurídicas en el CPF es diversa del tratamiento que del error de prohibición existe en el Estatuto. Como señala Ambos, el error de prohibición, identificado en este caso como un error de derecho, sigue la tradición del *common law*⁶⁶ e implica la admisión del error como eximiente en dos supuestos: el primero, cuando éste provoque la desaparición del *mens rea*;⁶⁷ y el segundo, en el caso de que el sujeto activo,

⁶⁴ Véanse los artículos 15 fracción VIII inciso b y 66 del CPF.

⁶⁵ David Felip i Saborit: *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Barcelona: Atelier, 2000. p. 255.

⁶⁶ Como es sabido, el orden jurídico mexicano se encuentra inspirado en la tradición romano-germánica.

⁶⁷ Kai Ambos: "Principios generales de derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en Nuevo Derecho Penal Internacional, México: INACIPE, pp. 299-338. En este mismo sentido George Fletcher: *Conceptos básicos de derecho penal* (traducido por Francisco Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 225. Fletcher señala que el Model Penal Code en su artículo 2.04 reconoce relevancia al error de prohibición como eximiente de responsabilidad en dos casos si "a) [...] la ley o cualquier otro texto con valor de ley que defina el delito no es conocida por el sujeto, o no ha sido publicada, o razonablemente no ha podido ser conocida antes de cometer la conducta objeto de la acusación; o b) el sujeto actúa en la razonable confianza en una interpretación oficial de la ley, posteriormente declarada invalida o errónea, siempre que dicha interpretación esté

realice su actuación bajo la creencia de que se encuentra justificada, por el amparo de una orden del superior jerárquico, que se limita a los crímenes de guerra.⁶⁸

Dado lo anterior, a efectos de exponer la problemática que esta regulación del error en el Estatuto provocaría en el caso mexicano en el momento de la implementación, es necesario hacer referencia al concepto de *dolo* reconocido en el CPF. Así las cosas, obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.⁶⁹

Esta regulación del dolo parece no provocar mayor problemática en el segundo de los supuestos planteados por el Estatuto. No obstante, respecto del primero es indispensable ejemplificar en qué casos un error de derecho, según las descripciones de los crímenes de guerra, podría hacer desaparecer el elemento de intencionalidad; pero antes de ello sería deseable también determinar si la CPI, al realizar un juicio de reproche sobre el autor de uno de los crímenes de su competencia, exigirá concurrentemente los requisitos señalados en el artículo 30.2 del Estatuto o bien solamente uno de ellos,⁷⁰ me refiero a la realización de la conducta y/o la producción de un resultado.

De todo lo antes dicho, surgen los siguientes puntos controvertidos:

- El CPF exige en la realización de una acción u omisión dolosa la existencia de un elemento cognitivo y otro volitivo, mientras que el Estatuto puede exigir uno u otro, o ambos.
- En términos del mismo CPF, el error de prohibición como un aspecto negativo de la culpabilidad tiene efectos exculpantes y/o atenuantes de la pena, mientras que el Estatuto señala que un error de prohibición directo no es eximiente y que en todo caso lo será siempre y cuando haga desaparecer el elemento de intencionalidad, fórmula que es jurídicamente imposible en el derecho penal mexicano.

contenida en i) una ley o cualquier otro texto con valor de ley; ii) una decisión judicial, opinión o juicio; iii) una orden o autorización administrativa; o iv) una interpretación oficial realizada por un funcionario público o institución a quien legalmente incumbe esa interpretación, administración o ejecución de la ley que defina el delito.

⁶⁸ Véase el artículo 33 del Estatuto.

⁶⁹ Véase el artículo 8 del CPF.

⁷⁰ Véase Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 165; Rodríguez-Villasante y Prieto: o. cit., pp. 133-162; William A. Schabas: "Principios generales de derecho penal", en Ambos y Guerrero (comps.): o. cit., pp. 269-314; Bueno Arús: o. cit., pp. 117-132.

2.3.2. *La responsabilidad del superior jerárquico y la obediencia debida*

La obediencia debida al superior jerárquico se encontraba regulada en el artículo 15 fracción VII del CPF, que la señalaba como una causa de exclusión de la responsabilidad penal, cuando el sujeto obedeciera a un superior legítimo en el orden jerárquico, aunque su mandato constituyese un delito, siempre y cuando esta circunstancia no fuese notoria, ni tampoco se probara que el acusado la conocía.⁷¹

La obediencia debida fue derogada y sustituida por la actual fracción VI del artículo 15 con la reforma penal de 1994, en la que se consagra como causa de exclusión del delito el actuar en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

Por su parte, el CJM señala que es excluyente del delito el obedecer a un superior aun cuando su mandato constituya un delito, excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conocía.⁷²

La responsabilidad del superior jerárquico no encuentra ninguna regulación en el derecho positivo mexicano, ya sea el CPF o el CJM.⁷³

Ahora bien, como puede observarse de la redacción del Estatuto, la responsabilidad de los superiores civiles o militares regulada en el artículo 28, por no prevenir o reprimir los actos realizados por sus subordinados —como una forma complementaria del principio de culpabilidad contenido en el artículo 25 del Estatuto— y el actuar en virtud de órdenes superiores —previsto en el artículo 33 como una causa de exclusión de la responsabilidad penal— se encuentran estrechamente vinculados.

La responsabilidad del superior jerárquico, reconocida sin duda por el derecho consuetudinario, asume, en términos de la regulación que de ella hace el Estatuto, una forma de responsabilidad indirecta, al no impedir ni sancionar ciertas conductas de sus subordinados que constituyen crímenes competencia de la CPI.⁷⁴

⁷¹ Ruiz Harrel: o. cit., p. 19.

⁷² Véase el artículo 119 del CJM.

⁷³ La única referencia se encuentra en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura en su artículo 6.º, que señala que no se podrá invocar como causa de justificación la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad. No obstante, los requisitos para considerar la existencia de un vínculo de subordinación y control efectivo no han sido reglamentados.

⁷⁴ Véase Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 146; Charles Garraway: "Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada", en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 836, pp. 785-793, www.icrc.org.

El artículo 28 del Estatuto exige tres requisitos para determinar la responsabilidad de un superior por actos de sus subordinados: la existencia de un vínculo de subordinación, la obligación del deber de saber del superior y la obligación del superior de actuar. Por lo que toca al vínculo de subordinación, se distinguen dos tipos: el de los jefes militares o de las personas que actúen como tales y el de superiores de naturaleza distinta a la militar, aun cuando en ambos casos se exige una relación de jerarquía efectiva entre el superior y la persona que cometió el crimen. Por lo que respecta al deber de saber de los superiores, el Estatuto no exige el cumplimiento de esta norma, de igual manera al jefe militar que al civil, con lo cual se incluye en el Estatuto el único supuesto de responsabilidad por culpa o imprudencia. De tal forma, en el primero de los casos los crímenes pueden ser realizados a título de negligencia o en forma dolosa, mientras que en el segundo los crímenes únicamente pueden ser realizados con pleno conocimiento, es decir, con intención.⁷⁵ Ante esta situación, las preguntas que pueden plantearse son las siguientes: ¿Puede un jefe militar realizar un crimen contra la humanidad a título de negligencia, a pesar de que la redacción de este crimen exige un ataque generalizado o sistemático? ¿Cómo puede un jefe militar tener intenciones genocidas si no sabe que sus subordinados están realizando este crimen?⁷⁶ Ante estos planteamientos, Schabas afirma: “es imposible cometer un crimen [...] necesariamente [...] doloso por negligencia [...]”;⁷⁷ más aún como señala Laurenzo, dada la gravedad de los crímenes no es posible equiparar la responsabilidad de quien actúa directamente en la realización de genocidio, crímenes de guerra o contra la humanidad, a la de una persona que tuvo una falta de cuidado en el ejercicio de sus deberes de control sobre la tropa. Y a pesar de los precedentes sentados por los tribunales penales internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia, la aplicación de una pena en este supuesto queda a merced de un margen de discrecionalidad todavía más amplio que con relación a la responsabilidad penal por la participación directa en un crimen.⁷⁸

Finalmente, con relación al tercero de los requisitos —es decir, la adopción de todas las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de un crimen o de poner en conocimiento de las autoridades la situación—, puede decirse que, según la

⁷⁵ Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 146; Bueno Arús: o. cit., p. 126; Rodríguez-Villasante y Prieto: o. cit., p. 147

⁷⁶ Kai Ambos: “Os principios gerais...”, o. cit., p. 46.

⁷⁷ Schabas: “Principios generales...”, o. cit., p. 298; Ambos: “Os principios gerais...”, o. cit., p. 46.

⁷⁸ Laurenzo Copello: o. cit., p. 99.

jurisprudencia del TPIR y del TPIY, la capacidad real de hacer frente a esta obligación se encuentra íntimamente relacionada con una verdadera relación de subordinación.

Doctrinalmente y sin consenso absoluto, la obediencia debida ha sido considerada como una ausencia de conducta, como causa de justificación y como causa de inculpabilidad. El único acuerdo específico que existe sobre esta causa de exclusión del delito, es que “la obediencia debida problemática es la que corresponde a una orden cuyo contenido sea antijurídico [...]”, aun cuando formalmente sea contraria a derecho.⁷⁹

La regulación de esta causa de exclusión de la responsabilidad penal en el Estatuto, en opinión de Verhaegen, es el resultado de la experiencia, al considerar que la ejecución de los crímenes competencia de la CPI —tal y como se han tipificado— sólo es posible gracias a la cooperación de los autores materiales y a su absoluta sumisión a la autoridad, ya que sin ellos el crimen no sería ejecutado.⁸⁰

Desde los tribunales de Núremberg se ha considerado que la defensa basada en las órdenes superiores no puede ser tomada en cuenta como una causa de exclusión de la responsabilidad penal, sino únicamente como una posible circunstancia de atenuación de la pena. Sin embargo, como puede observarse, el Estatuto de Roma se aparta de los precedentes establecidos por Núremberg y los tribunales *ad hoc* y reconoce que la defensa basada en órdenes superiores puede excluir la responsabilidad penal, siempre y cuando concurren los siguientes elementos: se estuviera obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; no se supiera que la orden era ilícita y, finalmente, que la orden no fuera manifiestamente ilícita, y se señala expresamente que las órdenes de cometer genocidio o crímenes contra la humanidad son manifiestamente ilícitas. En virtud de esto, un sujeto puede invocar el error de derecho por ignorar que una orden era ilícita, pero no en el caso de que la orden fuera manifiestamente ilícita, dada la manifestación expresa del Estatuto con relación al genocidio o crímenes contra la humanidad. Evidentemente, la inclusión de esta causa de exclusión de la responsabilidad penal permite una mayor posi-

⁷⁹ Zaffaroni, Alagia y Slokar: *o. cit.*, p. 759; José Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte General*, Madrid: Tecnos, 5^a edición, 1996. p. 165. José Du Puit: “La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano”, en *La reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2002, pp. 242-259

⁸⁰ Jacques Verhaegen,.. “La negativa a obedecer órdenes manifiestamente criminales. A favor de un procedimiento accesible para los subordinados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.^o 845. <www.icrc.org>.

bilidad de defensa a un acusado ante la CPI; sin embargo, como apunta Lirola Delgado, el Estatuto de Roma se apartó de lo establecido por el derecho consuetudinario respecto de las órdenes superiores.⁸¹ Por otro lado, es extraño que se permita argumentar esta defensa en el caso de crímenes de guerra, pues la exigencia del Estatuto de que éstos sean realizados como parte de un plan o de una política o a gran escala evidencia que una orden de cometerlos es manifestamente ilícita. En tercer lugar, dada la identidad de algunas conductas como crímenes de guerra y contra la humanidad, es extraño que se acepte la defensa de órdenes superiores para los primeros pero no para los segundos.⁸²

Sobre la cuestión de la responsabilidad del superior jerárquico y la obediencia debida⁸³ y su implementación en el ámbito interno, surgen las siguientes posibilidades y problemáticas:

- Regular los requisitos para establecer un vínculo efectivo de subordinación y de control, en la parte especial del CPF, al tipificar los crímenes internacionales y resolver, a través de la parte general ya establecida, la actuación por omisión, ya que la legislación penal señala que en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.⁸⁴

⁸¹ Existen diversos instrumentos internacionales que señalan que no puede argumentarse como defensa la obediencia debida: el Estatuto del Tribunal militar internacional de Núremberg; la resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Convenio de las Naciones Unidas contra la Tortura, del 10 de diciembre de 1984; los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. Joan E. Garcés: “Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho penal internacional...”, o. cit., p. 95.

⁸² Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 148 ss.

⁸³ “Excluyente de obediencia a un superior legítimo. Cuando el cumplimiento de la orden de un superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquéllo sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial”. Véase IUS 2002, Jurisprudencia, n.º de registro: 390, 092. “Exculpatoria de obediencia jerárquica. Connotación de la causal. Para que se constituya la causa eximiente de responsabilidad a que se refiere la fracción VII del artículo 12 del Código Penal de Michoacán, es necesario que la obediencia del subordinado a la orden superior, como una manifestación del imperium de los funcionarios públicos con mando, se funde en la firme creencia por parte del inferior de que el acto que se le manda ejecutar es justo, lo que no acontece cuando el inculpado asume una actitud de soslayar el atentar contra la vida de una persona, pues ello evidencia más bien una postura de complacencia en la comisión de un delito, que una orden jerárquica”. Véase IUS 2000, tesis: XI.2002 n.º de registro: 204-295.

⁸⁴ Véase el artículo 7.º del CPF.

- Por lo que toca a la posibilidad de que el superior jerárquico realice los crímenes competencia de la CPI de forma culposa, existe el problema de que el CPF establece un *numerus clausus* de delitos culposos, y en definitiva no encuentra una posibilidad de que sean incluidos en éste los crímenes que contienen elementos subjetivos específicos, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, situación que no se presenta en el CJM.
- La cuestión de la determinación de penas en este caso sería menos problemática, ya que podrían aplicarse las reglas de sanciones a los delitos culposos.⁸⁵
- Con relación a la obediencia debida, tanto en el CJM como en el CPF —independientemente de la inclusión de los crímenes en la parte especial de ambos ordenamientos— deberá incluirse de forma literal la redacción del artículo 33 del Estatuto. Especial atención merece en esta cuestión el CJM; si se introduce literalmente esta disposición, se complementará la disposición del artículo 119 y será considerada como notoriamente prohibida la orden de realizar genocidio o crímenes de lesa humanidad, y al mismo tiempo será mucho más difícil argumentar desconocimiento y, por otro lado, pretender imputar al supuesto responsable el delito de desobediencia.⁸⁶

2.4. Inmunidades e inviolabilidades

El artículo 27 del Estatuto regula el principio de igualdad ante la ley penal, al señalar que el cargo oficial como jefe de Gobierno, miembro de gobierno, representante elegido o funcionario, no eximirá de responsabilidad penal por ese solo hecho, que tampoco será considerado como una causa de atenuación de la pena. Del mismo modo, señala que las inmunidades y normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial no impedirán que la CPI ejerza jurisdicción sobre ella; esta última afirmación de carácter procesal implica que las inmunidades y normas de procedimiento especiales que ostente una persona en virtud de su cargo oficial, con arreglo al derecho interno, no impedirán que la CPI ejerza jurisdicción.

No obstante, el Estatuto no ha eliminado totalmente las inmunidades, conclusión que se obtiene de la lectura de sus artículos 27 y 98, ya que se incluyen

⁸⁵ Véanse los artículos 60, 61 y 62 del CPF.

⁸⁶ El delito de desobediencia implica, en algunos de sus supuestos, que un subordinado no ejecute o respete la orden de un superior o la modifique de propia autoridad. Véase artículo 301 del CJM.

algunas disposiciones que permiten desactivar las inmunidades de los sujetos cuando la CPI debe ejercer jurisdicción.. Estas disposiciones son absolutamente necesarias, en virtud de que la existencia de la CPI no puede vulnerar por ese solo hecho el orden jurídico internacional existente, ni tampoco alterar los compromisos de los Estados partes con terceras naciones.

Atendiendo estas disposiciones, la CPI tiene posibilidad de conocer de los hechos realizados por un antiguo jefe de Estado, siempre y cuando éste no haya sido investigado o enjuiciado de buena fe. En el caso de un jefe de Estado en activo, la CPI no podrá ejercer jurisdicción si éste invoca su inmunidad ante terceros Estados, a menos que el asunto haya sido remitido por el Consejo de Seguridad, ya que en este supuesto, conforme a la Carta de la ONU, todos los Estados se encuentran vinculados por las decisiones del Consejo y en consecuencia obligados a cooperar con la CPI.⁸⁷

La irrelevancia del cargo oficial ha sido incluida como un principio del DPI, desde el Estatuto de Núremberg hasta el de la CPI, pasando por el Acta de Consejo de Control n.º 10, la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio, el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1994, los Estatutos del TPIR y del TPIY.⁸⁸

La problemática jurídica de la improcedencia del cargo oficial radica en el establecimiento de sus límites y alcances, específicamente cuando se trata de un gobernante en ejercicio de su cargo,⁸⁹ ya que la inmunidad se relaciona directamente con el ejercicio soberano de las atribuciones del Estado.

Sin embargo, y atendiendo al importante desarrollo del DPI, sería deseable que los Estados reinterpretaran el concepto de soberanía, ya que cuando los derechos fundamentales de las personas han sido sistemáticamente vulnerados, la inmunidad absoluta de los funcionarios trae aparejada la imposibilidad de que los responsables de estos hechos respondan ante la justicia, interna o internacional. En este último

⁸⁷ Antonio Remiro Brotóns: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid: Biblioteca Nueva, 1999, p. 117; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 144; Kai Ambos: "El caso Pinochet y el derecho aplicable", en *El nuevo derecho penal internacional*, México: INACIPE, 2003, pp. 141-176.

⁸⁸ Así lo señalan Remiro Brotóns: o. cit., p. 116; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 144; Schabas: "Principios generales...", o. cit., p. 295.

⁸⁹ La irrelevancia del cargo oficial para ser enjuiciado por crímenes de lesa humanidad, cuando se trata de antiguos jefes de Estado, ha quedado demostrada en el caso Pinochet. Por lo que toca a la posibilidad de enjuiciar a jefes de Estado durante el ejercicio de su encargo, es posible citar la orden de aprehensión internacional que giró el TPIY en contra de Slobodan Milosevic, cuando aún ostentaba el cargo de presidente y estaban por iniciar las negociaciones entre la OTAN y el ejército yugoslavo para poner fin a los ataques armados comandados por los Estados Unidos. Elia Patricia Neri Guajardo: "Terrorismo de Estado y Corte Penal Internacional. Aproximaciones a la paranoíta norteamericana", en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 20, año 13, 2004, pp. 61-77.

aspecto, una de las situaciones más problemáticas es que, mientras en el ámbito interno las averiguaciones o enjuiciamientos contra los presidentes o jefes de Gobierno son esporádicos, por no existir modificaciones al régimen jurídico de inmunidades,⁹⁰ en el ámbito internacional se materializan importantes esfuerzos por modificar esta condición, a través de instrumentos que mediante la tipificación de crímenes internacionales limitan la inviolabilidad personal y la inmunidad de jurisdicción penal de éstos. La principal razón de estos significativos cambios es la incuestionable evidencia de que los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto son planeados o dirigidos desde el poder público.

Por su parte, García Ramírez considera oportuno que el Estatuto no acepte inmunidades, pero igualmente señala que la disposición del artículo 27 suprime garantías constitucionales en el desempeño del cargo oficial, restringiendo entonces la libertad y la seguridad del funcionario, que llega a un extremo con relación al presidente de la República.⁹¹

En el caso mexicano, las inmunidades de los servidores públicos se reglamentan en el título cuarto de la CPEUM, “De las responsabilidades de los Servidores Públicos”, que es reglamentado por las disposiciones de la LFRSP. La CPEUM indica que “el Presidente de la República, *durante el tiempo de su encargo*, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común [...], y que en estos casos sólo podrá ser acusado ante la Cámara de Senadores, que deberá resolver con base en la legislación penal aplicable.⁹²

Si se atiende estrictamente a los contenidos literales de los artículos constitucionales antes señalados, se observa que el presidente de la República no puede ser sometido a juicio político y que, en caso de que durante su mandato se lo acusara de delitos graves —entre los que según el CFPP se encuentra el genocidio—,⁹³ el Senado

⁹⁰ Remiro Brotóns: o. cit., p. 122

⁹¹ García Ramírez: “La jurisdicción...”, o. cit., p. 93.

⁹² Véanse artículos 108 a 114 de la CPEUM.

⁹³ Es necesario comentar que, cuando el constituyente redactó el párrafo segundo del artículo 108 de la CPEUM y señaló que el presidente, durante el tiempo de su encargo, sólo podría ser acusado de traición a la patria y de delitos graves, no tenía en mente las futuras modificaciones de la legislación penal interna. Desde hace algunos años se ha incluido en el CFPP el criterio de la gravedad del delito, para considerar si es posible que una persona sujeta a un proceso penal pueda disfrutar del beneficio de la libertad caucional. Actualmente, la lista de delitos graves es amplísima e incluye más de 40 tipos penales, entre los que se encuentran figuras como homicidio por culpa grave, genocidio, traición a la patria, hasta acciones que atentan contra el patrimonio. En consecuencia, si se llegase a una situación de esta naturaleza en contra de un presidente de la República, la Cámara de Senadores tendría que decidir si por todos los delitos que se contemplan en el artículo 194 bis el titular del Poder Ejecutivo podría ser “enjuiciado”.

de la República sería el único organismo posibilitado para imputar responsabilidades al presidente, no sólo en lo que concierne a su destitución o inhabilitación para desempeñarse en el servicio público, sino también del orden penal.⁹⁴

Lo anterior implica, en primer lugar, que el presidente de la República goza, por razón de su cargo y durante su ejercicio, del privilegio de no ser juzgado por los tribunales del Estado mexicano, y, en segundo lugar, que en estos casos la Cámara de Senadores tendría una especie de función cameral judicial —más propia de los sistemas pertenecientes al *common law*— cuyos resultados, en la gran mayoría de los casos, atenderían a una decisión política y no jurídico-penal. En efecto, si la Cámara de Senadores está integrada por una mayoría perteneciente al partido político del presidente, el resultado será de una total impunidad; en caso contrario, si tiene una mayoría políticamente opositora, es de suponerse que sus resoluciones se encontrarán viciadas y que, además, no se respetarán las garantías del debido proceso consagradas en la misma CPEUM.

Por lo que respecta a otros servidores públicos de menor envergadura, la LFRSP señala que pueden ser objeto de juicio político los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los ministros de la SCJN, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, los diputados de la asamblea del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal y el procurador general de la República, entre otros muchos funcionarios,⁹⁵ por la realización de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, considerando que las violaciones graves y sistemáticas de las garantías individuales o sociales actualizan el requisito mencionado. Las garantías individuales o sociales se encuentran contempladas en la parte dogmática de la CPEUM, es decir que se corresponde con lo que podríamos llamar *núcleo duro de derechos fundamentales*.

El juicio político debe ser resuelto a través de la Cámara de Diputados y posteriormente a través de la Cámara de Senadores; las decisiones de ambas Cámaras son inapelables y sus decisiones deben ser tomadas en sesión pública, con excepción de dos situaciones: la audiencia en que se presenta la acusación y cuando las buenas costumbres o el interés general así lo exijan.⁹⁶

⁹⁴ Véase Jesús Orozco Enríquez: "Comentario a los artículos 110 y 111", en J. Carbonell (coord.): *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, vol. IV, México: Sista, 16.^a edición, 2000.

⁹⁵ Véase artículo 110 de la CPEUM.

⁹⁶ Véanse los artículos 5, 6, 7, 30 y 41 de la LFRSP.

Actualmente, en las legislaturas de los estados se encuentra en discusión un proyecto de reforma, por el cual se pretende modificar el artículo 111 de la CPEUM, en el que se propone que, no obstante el fuero constitucional del que gozan los servidores públicos, éstos puedan responder ante las autoridades competentes sin que se requiera declaración de procedencia —es decir, desafuero— cuando se trate de delitos graves. En ese mismo orden de ideas, también se busca modificar la legislación penal interna agregando al CPF el artículo 213 *ter*, para que sean considerados delitos cometidos por servidores públicos que no requieren declaración de procedencia de la Cámara de diputados: genocidio, robo con violencia, homicidio doloso y violación, entre otros.⁹⁷

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

- 1) Especial referencia al principio de jurisdicción universal y 2) artículo 17.1 del Estatuto.

3.1. Especial referencia al principio de jurisdicción universal

En los diferentes tribunales penales internacionales que históricamente han sido establecidos, ninguno ha pretendido arrogarse en forma absoluta las facultades de jurisdicción de los Estados; la CPI en este sentido ostenta una jurisdicción complementaria y supone primacía jurisdiccional a los Estados, a pesar de sus facultades de revisión sobre las actuaciones de investigación y enjuiciamiento internos.⁹⁸

⁹⁷ Hasta el momento de la entrega de este informe, no fue posible constatar el recibimiento que esta reforma constitucional ha tenido entre las legislaturas locales, de las cuales se requiere la aprobación de 16, al igual que en cualquier otro proceso de reforma constitucional. El dictamen de la Cámara de Diputados en que se turna la reforma constitucional se encuentra en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados n.º 1476-I, del jueves 15 de abril del 2004, www.camaradependitados.org.mx.

⁹⁸ En una opinión contraria, Sánchez Legido señala que, precisamente en virtud de estas facultades de revisión sobre los sistemas de justicia nacionales, y de las facultades de revisión de su propia competencia, la CPI no otorga en su totalidad una preferencia a las jurisdicciones nacionales, sino que en realidad el Estatuto incluye una “preferencia tutelada a favor de las jurisdicciones nacionales”. Véase Ángel Sánchez Legido: *Jurisdicción universal y derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 309.

El principio de jurisdicción universal se caracteriza porque no se vincula con ninguno de los elementos tradicionalmente reconocidos como integrantes del Estado. Dicho principio puede encontrar dos variantes: la primera indica que se trata de un título de jurisdicción a través del cual los jueces de un Estado asumen competencia para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros y contra extranjeros; la segunda indica que la jurisdicción universal se caracteriza por ser un título de jurisdicción operativo, para reprimir nacionalmente delitos especialmente odiosos y que atentan contra intereses esenciales de la humanidad.⁹⁹

Ahora bien, sea cual sea el fundamento aceptado para éste, el principio de jurisdicción universal no es regulado por el derecho mexicano,¹⁰⁰ que únicamente contempla en el CPF y el CFPP los títulos de ejercicio de jurisdicción tradicionalmente reconocidos y que operan para todos los tipos penales contenidos en la parte especial; Cabe reiterar de nueva cuenta que la tipificación de crímenes internacionales es prácticamente inexistente, ya que, con excepción del delito de genocidio, ni el CPF ni el CJM contienen disposiciones sobre crímenes contra la humanidad o de guerra; en consecuencia, no existen reglas especiales aplicables para determinar la competencia de los tribunales mexicanos en estos casos.

Como he indicado, en el Estado mexicano la jurisdicción se fundamenta generalmente en el principio de territorialidad, y como en la gran mayoría de las legislaciones nacionales se incluyen excepciones a esta regla, atendiendo al principio de personalidad activa, de personalidad pasiva y al principio de protección de intereses, y finalmente atendiendo a la circunstancia de que no todos los delitos se desarrollan íntegramente en el territorio mexicano, se ha incluido también el principio de territorialidad subjetivo —es competente para conocer del delito el Estado en cuyo territorio se inició el delito— y el principio de territorialidad objetivo —territorio del Estado en el que el delito produce sus efectos.¹⁰¹

Por otra parte, como en páginas previas he comentado, no se ha discutido en México ningún proyecto de ley de implementación, de tal forma que no es posible indicar si se prevé modificar las normas que regulan los títulos territoriales o extrate-

⁹⁹ Ibídem, p. 38 ss.

¹⁰⁰ Aun cuando el mismo Sánchez Legido considera que el principio de jurisdicción universal se regula en los ordenamientos jurídicos internos, cuando el Estado en cuestión forma parte de una convención internacional que lo regule, y sostiene que este es el caso de México, atendiendo al contenido del artículo 6.º del CPF, ya comentado (o. cit., p. 87).

¹⁰¹ Véanse los artículos 2, 3, 4 y 5 del CPF. Más ampliamente, los comentarios a las normas que regulan la competencia del Estado mexicano se encuentran en Neri Guajardo: “Informe México”, o. cit., pp. 415 ss.

rritoriales de jurisdicción en materia penal.¹⁰² A este respecto, mi opinión es que dichos títulos de jurisdicción no deben ser modificados, ya que con su actual regulación y la inclusión de los tipos penales necesarios en el CPF se posibilita en el ámbito interno, en términos estrictamente jurídicos, una persecución penal eficaz de autores de crímenes internacionales.

En lo que concierne a la jurisdicción universal, el Estado mexicano se encuentra obligado respecto de ciertos instrumentos internacionales que lo regulan —tal es el caso de las CG—; no obstante, debido a los lineamientos que rigen la política exterior del país, es políticamente poco probable que este principio sea incluido en la CPEUM o en la legislación penal. Un ejemplo de esta política exterior, que se estructura fundamentalmente sobre el principio de no intervención, y de las inexistentes posibilidades de integrar el principio al orden jurídico interno son las expresiones de la SCJN con ocasión del caso Cavallo.

Como es sabido, España solicitó la extradición de Ricardo Miguel Cavallo al Estado mexicano, en virtud de la existencia de un proceso penal en su contra, por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura, presumiblemente realizados en Argentina, durante los años de la dictadura militar. Atendiendo a los procedimientos establecidos, la SRE turnó la petición a la PGR y, en consecuencia, un juzgado de distrito decidió otorgar la extradición. Esta resolución fue impugnada a través de un juicio de amparo en el que se argumentó la inconstitucionalidad del tratado de extradición entre México y España, su protocolo de aplicación, así como también la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio; igualmente se argumentó que se violaban las garantías constitucionales debido a que, en este caso, el enjuiciamiento debía ser realizado en el país donde los hechos se habían cometido. La justicia federal concedió la razón a los argumentos indicados y ordenó la suspensión del acto reclamado. Ante estos hechos, la SER y la PGR impugnaron la nueva resolución y la SCJN estimó que era competente para conocer el recurso de revisión. Finalmente, la misma SCJN determinó que la extradición era procedente, no obstante el criterio de cuatro ministros que se expresaron en contra por considerar que “no es pertinente la aplicación de principios de ‘justicia universal’, ya que ahora carecen de certeza y seguridad, amén de que nuestra Constitución no autoriza su adopción [...]”¹⁰³. En la

¹⁰² Los respectivos dictámenes de la Cámara de Senadores y de Diputados no se han expresado sobre esta posibilidad.

¹⁰³ José Luis Siqueiros: “La extradición y la jurisdicción universal. El Caso Cavallo”, en Revista de Derecho Privado, Biblioteca Jurídica Virtual, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/7/dtr5.htm.

misma resolución, el ministro Humberto Román Palacios emitió un voto particular en el que cuestionó la jurisdicción de los órganos judiciales españoles para juzgar a ciudadanos, españoles o extranjeros, que fuera del territorio español hubiesen cometido delitos de genocidio, terrorismo y cualquier otro que según tratados internacionales deba ser perseguido por el Poder Judicial español.¹⁰⁴

3.2. El artículo 17.1 del Estatuto

Como es conocido, el Estatuto no incluye el supuesto de la jurisdicción universal, ya que el sistema de justicia penal que implica la CPI se construye sobre el principio de complementariedad, regulado en el artículo 17 del mismo instrumento. A través de esta disposición, la jurisdicción de la CPI asume el carácter de *ultima ratio* que únicamente se activa en virtud de la inacción, la falta auténtica de disposición o la incapacidad de los Estados parte para investigar y enjuiciar los crímenes internacionales de su competencia.¹⁰⁵

Desde las negociaciones en Roma, y *desde una perspectiva temporal*, las delegaciones debieron decidir entre una configuración estática o dinámica del principio. Según la primera opción, la CPI y las jurisdicciones nacionales se encontrarían *en pie de igualdad* y quien originalmente iniciara una averiguación o enjuiciamiento sobre un asunto determinado obtendría la jurisdicción exclusiva sobre él. Atendiendo a la segunda, la CPI podría ejercer jurisdicción complementaria en las etapas de averiguación o enjuiciamiento de las jurisdicciones nacionales, cuando éstas no tuvieran voluntad real para realizarlas o se encontraran materialmente impedidas para ello, quedando excluidas las sentencias de buena fe y las medidas posteriores a la condena.¹⁰⁶

El haber optado por esta complementariedad dinámica persigue dos objetivos: garantizar a los Estados la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento de la CPI cuando la jurisdicción nacional tiene la voluntad política y material de investigar o enjuiciar a los responsables de los crímenes de su competencia, y motivar a los Estados a cumplir su deber de ejercer jurisdicción sobre estos crímenes.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ibídem.

¹⁰⁵ Olásolo: o. cit., p. 195

¹⁰⁶ Ibídem, pp. 204 y 205. Las medidas posteriores a las condenas de buena fe se refieren, a título ejemplificativo y en el caso mexicano, a una condena condicional, una remisión parcial de la pena o un beneficio preliberacional.

¹⁰⁷ Véanse los párrafos 4.º, 6.º, 10.º y 11.º del Preámbulo y los artículos 17, 18.2, 19 párrafos 2.º, 5.º y 7.º, y 53 del Estatuto.

El ejercicio subsidiario de la jurisdicción de la CPI, en los términos reconocidos en el Estatuto, ha sido la razón de que 98 naciones de la comunidad internacional hayan decidido convertirse en Estados partes.¹⁰⁸ No obstante los objetivos y los resultados, esta misma regulación del principio de complementariedad podría comprometer sus actuaciones al configurar posiblemente el obstáculo más importante en el combate a la impunidad y en la prevención de futuros genocidios, crímenes de lesa humanidad o de guerra.

La inclusión en diversos artículos del Estatuto de las frases “el Estado que tenga jurisdicción” (artículo 17), “Estados que [...] ejercerían normalmente la jurisdicción” (artículo 18) o “Estado que tenga jurisdicción en la causa” (artículo 19), sin determinar los nexos jurisdiccionales aplicables, implica la posibilidad de que numerosos Estados acudan ante la CPI con la pretensión de suspender su investigación o enjuiciamiento, atendiendo a los normales títulos de jurisdicción extraterritorial, a las afinidades políticas, ideológicas e incluso económicas entre el Estado afectado por el ejercicio de la jurisdicción complementaria de la CPI y un tercero, motivado por criterios propios o por presiones externas.¹⁰⁹ Sumada a esto, surge la cuestión del principio de jurisdicción universal, que en diversos supuestos podrá inhibir la jurisdicción de la CPI: cuando se haga una reserva respecto de los crímenes de guerra; cuando por cuestiones de la no aplicación retroactiva del Estatuto los crímenes no puedan ser conocidos por la CPI; cuando se trate de violaciones graves a derechos fundamentales pero que no satisfagan la regla de competencia establecida en el artículo 1.º; cuando tenga interés en conocer del asunto un Estado no parte del Estatuto pero firmante de otro convenio internacional que regule el principio, entre otros.

Como señala Sánchez Legido, sería lamentable que un principio que se ha desarrollado como un mecanismo extremo, que enfrenta “la habitual pasividad de los Estados más vinculados con los hechos” para hacer responder ante la justicia a los autores de crímenes internacionales, fuera utilizado para obstaculizar el ejercicio oportuno y debido de la jurisdicción de la CPI.¹¹⁰

¹⁰⁸ Véase www.iccnow.org.

¹⁰⁹ Cuando me refiero a presiones externas, pienso en la posibilidad de que algún país enemigo de la CPI, haya ofrecido “ayuda” de cualquier tipo a este tercer Estado, y dicha ayuda se encuentre condicionada a que el Estado acuda a la CPI invocando jurisdicción en la causa, con el único objetivo de paralizar sus actuaciones. Véase Neri Guajardo: “Terrorismo de Estado...”, o. cit.

¹¹⁰ Sánchez Legido: o. cit., p. 222.

Atendiendo a lo anterior y pensando en la futura implementación del Estatuto en el orden jurídico mexicano, sería oportuno que, a efectos del artículo 17, se señalará que “el Estado que tiene jurisdicción” debe ser entendido preferentemente como el *iudex loci delicti commissi*, ya que normalmente el juez del territorio en que se cometió el delito, debido principalmente a su proximidad con los hechos, es el que tiene mejores probabilidades de enjuiciamiento exitoso. Igualmente podría incluirse el Estado de nacionalidad del autor del delito, ya que ambos son los Estados reconocidos en el artículo 12 del Estatuto cuando se refiere a las condiciones previas para el ejercicio de la competencia. Mediante esta fórmula, no sólo se evitarían indeseables e indebidas intromisiones en la jurisdicción de la CPI, sino que también el Estado mexicano —congruentemente con su política exterior— *evitaría/reduciría* actuaciones injerencistas en cuestiones de su exclusiva competencia, con relación a terceros Estados.