

## I. ENTORNO TEÓRICO CONCEPTUAL

### INTRODUCCIÓN

LA NATURALEZA del tema y la complejidad que revisten algunas figuras jurídicas, vocablos, normas y principios internacionales sugieren la necesidad de establecer un marco teórico conceptual del trabajo. Con este propósito es que estimamos conveniente señalar, desde esta primera fase, los sustentos teóricos elementales para fortalecer el entorno doctrinal y estar en posibilidad de mantener, en los capítulos subsecuentes, la esencia de la investigación en un nivel satisfactorio, tomando en cuenta que en ella se encuentran involucrados los valores más preciados para un país y para un tribunal: la *soberanía*, para el primero, y la *autonomía* para el segundo.

Con este objetivo desarrollamos en este capítulo los conceptos de jurisdicción y jurisdicción universal, así como algunas de sus clasificaciones doctrinales y sus diferencias con conceptos afines, tales como el de la competencia y los criterios sobre la competencia, con especial referencia a la materia penal internacional; de esta manera, destacamos los conceptos más socorridos durante la investigación. Cerramos el marco conceptual con la interacción de todos ellos para ofrecer a nuestros lectores el producto de la coincidencia del acto soberano de un Estado que se precia de su independencia, y la expresión de un tribunal en el ejercicio autónomo de su facultad jurisdiccional, ya sea a nivel nacional o en el contexto internacional.

Consideramos conveniente dejar asentado, desde esta fase introductoria, el fortalecimiento de nuestra convicción jurídica que para un Estado la soberanía es su esencia, y para el Derecho Internacional la soberanía es el fundamento de su existencia misma.

La soberanía se manifiesta tanto en el ámbito interno como en el externo. Es el elemento que indica de manera fehaciente la situación del Estado y su capacidad de desenvolvimiento ante la comunidad internacional. Se puede establecer que el fortalecimiento del Estado hacia el interior y allende sus fronteras no radica necesariamente en su capacidad económica ni en su poder militar, sino en la satisfactoria interacción de los diversos aspectos y elementos que la componen y que pueden conducir a su adecuada preservación

o mantenimiento, a través del respeto al acto soberano de los demás estados, en la razonada suscripción de tratados internacionales y en el debido cumplimiento de los compromisos que deriven de esos instrumentos y de las demás normas supranacionales que hayan sido adoptadas por el Estado.

Tan importante y necesario es, y ha sido, el concepto y atributo de la soberanía estatal, que prácticamente es el alma del Estado; hoy en día, a pesar de la interacción mundial, difícilmente podríamos prescindir de ella. No obstante lo anterior, resulta menester señalar que ya no podemos conceptualizarla como en sus orígenes. Recordemos que con base en dicho concepto se buscó dar sustento a las primeras normas de Derecho Internacional y al sistema jurídico mismo.

En ese orden de ideas, y derivado de la voluntad del Estado soberano, principal sujeto de Derecho Internacional, con capacidad y personalidad jurídica plena, fue éste quien, en ejercicio precisamente de esa soberanía, le dio origen a las normas internacionales<sup>1</sup> creando un conjunto variado de normas jurídicas para regular sus relaciones con los demás sujetos de Derecho Internacional, entre los que destacaban los demás estados soberanos y las organizaciones internacionales.

El desarrollo del Derecho Internacional y del mismo sistema internacional motivó el surgimiento de otros sujetos de Derecho Internacional y de normas jurídicas de diferente contenido, que están limitando paulatinamente el ejercicio de las facultades soberanas de los estados; ejemplo de ello son el surgimiento del Derecho Penal Internacional (DPI), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Dere-

<sup>1</sup> Cfr. Gerardo Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público*, 5a. edición actualizada, Temis, Bogotá, 2002, pp. 42-48. Precisa el autor que en la teoría del Derecho Internacional existen varias corrientes que buscan fundamentar a este derecho, entre las que se encuentran: 1) la del positivismo voluntarista, que tiene a su vez tres variantes: la teoría del Derecho estatal externo, cuyos representantes principales son Felipe Zorn, Max Wenzel, Püterm Bekker y Wittmayer; la teoría de la autolimitación o de la autobligación, con Jellinek a la cabeza; y la teoría de la voluntad o pacto normativo de los estados, donde Trieppl y Anzilotti son sus principales representantes; 2) La teoría de la norma fundamental suprema con Kelsen como su mayor exponente; 3) la teoría dogmática de Perassi; 4) la doctrina solidarista francesa de Georges Scelle; 5) la doctrina institucionalista italiana de Romano; y 6) la concepción iusnaturalista con sus principales exponentes, Suárez y Vitoria. Sin embargo, independientemente de la corriente que se considere válida, el común denominador de todas ellas es que parten del supuesto de que se está ante una sociedad o comunidad de estados soberanos que de alguna manera aceptan o reconocen la necesidad de la existencia de normas que regulen sus relaciones, de ahí que el elemento de soberanía del Estado jugó un papel importante para la fundamentación, validez y reconocimiento de la existencia de normas de Derecho Internacional que les limitaban.

chos Humanos (DIDH) y la conceptualización del individuo como sujeto de Derecho Internacional, así como diversas instituciones jurídicas, entre las que figuran la competencia universal, la competencia internacional y los tribunales supranacionales.

Lo anterior nos muestra que es ineludible invocar el concepto de soberanía en nuestro tema, en tanto que constituye, además de lo ya señalado, una condición fundamental para la eficacia del Derecho Internacional y del DPI, y al mismo tiempo es un elemento imprescindible con una función que juega un papel fundamental para inclinar la balanza de un lado o de otro en la realización de los fines del Estado y en la asunción y cumplimiento de sus obligaciones, ya sea desde un panorama internacional o desde una visión nacional.

En el siguiente capítulo, constataremos que, con el nacimiento de la Sociedad de Naciones al final de la Primera Guerra Mundial,<sup>2</sup> también surge la Corte permanente de Justicia Internacional, aun cuando en ese momento no se visualizaba a corto plazo una solución convincente a los conflictos internos de algunos estados, y menos aun el problema principal de la confrontación armada, sino que aumentaba la inquietud ante la disyuntiva de si se vivía en la soberanía absoluta del Estado o en la validez absoluta del Derecho Internacional,<sup>3</sup> si bien para algunos estas circunstancias no implicaban mayor problema por considerar que, de no existir los estados soberanos, no se podría concebir un marco jurídico internacional actual y vigente. En este sentido, para la subsistencia y desarrollo de la sociedad contemporánea resulta evidente que la *soberanía estatal* constituyó y constituye un elemento fundamental.<sup>4</sup> Sin embargo, este concepto ha variado, evolucionado o, en opinión de varios autores, se ha relativizado.

<sup>2</sup> Recordemos que la Sociedad de Naciones surge con la adopción de su Pacto el 28 de abril de 1919, con el propósito de fomentar la cooperación entre sus 63 miembros, garantizar la paz y la seguridad internacionales, pero al no lograrlo, ante el surgimiento de la Segunda Guerra Mundial fue desintegrada dando paso a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 26 de junio de 1945.

<sup>3</sup> Cfr. Agustín Basave Fernández del Valle, *Teoría del Estado, fundamento de filosofía*, Jus, México, 1985, p. 150. Sostiene el autor que la soberanía absoluta no sólo ha obstaculizado la doctrina del Derecho Internacional, sino su misma realización, en virtud de que se reconoce que el Estado es tan sólo una comunidad relativamente suprema, ya que es en razón a su competencia y a la medida de su fin.

<sup>4</sup> Cfr. Hermann Heller, *La soberanía*, UNAM, México, 1965, pp. 225 y ss. El autor precisa que: " Toda la problemática del derecho internacional, desde Grocio hasta Locarno, se funda, por una parte, en el imprescindible concepto de soberanía y, por otra, en la sujeción normativa del sujeto de la soberanía al derecho internacional [...] puede sonar a paradoja, pero es una verdad incontrovertible".

En cuanto a los conceptos de autonomía y de independencia judicial, que desde la óptica de este trabajo estarán en todo momento ligados al aspecto jurisdiccional de los tribunales, específicamente en este caso de materia penal es impensable, o cuando menos difícil de concebir, que en un territorio sin soberanía se pueda disponer de tribunales autónomos, en virtud de que en ese lugar difícilmente existiría una estructura social que los respalde, un sistema legislativo que derive de una real “representación” popular que los legitime, por lo que el conjunto de leyes con que se cuente en ese determinado territorio encuadraría seguramente en lo que razonaba Platón al escribir que: “donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, se verá la destrucción sobre ella, y en aquella en la que la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, se verá realizada su salvación”,<sup>5</sup> o podríamos señalar que ese gobierno estaría clasificado en el sentido débil del poder *sub lege* de la distinción que plantea Norberto Bobbio.<sup>6</sup>

En el sentido riguroso, todo poder se encuentra limitado por la ley que regula sus formas y contenidos. Además, es necesario concebir no sólo a un Estado soberano, sino a un Estado constitucional, entendido como aquel que incorpora en los niveles normativos superiores límites no sólo formales, sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder;<sup>7</sup> de tal manera que para contar con una jurisdicción penal internacional transparente e imparcial se requiere de estados constitucionales, libres y soberanos que sustenten e impulsen sólidamente el orden jurídico internacional para mantenerlo al margen de cuestionamientos por falta de legitimidad formal o sustancial.

Precisamente por estos fenómenos jurídicos consideramos conveniente disponer de un marco teórico para establecer un sustento conceptual de trabajo que nos permita contar con un adecuado diseño para una mejor

<sup>5</sup> Platón, *Las leyes*, II, libro IV, p. 145. Para mayor información, se puede consultar a Norberto Bobbio: “¿Gobierno de los hombres o gobiernos de las leyes?”, en *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1986, pp. 195 y 196.

<sup>6</sup> En este sentido, se precisa que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y que no obstante, también puede estar clasificada como Estado de Derecho, incluidos los gobiernos autoritarios o, peor aún, los totalitarios por el hecho de estar sustentados en una fuente legal. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1999, p. 556.

<sup>7</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 855 y ss. Agregaría Ferrajoli que, al menos en el campo del Derecho Penal, Estado de Derecho designa ambas cosas: el poder judicial de descubrir y castigar los delitos es en efecto *sub lege* y, por cuanto al poder legislativo, se ejercita *per lege* en cuanto a su vez está *sub lege*, es decir, prescrita por la ley constitucional la reserva de ley general y abstracta en materia penal.

comprensión de los aspectos que nos ocuparán y acompañarán en nuestro planteamiento.

#### CONCEPTO DE SOBERANÍA DESDE UNA VISIÓN CLÁSICA Y SU EXPECTATIVA ACTUAL

Sin lugar a duda, el tema de la “soberanía” es uno de los más extraordinarios de la vida, ya que al ocupar inmensos espacios en el pensamiento del hombre e incontables páginas de la historia universal, le ha permitido trascender en la vida de los pueblos. Desde su adopción en el siglo XII y su paulatino reconocimiento, ha evolucionado a partir de la Revolución francesa; durante ese periodo no se cuestionaban las disposiciones del soberano, pero después de la Revolución francesa ese poder soberano se trasladó al pueblo.<sup>8</sup> La soberanía ha sustentado al Estado de Derecho,<sup>9</sup> lo ha fortalecido política y

<sup>8</sup> Precisión efectuada por el doctor Manuel Becerra Ramírez en su artículo “La soberanía en la era de la globalización”, en Manuel Becerra Ramírez y Klaus Theodor Müller Uhlenbrock, *Soberanía y jurificación en las relaciones internacionales*, FES-Acatlán/IIJ-UNAM, México, 2010, pp. 58-59. Agrega el doctor Manuel Becerra Ramírez que la soberanía es un concepto ideal, creado a través del tiempo, que en su momento se utilizó para el sometimiento de unos a otros —el rey sobre los súbditos—, y que “soberano y soberanía son dos conceptos que aparecen en el siglo XII: el primero designa a quien es superior y procede del latín medieval *superanus*; el segundo proviene de *souvränetät*, que quiere decir la superioridad. El concepto de soberanía se crea desde la perspectiva de lo interno del Estado”. Por su parte, Klaus Theodor Müller Uhlenbrock precisa en su artículo “El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y estadios de la estatalización”, *ibidem*, p. 31, que el concepto de la soberanía se usó desde el siglo XIII con la intención de resolver cuestiones de decisión en última instancia. De igual manera, el maestro Stefan A. Kaiser en su artículo “El ejercicio de la soberanía de los Estados”, *ibidem*, p. 85, sostiene que el concepto de soberanía “denota el derecho legal inalienable, exclusivo y supremo de ejercer poder dentro del área de su poder, y que el ejercicio de los poderes soberanos en el ámbito nacional comprende los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en relación a las personas físicas y morales. La soberanía está arraigada en el concepto de Estado. Sólo el Estado tiene soberanía”.

<sup>9</sup> Hans Kelsen señala, en cuanto al Estado de Derecho, que si a éste se le reconoce como un ordenamiento jurídico cada Estado es un Estado de Derecho. Cfr. *Teoría pura del Derecho*, 12a. edición, traducción de Roberto J. Vemengo, UNAM, México, 2002, p. 345. Por su parte, Ferrajoli precisa que existen dos tipos de Estado de Derecho: uno en el sentido fuerte o sustancial, que se caracteriza porque sus poderes públicos se encuentran sujetos a la ley, tanto en las formas como en los contenidos, y otro en sentido amplio o formal, donde los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos, en los que caben inclusive los ordenamientos jurídicos más antiliberales. *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en Miguel Carbonell (ed.),

socialmente para su expresión plena y para su interrelación en la comunidad internacional, bajo condiciones de igualdad y de respeto mutuo.<sup>10</sup>

Hoy en día, nos encontramos ante el privilegio de analizar el concepto de soberanía desde dos ángulos claramente definidos, ya que el momento histórico en el que nos encontramos constituye una etapa que tiende a catalogarse como de transición, ante esa parte en que la soberanía tuvo su máxima expresión —soberanía absoluta— y el rumbo que actualmente tiene.<sup>11</sup> Se

*Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 13. En su obra *Derecho y razón*, p. 855, el mismo Ferrajoli agrega que un Estado de Derecho es uno de esos conceptos amplio y genérico que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político: la idea, que se remonta a Platón y a Aristóteles, del “Gobierno de las leyes” contrapuesto al “Gobierno de los hombres”, la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, el pensamiento político liberal sobre los límites de la actividad del Estado. Por su parte, Norberto Bobbio precisa: “Nadie duda de la importancia que puede tener la obra Política de Aristóteles, para el estudio de las instituciones políticas de las ciudades griegas, o el libro VI de las historias de Polibio, para el estudio de la Constitución de la República romana. Pero nadie se conformaría con leer a Hobbes para conocer el ordenamiento de los primeros grandes Estados... o a Rousseau para conocer el ordenamiento de las democracias modernas [...] Maquiavelo, que reconstruye la historia y el ordenamiento de las instituciones de la República romana comentando a Livio; a Vico para reconstruir la historia civil de las naciones desde el Estado ferino hasta los grandes Estados de su tiempo —las obras que marcan el inicio de la Edad Moderna— [...] *Utopía* de Moro (1516), *Leviatán* de Hobbes (1651) y *El Príncipe* de Maquiavelo (1513)”. Norberto Bobbio, *Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política*, traducción de Luisa Sánchez García, Plaza y Janés, Barcelona, 1987, pp. 57 y ss.

<sup>10</sup> El segundo párrafo del Proemio de la Carta de las Naciones Unidas (CNU) se inspira en sentimientos de unidad y convivencia universal al establecer que sus miembros se encuentran resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, la igualdad de las naciones grandes y pequeñas, además de crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados.

<sup>11</sup> Francisco Porrúa Pérez, *Teoría del Estado: teoría política*, 40a. edición, Porrúa, México, 2006, p. 338. El autor agrega que la soberanía como concepto surgió no en virtud de razonamientos de gabinete, de especulación teórica o abstracta, sino motivada por la necesidad de explicar acontecimientos históricos; la historia misma de las comunidades políticas hizo nacer determinadas situaciones que para ser explicadas tuvieron que motivar razonamientos que dieron origen al concepto de soberanía. En este sentido el maestro Hermann Heller señala que los términos de los procesos son los siguientes: en el orden doctrinal el dilema se planteó entre la soberanía del orden jurídico creado por Dios o la soberanía del Derecho creado por los hombres, y en el campo político los dilemas fueron: soberanía del poder espiritual en todos los aspectos de la vida humana y social o soberanía del poder temporal sobre todos los asuntos sociales; soberanía del poder o soberanía de los pueblos y de los reyes; finalmente, soberanía de los reyes o soberanía de los señores feudales. Ninguno de los dos procesos explica por sí solo la formación del Estado moderno y de la vida de la soberanía.

considera que la evolución que ha presentado el concepto de soberanía se debe a la necesidad histórica de ubicar los acontecimientos de las sociedades en las diferentes etapas que ha tenido, especialmente aquellos de orden político, estableciendo primeramente el ente denominado “Estado”, provisto de la independencia real y potencial para su adecuado desarrollo interno, y su proyección más allá de sus fronteras, para establecer y mantener la relación con otros estados.

Con la diversidad de las conformaciones sociales que han existido no fue sencillo arribar a un concepto de soberanía, pese a que desde la época romana se estableció que la fuente de todos los poderes públicos radica en el pueblo. Para llegar a este razonamiento, el pensamiento romano tomaba en cuenta la realidad histórica y la situación privilegiada que ostentó sobre un importante número de estados por más de cinco siglos, lo cual patentizaba la superioridad que tenía Roma en ese periodo; sin embargo, no se lograba explicar el contenido preciso de ese poder, y, por tanto, tampoco del Estado ni de su independencia en relación con las potencias extranjeras.<sup>12</sup>

Aun con el desarrollo que logró el Imperio romano, tanto en materia castrense como en el área del derecho, no se cuenta con registro de que se haya establecido la formulación teórica del concepto de Estado, por lo que resulta evidente que tampoco logró establecer formalmente el concepto de soberanía como atributo de uno de sus elementos, consistente en el “poder”. Situación que resulta comprensible en aquel momento histórico, ante la inexistencia de otras potencias que cuestionaran su dominio o ratificaran su independencia o que tuvieran la necesidad de sustentar su facultad soberana frente a otros estados.

A través de la historia, y desde su progresiva adopción y reconocimiento, el concepto de soberanía ha estado incorporado a una dinámica permanente. Especialmente en el último siglo y medio, ha sido materia de importantes estudios.

A esta crisis de la soberanía, provocada por la teoría del Estado de Derecho liberal, por la teoría del imperio de la ley y por el logicismo normativo que plantea Kelsen, se puede agregar una crisis del mismo concepto, provocada por las doctrinas que sustentan las corrientes socialistas y por las doctrinas pacifistas, que ven en el dogma de la soberanía del Estado la imposibilidad de lograr las reivindicaciones sociales y la armonía de las relaciones entre los diversos estados que conforman la comunidad internacional.

Únicamente en la descripción de los dos y en razonamiento de su relación dialéctica puede encontrarse la explicación integral del fenómeno.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 339.

En este nuevo orden internacional se ha visto, en varias ocasiones, que el ejercicio del poder soberano del Estado sin restricción alguna resulta incompatible con los intereses de la comunidad mundial y puede conducir a las confrontaciones armadas, así como a la posible comisión de actos que pueden llegar a afectar gravemente a la humanidad.

Ante este panorama, nos permitimos presentar un breve análisis del concepto de soberanía haciendo referencia al concepto clásico, a las raíces históricas que lo sustentan y a la evolución que ha presentado en diversos pueblos. Posteriormente, se hace referencia al enfoque que se tiene hoy en día ante el nuevo orden mundial derivado del fenómeno de la globalización y del desarrollo del Derecho Internacional y sus diversas ramas, como la penal y la de Derechos Humanos (DH), y la del Derecho comunitario.

### *La soberanía desde una visión clásica del concepto*

El Estado soberano es un producto histórico, surgido de ciertas condiciones, a las que después de prolongados procesos se trasladó al contexto político. La transformación de esas condiciones y de la realidad histórico-política ha provocado diversos cambios en la visión que se ha tenido de los estados, que se traduce de igual manera en una diversa fundamentación teórica de los estados, que constituye, precisamente, la historia de las distintas apreciaciones que sobre la naturaleza, forma y sentido de la realidad estatal nos ofrece actualmente la teoría del Estado.<sup>13</sup>

La idea de la “soberanía” y del Estado moderno surge de las pugnas presentadas entre los poderes que conformaban la estructura política medieval, esencialmente entre “la Iglesia y el imperio, los reyes, particularmente el de Francia; el papado y el imperio; y los reyes y los señores feudales”.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Víctor Flores Olea, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM, México, 1969, pp. 2 y 3. También establece Flores Olea que el Estado soberano, tal como lo entendemos, es un producto exclusivo de la época moderna, y contextualizado en la historia de la política y de la teoría política, con un panorama que lejos de proporcionarnos un concepto unitario e inequívoco del Estado, nos ofrece la visión de una realidad esencialmente cambiante y, por lo tanto, inaprensible según categorías de conocimiento de carácter objetivo y de validez universal.

<sup>14</sup> En el siglo XVI concluyó la preocupación de los pueblos y de los reyes por el poder del emperador y del papa. Francisco I, si bien fue derrotado en la batalla de Pavia, y su hijo Enrique actuaron siempre como monarcas soberanos, como herederos de los hacedores del reino y de la nación francesa, hizo de ellos la encarnación del Estado. En el mismo siglo se inició el absolutismo con la creencia de la existencia de un derecho natural, aunque detrás de él ya no había potencia alguna que lo defendiera, faltó la relación Iglesia-orden-jurídico-

En el contexto clásico, la soberanía se sustenta desde su concepción en la existencia del Estado como una organización política de la sociedad en un territorio determinado, donde la población no acepta ni se somete conscientemente a ésta, sino que expresa y tácitamente acepta y se somete a la autoridad o al poder que se instituye en el ejercicio pleno de ella, que se encuentra representado por los órganos visibles con personalidad jurídica e investidos de facultades para imponerse ante toda la colectividad, con base en la cesión que la propia sociedad ha efectuado a su favor. Esos órganos de autoridad o de poder no han sido creados de manera improvisada o repentina, sino que representan instituciones tan antiguas como la sociedad misma desde sus primeras expresiones.

La soberanía como valor nacional puede ser imperceptible para algún sector de la sociedad, pero no puede pasar desapercibida en el sentido de pertenencia general; por eso, no en todas las etapas de la historia ha repercutido favorablemente, pero ha tenido una función meritoria en los argumentos de las políticas de gobierno para enaltecer el espíritu patriótico, y ha simbolizado un concepto de gran valía para los momentos de extrema gravedad política-social en diferentes estados, al margen del sistema de gobierno que rige en cada Estado.

Por eso, la soberanía como institución nacionalista ha sostenido históricamente la idea de la existencia de una autoridad absoluta en la comunidad política, que más allá del indebido uso que se le ha dado por reducidos sectores sociales para adjudicarse el poder y mantenerse en él, la soberanía como concepto y como argumento de nacionalismo puro ha sido un factor invaluable para otro sector mayoritario que la considera como un elemento imprescindible en la instauración y subsistencia de los estados que se enorgullecen de su independencia.

Evidentemente que el concepto de soberanía va más allá de ser un argumento para sustentar el poder, más bien constituye un valor insuperable que únicamente se puede expresar ante la existencia de un Estado, y mediante algunos razonamientos elementales podemos aterrizar fundadamente en una conclusión preliminar en el sentido de que la soberanía puede efectivamente representar un poder, pero no ese poder de un reducido sector político sino el poder de los individuos que constituyen el elemento imprescindible para el perfeccionamiento del Estado.

natural, provocando que el derecho natural flotara en la atmósfera, y que la problemática de la soberanía se transformara, a diferencia de la edad moderna, donde se presenta la batalla de la democracia contra la monarquía, la batalla del pueblo contra los reyes, naciendo con ello el nuevo dilema: soberanía del pueblo o soberanía del príncipe.

Así, junto con el concepto clásico de soberanía del Estado, se dio la conformación del Derecho Internacional clásico que en sus inicios tuvo como fundamento la voluntad soberana de los estados y, en ese sentido, el objeto de este Derecho Internacional era regular el actuar de hasta entonces sus únicos sujetos de Derecho Internacional, los estados soberanos, así como la distribución de las competencias estatales en el ámbito internacional y las relaciones entre ellos.<sup>15</sup>

En ese sentido, la soberanía fue concebida desde dos dimensiones: la externa, en la que se manifestaba la independencia delante de los poderes humanos distintos del pueblo o de su rey, y la interna, en la que se expresaba la unidad del poder público que se ejerce sobre los hombres en el interior de un territorio determinado.<sup>16</sup>

Esto nos permite ratificar que el concepto de soberanía, desde sus inicios, se encuentra indudablemente relacionado con la naturaleza, el origen y la evolución del Estado como una institución jurídico-política que se organiza mediante un poder político que las sociedades han adoptado en un determinado momento histórico. Así, el Estado y su soberanía han llegado a constituir conceptos prácticamente intercambiables, son condición *sine qua non* del Derecho Internacional, y en ese sentido lo afirma el maestro Antonio Remiro cuando escribe que “un Estado, por el hecho de serlo, es soberano”.<sup>17</sup>

Por su parte, el maestro Francis H. Hinsley,<sup>18</sup> en el análisis que realiza para establecer el concepto de “soberanía”, sostiene que la institución denominada “Estado” se destaca entre todas las organizaciones políticas de la sociedad, esencialmente en los aspectos siguientes:

En ninguna época ni sociedad el sistema político ha sido el único organismo o institución de la comunidad, tampoco ha subsistido un solo código

<sup>15</sup> Cfr. Hermilo López-Bassols, *Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 3a. edición, revisada y aumentada, 2008, pp. 24 y 25.

<sup>16</sup> Hermann Heller, *La soberanía, op. cit.*, pp. 279 y ss., p. 9. El autor considera necesario agregar que en los conflictos presentados entre los poderes que a la postre originaron la concepción de la *soberanía* existió un segundo aspecto de la lucha por la independencia del poder temporal y por la libertad del hombre, precisamente en la Edad Media, pero su primera explosión se presentó en el Renacimiento, cuando el pensamiento filosófico y científico proclamó su separación de la teología, y cuando el pensamiento político declaró la potestad de la razón y de la conciencia humana para liberarse del pretendido orden ético y jurídico divino y hacer al hombre dueño de sí mismo y de su destino.

<sup>17</sup> Antonio Remiro Brotón *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 75.

<sup>18</sup> Francis H. Hinsley, *El concepto de soberanía*, trad. Fernando Morena y Ángel Alandí, Labor, Barcelona, 1972, p. 7.

regulador de la conducta social; en cambio, el elemento social es siempre el factor que integra a los individuos. De igual manera, es importante precisar que el poder y la competencia del sistema político varían de un momento histórico a otro, de una sociedad a otra, y entre uno y otra se han presentado problemas similares; pero en ningún momento se han identificado ambos factores de manera satisfactoria, derivado del ejercicio de poder, por un lado, y de la imposición de límites que la sociedad le pone al Estado, por el otro, mediante reglas elementales y progresivas para el respeto de sus derechos y garantías.

Este mecanismo nos permite establecer que la soberanía y el Estado representan conceptos que se encuentran estrechamente vinculados. Podemos dejar asentado, inclusive, que una sociedad sometida a un sistema político determinado puede tener distintos orígenes y una relación de funciones también diferentes; es decir, que la distinción entre el Estado y las demás instituciones políticas es tan clara como la distinción entre una sociedad y su sistema político, independientemente de su naturaleza.

Para algunos lectores, este antagonismo no coincide con el enfoque histórico que se tiene del Estado, en virtud de que cada sociedad cuenta con un sistema político, y que la encomienda de cada sistema radica en velar por un orden social en un territorio determinado, mediante el ejercicio del poder que la propia sociedad le ha conferido, y con base en el grado de acercamiento o entendimiento que se obtenga entre los elementos constitutivos del Estado se puede llegar a un determinado grado de desarrollo o, en el caso de presentar circunstancias adversas, un grado de crisis.

El Estado se puede establecer y reconocer, aun cuando se presente una extrema descoordinación entre sus elementos, o en el caso de que la autoridad se encuentre dispersa, indeterminada o se manifieste entre sus miembros de manera discontinua, como es el caso de los aborígenes australianos, cuyos diversos clanes se reúnen ocasionalmente en asambleas religiosas que son investidas de facultades para atender y resolver conflictos entre los grupos; sin embargo, debemos referirnos también a la lentitud del proceso mediante el cual un grupo social determinado se incorpora plenamente al Estado, y el cambio drástico que se presenta cuando concluye ese proceso, que aun cuando el poder de ese Estado sea débil representa un poder real, sustentado en la fortaleza que le otorga precisamente la voluntad de ese grupo social al incorporarse al Estado y someterse a sus normas.

Otros casos que la historia universal registra y frecuentemente pone sobre la mesa de análisis al estudiar el tema que ahora nos ocupa los encontramos en la China clásica dentro de la Gran Muralla, construida desde el siglo

III a.C. para proteger al país de los ataques de los nómadas de Mongolia; así como los fenómenos históricos que se encuentran en torno al ya referido Imperio romano, que como sistema político surgió tras las guerras civiles que siguieron a la muerte de Julio César en los momentos finales de la República romana, y en los 30 años previos a la era cristiana.<sup>19</sup> Más adelante, la humanidad experimentó el periodo del dominio de la burguesía, donde predominaron los privilegios, la constitución representativa y el régimen parlamentario, adjudicándose el poder bajo los principios del racionalismo y la eficiencia.<sup>20</sup>

Posteriormente, y como resultado de las diversas confrontaciones que se presentaron en la Edad Media, entre las que destacan el intento de la Iglesia por someter al Estado a sus servicios, los señores feudales que pretendían conservar su territorio bajo su propia y exclusiva autoridad, y las diversas corporaciones que se consideraban independientes del Estado, fueron surgiendo los elementos que permitieron establecer el concepto de soberanía ante la necesidad de reconocimiento de ese Estado por las organizaciones sociales radicadas en su territorio, y ante aquellos grupos que conformaban otra organización humana en un territorio distinto. Respecto de estos últimos, la soberanía se patentizaba desde el momento en que se manifestaba la facultad de impedir la intervención externa en los asuntos que incumben a su pueblo y gobierno,<sup>21</sup> con lo que se empezaban a dilucidar paulatinamen-

<sup>19</sup> Marcel Le Glay, *Grandeza y caída del Imperio romano*, Cátedra, Madrid, 2002, p. 11. El autor señala que la grandeza del Imperio romano inicia en septiembre del año 31 a.C., mediante la victoria de Octavio sobre Marco Antonio y Cleopatra, y concluye en el año 480 de la era cristiana, con el asesinato de Julio Nepote, que se caracterizó por una importante influencia en gran parte del mundo hasta entonces conocido, no obstante haber sufrido durante ese periodo, como todo Estado, diversas crisis económicas, sociales y religiosas.

<sup>20</sup> Cfr. Ekkehart Krippendorff, *Las relaciones internacionales como ciencia*, trad. Angelika Scherp, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 71 y ss. También señala el autor que la existencia de varias de las características de esa organización política de la sociedad en un territorio exclusivo puede ser comprobada de las organizaciones políticas a las cuales se les da posteriormente el nombre de Estado, y que algunos teóricos de las relaciones internacionales implícita y explícitamente interpretan al actual Estado como la esencia axiomática, fundada en sí misma, de todo sistema internacional concebible o deseable. Afirmaciones que rechaza, en virtud de que es posible comprobar que la organización de la sociedad en estados produce crisis y contradicciones del actual sistema internacional, sus disparates extremos y su potencial violento y destructivo; por lo tanto, considera Krippendorff que un sistema internacional emancipador, que haga factible la paz y la igualdad, es inconcebible bajo la conservación del Estado territorial exclusivo como parte integral.

<sup>21</sup> A este respecto, el propio Hermann Heller precisa que se derivó de las pugnas entre los poderes que integraron la estructura política medieval: la Iglesia y el imperio, los reyes, particularmente el de Francia, y el papado y el imperio, y los reyes y los señores feudales.

te las características de la soberanía tal como se concebía en ese momento histórico, con carácter perpetuo, al no depender su vigencia a plazo alguno; de absoluto, porque en la facultad soberana del Estado no existe un ente superior, y de “indivisible”, por el hecho de que no admite la segmentación en el ejercicio de esa facultad suprema.<sup>22</sup>

Ahora bien, el vocablo *soberanía* es usado por primera vez hasta mediados del siglo XVI por Jean Bodin al señalar que la “República es un derecho de gobierno de varios grupos y de lo que les es común con potestad soberana”.<sup>23</sup> Por lo tanto, se establece que la *soberanía* es la potencia absoluta y perpetua, mediante ella se asegura la unidad del Estado y se mantiene su existencia como un cuerpo político independiente, y en esa potestad suprema tiene implícita la facultad de producir y derogar sus leyes.

Con esta visión, se considera que el planteamiento desarrollado por Bodin llevaba la finalidad de fortalecer el poder de los monarcas y de unificar el poder central frente a la dispersión feudal, y en este sentido se entiende que el carácter perpetuo que pretendía atribuir a la soberanía era con la idea de que los monarcas pudieran transmitir el poder a sus descendientes. Con el carácter absoluto se pretendía lograr la plena sumisión de los señoríos feudales al poder central nacional, sin soslayar, desde luego, la subordinación relativa del monarca a la ley divina, al derecho natural y al derecho de gentes. Finalmente, la indivisibilidad de la soberanía la hacía consistir Bodin en el hecho de que el titular del poder monárquico concentraba las facultades legislativas, jurisdiccionales y administrativas.<sup>24</sup>

En este sentido, teniendo en cuenta que la convivencia humana se manifiesta en múltiples formas y su desarrollo obliga a reorganizarse estructural y funcionalmente, y a redefinir sus instituciones políticas y jurídicas,

Según los historiadores, de esas pugnas surgieron el Estado moderno y la idea de la soberanía, esta última en sus dos dimensiones: la externa, que significa independencia frente a otros pueblos, y la interna, unidad del poder público que se ejerce hacia el interior. Hermann Heller, *La soberanía*, op. cit., pp. 8 y 9.

<sup>22</sup> Francisco Porrúa Pérez, *Teoría del Estado: teoría política*, op. cit., pp. 341 y ss. Alude al maestro Jean Bodin, también conocido como Bodino, al exponer que Estado es aquel ente que tiene un poder soberano, el cual constituye la potencia absoluta y perpetua de ese Estado, y que es la fuerza en la que el Estado encuentra su unidad y mantiene su existencia, y que es legalmente supremo. En la inteligencia de que esta visión inicial de la soberanía fue cuestionada posteriormente, por inclinarse a establecer una visión que favorecía al sistema monárquico, acerca de lo cual comentaremos algo más adelante.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 343 y 344.

<sup>24</sup> Carlos Arellano García, *Derecho internacional público*, Porrúa, México, 1983, vol. 1, p. 175.

tanto en el interior como en el exterior del Estado mismo, también existe la necesidad de establecer instancias decisorias de carácter universal y supremo para la determinación, interpretación y aplicación de las normas de conducta de sus miembros y para la resolución de los diferendos a nivel internacional, fuera del alcance de las soberanías territoriales de los estados, surgiendo así la instancia internacional y otros conceptos como el de la jurisdicción universal, relativo a la competencia estatal que se puede extender a todos los asuntos que se presenten en la comunidad internacional de la que se es miembro, y que puede ser una instancia suprema o última, y a veces, la única; es decir, que dicha figura, en algunas ocasiones, se constituye como la instancia última y que sus resoluciones no pueden ser recurridas ante alguna otra instancia.<sup>25</sup>

De tal manera que la aparición de las formas del Estado es condición de la noción de la soberanía, y la idea de que existe una autoridad política final y absoluta en la comunidad no reviste mayor importancia en una sociedad preestatal, incluso cuando posee una autoridad efectiva en sus fines, de modo que su gobierno puede estar separado de ella pero ostenta el poder que le es necesario para su existencia permanente; es decir, en el supuesto de que faltara el Estado, la base y el uso de este poder no llegan a ser objeto de oposición; aun en el supuesto de que la comunidad no se vea libre de luchas políticas, el desenlace no conduce a la base y al uso de este poder, sino los elementos que se desprenden y forman una comunidad separada. Contrariamente, cuando una sociedad se gobierna mediante la estructura clásica, el concepto de soberanía sobresale inevitablemente y el Estado en su conjunto se ve fortalecido. De ahí la importancia de establecer, de acuerdo con el maestro Hinsley, que la *soberanía* supone la existencia de una autoridad política final y absoluta dentro de una comunidad política, “y más allá, no existe otra autoridad final y absoluta”.<sup>26</sup>

Con base en lo anterior, y desde la concepción clásica, se establece que la soberanía ocupa un lugar preeminente: hacia el interior y bajo su custodia, el Estado puede ejercer sus funciones con autonomía, y hacia el exterior no

<sup>25</sup> Cfr. Hermann Heller, *La soberanía*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>26</sup> Francis H. Hinsley, *op. cit.*, pp. 9 y ss. También señala el autor que con la noción de soberanía han adquirido un sentido nuevo o, por lo menos, han alterado su sentido cada elemento de esta afirmación, “autoridad política”, “comunidad política” y “final y absoluta”. Esto, debido a que estas voces adquieren un nuevo significado que finalmente llegó a la noción de soberanía, ya que sí, por una parte el concepto de soberanía es solamente un replanteamiento del problema permanente de determinar la base del gobierno y la obligación en una comunidad política, por otra parte no es más que el replanteamiento del problema que se presenta cuando la comunidad política y su gobierno se juzgan recíprocamente.

tiene la obligación de someterse a mandato alguno, ya que desde este punto de vista no debe existir otro tipo de relación que la de igualdad. Así visto, la soberanía es el poder supremo en el interior de un Estado, y hacia el exterior es la garantía de igualdad jurídica de un Estado frente a otros estados<sup>27</sup> y, a la vez, el fundamento para el desarrollo de otros conceptos en Derecho Internacional, tales como la integridad territorial, la jurisdicción exclusiva, la soberanía territorial, la no injerencia en los asuntos internos y la libre autodeterminación de los pueblos.<sup>28</sup> Esto implica que el Estado soberano se caracteriza por no depender de ningún otro orden jurídico estatal ni de ningún otro sujeto del Derecho Internacional, y que se entiende la independencia como la no sujeción del Estado a la autoridad de ningún otro Estado o grupo de estados; por tanto, la independencia puede ser considerada como un elemento ineludible para la proyección exterior de la soberanía.<sup>29</sup>

No obstante lo anterior, en el orden interno el concepto de *soberanía* se va matizando y da paso al concepto de “soberanía popular”, mismo que se traduce como la máxima expresión de la voluntad del pueblo,<sup>30</sup> que no es otra cosa que el ejercicio del poder a través de un órgano que es el Estado, derivado de la voluntad general, que mediante un “pacto social”<sup>31</sup> que le otorga la facultad para ejercer derechos y facultades soberanas que originariamente corresponden al grupo social organizado como tal y que en el ejercicio de tales facultades busca que sean tutelados sus derechos básicos y fundamentales dentro del marco decisorio, tanto nacional como universal.

<sup>27</sup> Luis Carlos Moreno Durazo, “Soberanía nacional, globalización y regionalización”, *El papel del derecho internacional en América, la soberanía nacional en la era de la integración regional*, The American Society of International Law/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1997, p. 265.

<sup>28</sup> Manuel Becerra Ramírez y Klaus Theodor Müller Uhlenbrock (coords.). “La soberanía en la era de la globalización”, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, op. cit., p. 62. Además de los ya mencionados, Manuel Becerra refiere que entre otros conceptos que se recogieron en diversos principios de Derecho Internacional convencional y consuetudinario están: la igualdad soberana, la autodeterminación de los pueblos, la soberanía permanente sobre los recursos naturales, etcétera.

<sup>29</sup> Cfr. Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15a. edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 223 y 224.

<sup>30</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Gernika, México, 2001, t. I, pp. 36 y ss. En 1738 publicó en Ginebra esta obra, considerada como un consolidado de filosofía jurídica y política, sustentada en la razón y en el método experimental pero que motivó que fuera cuestionado por sostener que todo estaba sujeto a las leyes, esto es, al entendimiento, y en especial a las inteligencias superiores al hombre y la misma divinidad.

<sup>31</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Contrato social*, traducción de María José Villaverde, Altaya, Barcelona, 1993, pp. 60 y 78.

Es así que la soberanía popular reflejada en la soberanía estatal resulta ser un elemento esencial, una cualidad o atributo del Estado que trasciende no sólo en el ámbito nacional sino también en el internacional, al considerarse a la soberanía estatal además como un elemento legitimador de los actos del Estado, pues sólo el Estado soberano es el que tiene la facultad de expresar, también en el ámbito internacional, la voluntad de su pueblo, y en ese sentido, cuando este atributo se ve afectado o ilimitado, necesariamente tiene un doble efecto tanto hacia el interior como hacia el exterior del Estado mismo, de ahí la importancia de dicho atributo.

La soberanía nacional, en el orden externo, se expresa con cierta personalidad jurídica internacional como un ente titular no sólo de derechos sino también de obligaciones, no sólo respecto de otros estados igualmente soberanos sino también respecto de otros miembros de la comunidad internacional. En ese sentido, en algunas ocasiones la soberanía estatal puede actuar como un manto protector del Estado mismo frente a los embates del entorno internacional, pues en tanto el Estado se conduzca dentro de un marco de respeto a los derechos de los demás estados, a los derechos humanos, o mientras no violente el Derecho Internacional, se puede considerar que puede actuar como soberanamente lo considere, y asimismo está en condiciones de exigir respeto a sus actos y derechos soberanos, tanto en el orden interno como en el orden externo. Por el contrario, ese atributo de soberanía y esa personalidad jurídica internacional también le reportan un cúmulo de obligaciones en el ámbito nacional e internacional, entre las que se encuentra la de responsabilizarse de sus actos soberanos y, en su caso, de reparar los daños ocasionados por dicho actuar.

### *La expectativa actual del concepto de soberanía*

La transformación del entorno internacional, junto al desarrollo y evolución del quehacer humano, obligó a modificar la concepción clásica del Derecho Internacional y de sus instituciones, y con ello el concepto de soberanía. Así lo concibió el maestro Kaplan al señalar que el Estado soberano, celoso defensor de su espacio interno y de asumir sólo en forma limitada algunos compromisos internacionales, se vio afectado en forma irremediable en sus facultades soberanas por una constelación de fenómenos y dinanismos de incalculable trascendencia histórica como los siguientes: el alto grado de concentración del poder a escala mundial; la mutación representada por la tercera revolución científica y tecnológica en los países

desarrollados; la creciente primacía de la transnacionalización en sus más diversas formas, de empresas y mercados, y de otras organizaciones y procesos, de mecanismos e instrumentos, y sus múltiples consecuencias,<sup>32</sup> que llevaron a la conformación del Derecho Internacional contemporáneo y a la reconceptualización de diversas instituciones del Derecho Internacional, así como también al surgimiento de nuevos conceptos e instituciones que dieron lugar a lo que hoy conocemos como el Derecho Internacional contemporáneo y moderno.

Tal como se ha precisado, históricamente el concepto de soberanía ha fortalecido no sólo a los estados, sino también al desarrollo mismo del Derecho Internacional y sus diversas ramas, así como a otras instituciones jurídicas, sociales y políticas; sin embargo, a través del progresivo desarrollo que presenta el Derecho Internacional se aprecia que la soberanía va perdiendo espacio paulatinamente en este cada vez más complejo mundo político-jurídico, lo cual nos recuerda la precisión que hace Manuel Becerra al sostener que “la idea de debilitamiento de la soberanía está ligada estrechamente con la idea de debilitamiento del Estado”;<sup>33</sup> y aun contando con una autonomía sólida, por un razonamiento de elemental lógica, se puede demostrar que la fortaleza de una soberanía estatal no se puede imponer al poder de la conjunción de la voluntad mayoritaria de los estados soberanos.

La soberanía, en este contexto, no deja de expresar la situación de libertad e independencia de un Estado, es decir, la situación de no estar supeditado a las facultades de un ente externo de igual naturaleza; sin embargo, es preciso considerar que no solamente le corresponde definir por sí misma aquellos asuntos que considere de mayor importancia, sino que también debe proteger los intereses de sus miembros con todos sus medios, en virtud de que la facultad que le otorga la soberanía presenta comúnmente dimensiones de carácter político y jurídico. Ninguna construcción jurídica debe prescindir del aspecto político de la soberanía, y en todo caso un conflicto entre el Derecho Internacional y la soberanía del Estado requiere considerar que la soberanía es una realidad histórica y social, que junto con sus aspectos jurídicos presenta significaciones políticas e ideológicas.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Cfr. Marcos Kaplan, “La soberanía estatal-nacional: retos e interrogantes”, en A.A.V.V., *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1994, pp. 225-234.

<sup>33</sup> Manuel Becerra Ramírez, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006, p. 63.

<sup>34</sup> Cfr. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de Estado y derecho internacional*, 2a. edición, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 63 y 64.

La innovación que se presenta en el concepto de la soberanía, derivado de la dinámica del Derecho Internacional, la podemos apreciar desde diferentes ángulos, como es el caso del funcionamiento de diversos tribunales con facultades supranacionales, establecidos mediante la voluntad de la sociedad internacional, manifestada a través de tratados internacionales. Una vez que se les otorga vida jurídica, estos órganos jurisdiccionales se pronuncian con estricto apego a sus estatutos y a las normas de Derecho Internacional, especialmente a las normas de *ius cogens*.

Ejemplo de lo anterior lo tenemos en el asunto de Lago Lanós, donde la Corte Internacional de Justicia (CIJ) señaló que en las condiciones para el ejercicio de competencias estatales, la soberanía territorial juega como presunción, y que al Estado soberano corresponde apreciar razonablemente y de buena fe las situaciones y las reglas que le conciernen; esto implica que la discrecionalidad, el subjetivismo y el voluntarismo del Estado soberano se encuentran limitados por las reglas que el Derecho Internacional les impone.<sup>35</sup> En otro caso, este propio órgano de justicia determinó que respecto del deber que se le impone al Estado de cumplir las normas internacionales, la República islámica de Irán violó de manera continua las obligaciones que tiene para con los EUA, en virtud de convenciones internacionales vigentes entre los dos países, y de normas de Derecho Internacional general consagradas por una larga práctica.<sup>36</sup>

Además de lo anterior, se debe considerar que el incumplimiento de las obligaciones internacionales genera responsabilidad internacional para el Estado, razón por la cual resulta cuestionable el carácter absolutamente soberano del Estado concebido desde la perspectiva de la teoría clásica, ya que es evidente que actualmente se encuentra supeditado en el marco de un ordenamiento internacional, en el que le resulta ineludible aceptar y adoptar los pronunciamientos que se emitan en su contra, aunado a que las normas imperativas de Derecho Internacional han sido incorporadas en las Convenciones de Viena sobre los Derechos de los Tratados, tanto en la de 1969 como en la de 1986.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 78. Como dato adicional, precisamos que el asunto del Lago Lanós deriva del acuerdo suscrito en Madrid el 12 de julio de 1958, entre Francia y España. Para mayor información se puede consultar la página [http://untreaty.un.org/unts/1\\_60000/23/5/00044231.pdf](http://untreaty.un.org/unts/1_60000/23/5/00044231.pdf)

<sup>36</sup> UN.Doc. A/35/3, correspondiente al trigésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General, suplemento núm. 4, Nueva York, p. 3.

<sup>37</sup> César Mollano Bonilla, "Un Derecho Internacional para un nuevo orden mundial", en *La función de la teología en el futuro de América Latina*, Simposio Internacional, Memorias, Universidad Iberoamericana, México, 1991, pp. 181 y 182.

Ésta es la tendencia que se presenta hoy en día en el Derecho Internacional, cuyo inicio lo encontramos desde 1927, con algunos autores que consideraron procedente la eliminación de la soberanía en el contexto del Derecho Internacional.<sup>38</sup> De manera más reciente, tenemos la postura de Norberto Bobbio al establecer que cuando se piensa en un juicio positivo del Estado y se considera que constituye una institución favorable para el desarrollo de las facultades humanas y el progreso civil se deseará entonces no el final del Estado como ahora lo conocemos, sino una extensión gradual de sus instituciones, hasta la formación del Estado universal.<sup>39</sup>

Este planteamiento lo comparte Jesús Silva-Herzog Márquez al sostener que la idea de la soberanía cumplió con una función de importancia al fundar un imperio sin restricciones, organizando el universo de la política más importante, y que de esta manera adquiere cuerpo la noción de Estado y se ubica el sentido de la política internacional.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Inicialmente, autores como F. W. Coker, en su obra *Political Theories of Recent Times*, publicada en 1927, en la que proponía descartar totalmente del contexto internacional el dogma de la *soberanía*. Posteriormente, Nippold, con su libro *Formación del procedimiento de las controversias internacionales*, afirmaba que la soberanía no constituye un principio propio del Derecho Internacional. Citados por Hermann Heller, *La soberanía*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>39</sup> Norberto Bobbio, *Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política*, *op. cit.*, p. 143. También es importante dejar asentado que existen posturas que sostienen que la creación de un superestado "no resuelve el problema de mantener el Estado subordinado al Derecho, por las siguientes razones: 1ª Se suprimiría precisamente la soberanía de los estados; 2ª La formación del superestado aplazaría y complicaría el problema", ya que se estaría ante la interrogante de cómo lograr posteriormente la sumisión de ese superestado al Derecho". Cfr. Agustín Basave Fernández del Valle, *Teoría del Estado, fundamento de filosofía política*, *op. cit.*, p. 153. La postura de Danilo Zolo al considerar que la idea de la superación cosmopolita de las fronteras estatales se encuentra considerada en la teoría del Derecho, debe estar sustentada en una importante dosis de optimismo normativo, y que ningún indicador empírico señala como probable o posible en un futuro próximo la apertura universal de las fronteras. Danilo Zolo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 99.

<sup>40</sup> Jesús Silva-Herzog Márquez, "El hechizo de Bodin", *Revista Isonomía*, México, núm. 11, octubre de 1999, p. 55. El autor precisa que si se logra escapar de la coraza nacionalista de la soberanía, se puede analizar la participación de los agentes que intervienen en este contexto sin impugnarla por principio. La nueva política habrá de reconocer que sus componentes desbordan los linderos del Estado. El dogma del hermetismo se ha roto y eso exige abrirse a la innovación. Philippe Schmitter ha sugerido, por ejemplo, el establecimiento de representaciones paralelas entre estados que tienen un intercambio especialmente intenso: insertar representantes [de] un Estado en los cuerpos legislativos de otro país. Luigi Ferrajoli traza las ideas centrales de un constitucionalismo global. David Held pretende construir un modelo de democracia cosmopolita.

Se debe reconocer que actualmente, y bajo este nuevo orden mundial, es perceptible que la soberanía ha dejado de ser un concepto absoluto, aun hacia el interior, tomando en cuenta que se ha vuelto cotidiano constatar el sucesivo otorgamiento de facultades por parte de la mayoría de los estados a organizaciones internacionales, como es el caso del Consejo de Seguridad (CS), que mediante la incorporación de los países a las NU lleva implícito de inicio la concesión de diversas autorizaciones para que actúe a su nombre como miembro de la “comunidad internacional”.

En esta tendencia internacional se aprecia a menudo que los estados miembros otorgan facultades a los organismos internacionales para la creación de obligaciones y de normas internacionales, necesariamente con carácter vinculatorio, para los propios integrantes de las NU, y en algunos casos también para aquellos estados que no lo son, tal como lo establece el artículo 4.2 del Estatuto de Roma (ER) al disponer que la Corte Penal Internacional (CPI) podrá ejercer su facultad en territorios de estados que no sean parte del Estatuto.<sup>41</sup>

Todo esto reafirma que el alcance de la soberanía hoy en día ha dejado de ser absoluto, perpetuo e indivisible, como lo concebía Juan Bodin, en virtud de que está supeditado a la autolimitación y a la autodeterminación, ante la interdependencia en la que se encuentran involucrados los estados de todo el mundo, y por la necesidad de respeto que se debe tener a los derechos y a las garantías de los gobernados, al establecimiento de su gobierno, al ejercicio de esa facultad de gobierno, y a los intereses de otros estados, lo cual nos conduce a establecer que desde esa idea internacionalista el concepto de soberanía se convierte en una facultad “relativa” por compromisos, “condicionada” por voluntad, y “versátil” por necesidad. Aunque no se debe soslayar que la asunción de esos compromisos fue posible con base en el ejercicio de esa facultad soberana.

Aunado a lo expuesto y con un enfoque metafísico, afirmamos hoy en día que la soberanía como instrumento se instituye como “argumento” para sostener la existencia del Estado y del Derecho Internacional, para que se incorpore o subsista en un entorno “mundializado” que se caracteriza por la interdependencia de los estados prácticamente en todos los aspectos, ya que cada vez resulta más complicado desarrollarse sin ese intercambio comercial, que implica una necesaria relación económica, inclusive en algunos casos también en el campo social, y, actualmente, también involucra a la gran

<sup>41</sup> El artículo 4.2. del ER de la CPI establece que ésta podrá ejercer sus funciones y atribuciones en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

mayoría de los estados en una vinculación jurídica mediante el progresivo desarrollo de la codificación internacional.

Resulta improcedente, por lo tanto, sostener actualmente la existencia de una soberanía equiparable a una independencia y poder absoluto determinante para las decisiones más elementales, en algunos casos inclusive aun las de carácter interno,<sup>42</sup> o como la facultad exclusiva del Estado para atender y resolver sus conflictos sobre la comunidad de las naciones, concepto únicamente aceptable en las monarquías absolutas. Las circunstancias actuales nos sugieren señalar que el estado de la política mundial contemporánea ha traído al plano de las relaciones internacionales un importante cambio en el concepto de *soberanía*, que se desarrolla progresivamente por la actual relación de interdependencia y la pronunciada tendencia global.

Lo anterior nos conduce a la adopción de un concepto de soberanía que responda hoy en día a los requerimientos de la colectividad planetaria de este momento histórico, en razón de las predominantes relaciones interestatales. Sin lugar a dudas, este invaluable bien estatal continuará propenso a una reducción incalculable, manteniendo discretamente un carácter relativo para facilitar el surgimiento de nuevos sujetos de Derecho Internacional, restringiendo las decisiones gubernamentales de cada Estado, acotando inclusive sus facultades constitucionales con motivo de los compromisos contraídos a través de los instrumentos internacionales, incluyendo la competencia jurisdiccional de los tribunales internacionales.<sup>43</sup>

Se considera oportuno destacar en esta etapa de transición que vive el concepto de *soberanía* los señalamientos efectuados por la Comisión de Gestión de Asuntos Políticos Mundiales al sostener que, en algunos casos, los países poderosos emplean un derecho pretendidamente soberano como argumento contra los países débiles, y en otras oportunidades, por la forma en que desarrollan su política exterior, utilizan la soberanía para protegerse de las críticas internacionales; por lo que se considera que la igualdad soberana, la independencia territorial y la no intervención deben ser fortalecidas mediante

<sup>42</sup> Jacques Maritain, *El hombre y el Estado*, Encuentro, Madrid, 2002, p. 67. Maritain sostiene que “el Estado no es la suprema encarnación de la idea, como creía Hegel. No es una especie de superhombre colectivo. El Estado no es más que un órgano habilitado para hacer uso del poder y la coerción y compuesto de expertos o especialistas en el orden y el bienestar públicos; es un instrumento al servicio del hombre. Poner al hombre al servicio de este instrumento es una perversión política. La persona humana en cuanto individuo es para el cuerpo político, y el cuerpo político es para la persona humana en cuanto persona. Pero el hombre no es de modo alguno para el Estado. El Estado es para el hombre”.

<sup>43</sup> Cfr. Francisco Orrego Vicuña, *El Estado como sujeto de derecho internacional, la pérdida de la primacía*, Estudios, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 1983, p. 77.

el respeto universal. Los Estados no deben protegerse con el valor que otorga la soberanía ni ignorar, en su caso, los límites que impone, sino que deben implementar un mecanismo que permita garantizar que los gobernantes no efectúen una interpretación errónea del concepto de soberanía y evitar que incurran en el ejercicio excesivo del poder que otorga su argumento; asimismo, los Estados deben diseñar las medidas pertinentes para garantizar una adecuada y permanente vinculación entre este instrumento nacionalista y la voluntad popular.<sup>44</sup>

Del análisis que realiza la citada Comisión de Gestión se infiere la necesidad para los estados de subsanar los efectos negativos que se derivan cuando un Estado invoca la soberanía como argumento para tratar de evadir el cumplimiento de compromisos internacionales dentro y fuera de su territorio, ocasionando el quebrantamiento del orden jurídico internacional. Los intereses protegidos por el Estado mediante la afirmación de su soberanía se deben buscar en el conjunto de las relaciones gobierno-gobernado, basado en el respeto al Estado de Derecho y en la protección y garantía de los DH, así como el cabal cumplimiento de los compromisos internacionales, ya que en el adecuado ejercicio de dichas relaciones se sustentaría la fortaleza de su soberanía y, en consecuencia, su proyección internacional.

El hecho de que la noción de soberanía sea motivo de debates en los últimos años es una muestra indiscutible de que dicho concepto se mantiene vigente no obstante los cambios trascendentales que la misma presenta en el nuevo orden mundial, toda vez que la estructura estatal sigue siendo en su esencia suprema y es la fuente directa de legitimación formal de las normas jurídicas nacionales e internacionales, así como la fuente misma de legitimación y atribución de todos los actos de gobierno, tanto en el ámbito interno como en el internacional. En cuanto a su estructura soberana, el Estado conserva su carácter social, sustentado en determinados principios políticos. Se conserva el Estado como una unidad de decisión y acción dotada de voluntad, y su máxima expresión son sus tres principales funciones: la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional; sin embargo, la circunstancia de que exista entre los estados contemporáneos un importante desequilibrio de poder ha limitado el ejercicio de las facultades soberanas de algunos estados débiles, en los que la solución de sus problemas depende en gran medida del estado de cosas en el plano internacional.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Comisión de Gestión de los Asuntos Públicos Mundiales, *Nuestra comunidad global*, traducción de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 1955, p. 73.

<sup>45</sup> Víctor Flores Olea, *Ensayo sobre la soberanía*, *op. cit.*, pp. 134 y 135. El Estado en la actualidad no puede permanecer inactivo ante los peculiares problemas que presente el mundo de las relaciones internacionales ni como espectador imparcial de esas relaciones, ni

Otro aspecto de este desarrollo progresivo del Derecho Internacional público lo encontramos en la instauración de los tribunales internacionales, cuyas jurisprudencias se encuentran instituidas como fuentes del Derecho con carácter obligatorio, prácticamente para todos los estados reconocidos en nuestro planeta, mediante un procedimiento contractual de unidades decisorias soberanas; es decir, del conjunto de actos de la voluntad general de los estados soberanos que finalmente son quienes de manera formal le dan vida a estos tribunales supranacionales, pero que una vez que entran en funcionamiento constituyen instancias decisorias y sus resoluciones adquieren el carácter coercitivo necesario para el cabal cumplimiento de sus mandatos, aun en el caso de que tales resoluciones se encaminen en contra de los propios estados que le dieron vida al expresar su voluntad mediante un pronunciamiento libre y soberano.<sup>46</sup>

Ejemplo de lo anterior lo encontramos frecuentemente en las jurisprudencias de la CIJ, y en esta ocasión, por razón del tema que nos ocupa, señalemos el caso de la Isla de Palma, en el que el juez Max Huber sostuvo que la soberanía no consiste en derechos beneficiosos, y que la reclamación por un estado de jurisdicción exclusiva sobre un determinado territorio o sobre unos determinados hechos, complementada con la demanda de que todos los demás estados reconozcan esa soberanía, se traduce en mensaje para los otros estados en el sentido de que el “Estado soberano tendrá en cuenta los intereses razonables de todos los demás”, respecto de los hechos ocurridos en su jurisdicción, precisando literalmente que:<sup>47</sup>

En las relaciones entre los Estados, soberanía quiere decir independencia. La independencia respecto de una parte del globo es el derecho a ejercer ahí, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado. El desarrollo de la organización nacional de los Estados en los últimos siglos y, como corolario, el desarrollo del derecho internacional, han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado, respecto de su propio territorio, de tal manera que se convierte en el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones que atañen a las relaciones internacionales.

tampoco puede constreñirse a una función preventiva de algún desajuste social; la interdependencia en la que se encuentran involucrados prácticamente todos los estados del planeta exige una participación proactiva de los actores en su conjunto.

<sup>46</sup> Hermann Heller, *La soberanía*, op. cit., pp. 255 y 257.

<sup>47</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, 1996, vol. II (segunda parte), p. 271. UN.Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1. Consistente en el Informe de la Comisión a la Asamblea General (AG) sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones.

Posteriormente, el juez Huber destacó la obligación que acompaña al Derecho soberano de un Estado, disponiendo que la soberanía territorial equivale al Derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado, y dicho Derecho implica la obligación de proteger en su territorio los derechos de los demás estados, en especial su derecho a la integridad y a la inviolabilidad, tanto en la paz como en la guerra, conjuntamente con los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en un territorio extranjero. Salvo que manifieste su soberanía territorial de una manera que corresponda a las circunstancias, el Estado no puede cumplir con este deber. La soberanía territorial no puede limitar a su aspecto negativo, es decir, no puede excluir las actividades de otros estados, en su política de gobierno, y puede servir para compartir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas, a fin de garantizarles en todo momento la protección mínima de que es custodio del Derecho Internacional.<sup>48</sup>

Este tipo de pronunciamiento es lo que se tiene hoy en día como resultado de las acciones que se han implementado, especialmente al finalizar la Segunda Guerra Mundial, pero sus primeros indicios se manifestaron en los estados europeos, una vez concluida la revolución capitalista y la emancipación burguesa, que después del siglo XVII se reconocían mutuamente como soberanos, sin otorgarle el reconocimiento de “Estado soberano” a ninguna otra organización socio-política de algún otro territorio que se encontrara más allá del ámbito cultural europeo.

A partir de ese momento, y en ese contexto geográfico-cultural, fueron establecidas las normas para solucionar sus conflictos, con lo cual empezó a surgir el Derecho Internacional Público; después del movimiento independentista de las 13 colonias norteamericanas, esta rama del Derecho logró consolidarse. Posteriormente, se presentó en 1917 la primera revolución anticapitalista en Rusia, que pretendía destruir la estructura estatal dentro de la sociedad y su conversión en una libre asociación de productores independientes, adoptando finalmente, a mediados del siglo XX, un esquema y un sistema funcional hacia un desarrollo progresivo, logrando el alcance e impacto que conocemos en la actualidad, y con una importante inercia que le otorgan los propios requerimientos de la sociedad internacional. Da la impresión de que tal movimiento es incontenible, que se confirma con las expectativas que presenta el nuevo esquema mundial ante las circunstancias de interdependencia de los estados y las necesidades de establecer la paz y la seguridad internacionales.

<sup>48</sup> *Anuario de la Comisión, op. cit.*, pp. 271 y 272.

También es procedente considerar en esta reseña las luchas anticoloniales de emancipación durante la Segunda Guerra Mundial, en las que no se reclamó la suspensión del Estado, sino que se le consideró como un argumento defensivo de gran valía para las sociedades liberadas. De esta manera, apreciamos hoy en día la importancia de la “soberanía” aun ante ciertas circunstancias desventajosas por la capacidad económica y de exportación de algunos estados. Esta cualidad estatal de invaluable valor mantiene su preeminencia, como es el caso de la República Popular de China, que no obstante su colosal extensión territorial de más de 9.5 millones de kilómetros, el nivel de impacto jurídico-político de su *soberanía* es equivalente al de otros países de menor extensión territorial, incluyendo la de San Marino, con una discreta extensión territorial de 61 kilómetros.<sup>49</sup> De estos razonamientos y realidades se reitera la imprescindible figura del Estado, sustentado precisamente en la noción de la soberanía, que no consiste tan sólo en un argumento para lograr una relación de igualdad en las operaciones comerciales o de administración de la justicia, sino de todos los aspectos que derivan en ese dinamismo de nivel planetario, coordinados a través de la figura de las Naciones Unidas.<sup>50</sup>

Ubicándonos en el contexto del principio de *pacta sunt servanda*, tenemos como claro ejemplo del desarrollo integral que se puede lograr mediante una razonable cesión de derechos soberanos a un órgano supranacional, como es el caso de la Unión Europea (UE), que constituye, hasta el momento, el mayor proyecto internacional al superar por mucho la problemática de las medidas aduaneras, estableciendo una política de libre comercio y de mercado común con acciones económicas y sociales comunes; también ha logrado establecer una ciudadanía europea compatible con las ciudadanías

<sup>49</sup> También existe una importante diferencia entre estos dos países en cuanto al número de sus respectivos habitantes. China, por ejemplo, supera la cifra de un millón 300 000 habitantes; San Marino cuenta tan sólo con 35 000.

<sup>50</sup> *Anuario de la Comisión, op. cit.*, pp. 74 y ss. En cuanto a esta organización política internacional, Krippendorff señala que constituye un oneroso compromiso inventado por las metrópolis para establecer un mínimo de orden en el sistema internacional. e incluye la diplomacia, las relaciones interestatales y las afiliaciones a ese grupo y otras organizaciones internacionales, que se multiplican rápidamente en diferentes puntos del planeta. Las pequeñas naciones sólo pueden participar si invierten partes desproporcionadas de sus presupuestos nacionales. Muchas se ven obligadas a reducir y concentrar sus representaciones diplomáticas en algunos de los estados más importantes. Una consecuencia grave de esta necesidad es que así se pasan por alto muchos estados de la propia región. Las grandes potencias disponen por regla general de una red diplomática prácticamente en todo el mundo y tienen la ventaja de recibir informaciones superiores, derivado precisamente de la infraestructura de la que disponen.

de los estados miembros, y proveerse de la personalidad jurídica para actuar ante la comunidad internacional, en representación de todos los estados que la integran.<sup>51</sup>

La composición del sistema internacional como un conjunto estructurado de todos los estados constituye un esquema que a mediados del siglo pasado se antojaba titánico ante la diversidad de culturas, razas, idiomas, ideologías y religiones que subsisten en el planeta; pero ante el trabajo constante de las NU se ha logrado una representación universal irrefutable que inicialmente alcanzaba un modesto número de 51 miembros fundadores, aunque en la actualidad esta cifra está cerca de ser cuadruplicada, al haberse incorporado hasta el momento 193 países, de todos aquellos que se encuentran reconocidos por la comunidad internacional.<sup>52</sup>

Aun cuando autores como Krippendorff sostenía, poco después de los 30 años de vida de las NU, que con su implementación no se lograrían reconocimientos importantes, ya que consideraba que tan sólo se confirmaba la mala interpretación del concepto de Estado como símbolo de la modernidad, al sugerir que el sistema internacional se hallaba normalizado a consecuencia de la multiplicación de los estados soberanos y la disolución de los imperios coloniales después de la Segunda Guerra Mundial, considerada como el punto culminante y la última perfección en la historia de la civilización, para establecer con las NU la idea de que el Estado territorial moderno fue producido para cumplir cierto cometido en un contexto histórico específico.<sup>53</sup>

En este contexto y bajo el nuevo orden mundial se recurre con cierta insistencia a la idea de la internacionalización de los estados, en la que se

<sup>51</sup> Manuel Becerra Ramírez *et al.*, “La soberanía en la era de la globalización”, en Manuel Becerra Ramírez y Klaus Theodor Müller Uhlenbrock (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 76. Para el doctor Manuel Becerra Ramírez, cuando los Estados se autolimitan mediante un tratado pueden dar paso a una figura jurídica conocida como “soberanía compartida” y señala que el único ejemplo “surge como consecuencia de la voluntad de los Estados de integrarse a otro mediante un tratado”. Asimismo, en el caso del Tratado de Maastricht considera que la UE es un ejemplo de cuando los estados pactaron en un tratado que se compartirían los elementos de la soberanía.

<sup>52</sup> Recordemos que actualmente se reconoce la existencia en el planeta de 204 países, de los cuales efectivamente se han incorporado 193 a las Naciones Unidas.

<sup>53</sup> Cfr. Ekkehart Krippendorff, *Las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 74, quien agrega que en el caso de Europa en el siglo XVII el mundo fue dividido apenas comenzaba la expansión, desde las sentencias arbitrales de los papas hasta las conferencias colonialistas durante la segunda mitad del siglo XIX. Es así como se apreció que el Estado moderno, en la combinación de ejército y burocratismo, dio prueba de su superioridad efectiva sobre otras formas de organización política. Los pueblos de evolución anticolonialista no lograron encontrar una alternativa viable de la organización estatal.

faculta a un órgano supranacional para tomar decisiones que afectan las relaciones exteriores de cada uno de los miembros que lo conforman; que si bien esas instituciones supranacionales no se encuentran provistas de los elementos que conforman política y jurídicamente a un Estado, ejercen y detentan los poderes equivalentes al Estado soberano en su noción clásica; situación que en su tendencia progresiva confirma el desarrollo que presenta hoy en día el Derecho Internacional, con una notoria repercusión en la soberanía estatal.<sup>54</sup>

Hoy en día, el tiempo nos otorga una privilegiada ubicación *post factum* respecto de los eventos mundiales y la situación que vivimos con motivo del auge que presenta el fenómeno de la “globalización”,<sup>55</sup> en cuya materialización no se excluyen las funciones de procuración y administración de la justicia penal en el mundo, ya que su característica principal consiste en un engranaje de alcance universal,<sup>56</sup> cuyo apogeo si bien empezamos a vivir en años recientes, había sido concebido desde hace cinco siglos por fray Francisco de Vitoria, quien catalogó este fenómeno como el Derecho Natural de

<sup>54</sup> Francis Rosenstiel, *El principio de supranacionalidad. ensayo sobre las relaciones de la política y el derecho*, traducción de Fernando Murillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 71.

<sup>55</sup> El concepto de globalización puede asimilarse al de internacionalización o al de mundialización al pretender expresar el aumento de las relaciones que mantienen entre sí los diferentes territorios del mundo hasta el punto de que, cada vez más, una mayor proporción de los aspectos locales son ininteligibles sin hacer referencia a la escala mundial; también se alude con este concepto al globo terráqueo y a la interrelación entre diferentes aspectos que no pueden ya ser vistos como partes aisladas. (DE: <http://www.pangea.org/jei/soc/c/glob-cone-ori.htm>).

<sup>56</sup> Franz von Liszt escribía a principios del siglo xx que en los 21 estados europeos de ese entonces existían seis grandes potencias, conformadas por Alemania, Austria-Hungría, Francia, Inglaterra, Italia y Rusia; 15 estados menores (Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Dinamarca, Noruega, Suecia, España, Portugal, Suiza, Bulgaria, Rumania, Serbia, Montenegro, Grecia y Turquía). De los estados americanos destaca a los Estados Unidos, México, los seis estados centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá). En el sur del continente americano señala los diez siguientes: Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Bolivia, Uruguay, Paraguay y Brasil, y por último destaca la presencia de las repúblicas insulares de Cuba, Haití y la República Dominicana. Del continente asiático señala Von Liszt que Japón es el único que se encontraba incorporado a la comunidad internacional; China, Persia y Siam no se habían adherido aún a ella. Dicho autor subraya que Afganistán, los estados independientes de Himalaya, Bután y Nepal se encontraban fuera de la comunidad internacional, así como los pequeños estados árabes. Los estados africanos de Liberia y Abisinia se consideraban en ese momento como muy próximos a dicha comunidad, pero no completamente unidos a ella. Franz von Liszt, *Derecho internacional público*, 12a. edición, traductor y editor Gustavo Gili, Barcelona, 1929, p. 11.

los hombres para su organización y desarrollo, por lo que no aceptó que se considerara al mundo como un conjunto inorgánico de naciones aisladas, sin derechos ni deberes entre ellas; visualizaba desde entonces la interdependencia de los estados y auguró la existencia de una estructura moderna de la organización jurídica de la sociedad humana, consintiendo la cesión de la soberanía al Derecho Internacional, sin que ello implicara la desaparición del Derecho Interno.<sup>57</sup>

A cinco siglos de distancia, los especialistas en la materia discuten sobre las conveniencias e inconveniencias de la cesión parcial de la soberanía o de los derechos soberanos al Derecho Internacional,<sup>58</sup> en el marco de la “globalización” de la justicia penal, sustentada en los principios elementales del Derecho Internacional Público;<sup>59</sup> si bien no es este Derecho el responsable de la actual sociedad de los pueblos, funciona para brindar a dicha sociedad “las reglas susceptibles de una aplicación inmediata”,<sup>60</sup> mediante un adecuado y puntual análisis de la realidad, para extraer las imperfecciones y,

<sup>57</sup> José Gascón y Marín, *Fray Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional moderno (1546-1946). Conferencias pronunciadas en la inauguración de su monumento nacional en la ciudad de Vitoria*, Cultura Hispánica, Madrid, 1946, pp. 112 y 113.

<sup>58</sup> Recordemos el debate sostenido por los tratadistas italianos Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo al establecer, el primero, que con esta tendencia la sociedad universal se encamina a la necesaria superación de la soberanía estatal desde la perspectiva de la ciudadanía universal y de la construcción de una democracia constitucional de dimensión planetaria, y que solamente una jurisdicción penal internacional podría garantizar el orden mundial. Por su parte, Danilo Zolo señala algunas inconveniencias ante la existencia de una estructura de poder global por considerar que de esta manera se penalizaría a los sujetos o miembros de estados más débiles, y que la ONU es el resultado de un pacto fundamental entre pueblos para la creación de un orden mundial, mediante la extinción de la soberanía de los estados nacionales en vías de desarrollo.

<sup>59</sup> Estos principios consisten en los siguientes: los estados en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las NU; los estados arreglarán sus controversias por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia; no interferir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los estados, de conformidad con la Carta; cooperar entre sí, de conformidad con la Carta; la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; la igualdad soberana de los estados; los estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta. Cfr. Cesáreo Gutiérrez Espada, “La Corte Penal Internacional y la Organización de las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra-Departamento de Derecho Internacional Público y Privado, España, vol. XVIII, 2002, pp. 39 y 40.

<sup>60</sup> Joaquín Fernández Prida, en Cesáreo Gutiérrez Espada, *op. cit.*, p. 15.

en su caso, proponer las medidas pertinentes para superar las adversidades, la aplicación le corresponde única y exclusivamente a los estados, precisamente en el ejercicio de su facultad soberana.

En este orden de ideas, enfocamos este panorama del Derecho Internacional público al contexto de nuestro tema para fortalecer el planteamiento principal del trabajo, con una breve reseña de la “progresividad” del Derecho penal a partir de la “mundialización” de la sociedad, cuyo inicio se encuentra marcado con la Primera Guerra Mundial.

Finalmente, cabe resaltar que en la actualidad el desarrollo del Derecho Internacional y sus instituciones, en los últimos siglos, ha sido tal que ha impactado sustancialmente en el concepto de soberanía estatal, o por lo menos ha llevado a revisarlo, pues independientemente de la naturaleza y de la diversidad de sus normas jurídicas, de su forma o de sus contenidos y de si hayan o no participado en su conformación, las acciones de los estados resultan limitadas tanto jurídica como políticamente no sólo en el ámbito internacional sino también hacia su interior.

Las tres principales facultades soberanas y que al mismo tiempo constituyen la expresión máxima de la soberanía de un Estado —legislativa, jurisdiccional y ejecutiva— en la actualidad ya no pueden ser ejercidas en forma absoluta ante el embate de las diversas normas jurídicas internacionales y ante las resoluciones y políticas internacionales implementadas por numerosos organismos internacionales. En ese sentido, los estados antes de ejercer dichas funciones se encuentran de alguna forma constreñidos a observar no sólo las normas jurídicas internacionales, sino también las políticas internacionales, so pena de incurrir en una responsabilidad internacional o de sufrir la expulsión o la exclusión de algún organismo o club internacional, de tal modo que la soberanía estatal se encuentra limitada no sólo desde un punto de vista jurídico sino también fáctico, ante el irreversible desarrollo de normas y políticas de gran impacto, tales como las penales internacionales, o las de DIH, por citar algunas de las más relevantes.

#### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA PENAL INTERNACIONAL

El tema relacionado con la “jurisdicción” estará en vigor de manera persistente en tanto el atributo jurídico-político denominado soberanía subsista para la estatalidad. Su debida atención y respeto representa clara pauta de la subsistencia del Estado soberano, y su expresión libre de influencia es la muestra del respeto de las propias garantías judiciales.

En cuanto a los principios relacionados con la validez de la ley, en que predomina la jurisdicción del juez del lugar donde se cometió el delito, y en el supuesto de que la conducta probablemente delictiva se haya cometido en diferentes espacios, será competencia del juez que haya conocido del asunto en primer término. La noción de espacio o territorio comprende todos los lugares sobre los que el Estado correspondiente ejerce su soberanía, abarcando el mar territorial y el espacio aéreo. En el ámbito temporal, comprende la preeminencia de la ley que rige al tiempo del hecho; si hubiera diferencia de leyes, desde el tiempo de la acción cometida hasta el juicio debe prevalecer la más benévola. Sólo puede ser aplicada la ley a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque hubiera perdido su vigor; las sanciones y medidas de seguridad deberán aplicarse de acuerdo con la ley que rige al tiempo de la decisión.<sup>61</sup>

En cuanto a las *personas* por juzgar, se tiene por un lado que, tratándose de menores, éstos son supeditados a un procedimiento especial, y, por otro lado, se tiene que algunos funcionarios y diplomáticos, expresamente determinados por la ley, no pueden ser supeditados de manera inmediata a un procedimiento penal. Este último supuesto y la expresión jurisdiccional en el contexto internacional<sup>62</sup> constituyen circunstancias que se encuentran superadas por el ER; por un lado los menores de 18 años fueron excluidos de la competencia de la Corte y, por otro, se otorgan facultades sin precedente a la CPI para aplicarlas a cualquier persona con cargo oficial.

A este respecto, la maestra Patricia Laurenzo Copello señala que algunos de los beneficios contenidos en el ER, como la no aplicación de la pena de muerte, podrían no alcanzar a los menores de edad dado que ellos no serían sometidos a la jurisdicción de este tribunal y en consecuencia serían investigados, enjuiciados y, en su caso, sancionados por los tribunales nacionales correspondientes; en el supuesto de que sus leyes contemplaran dicha penalidad, les sería procedente su aplicación.<sup>63</sup>

El tribunal que tiene a su cargo la facultad jurisdiccional de un determinado asunto, jurídicamente tiene la ineludible obligación de analizar las cuestiones de hecho y de derecho para estar en posibilidad de imponer la sanción que conforme a la ley procede. Las acciones legales que realiza el juzgador para comprobar la existencia de la conducta criminosa y sustentar

<sup>61</sup> Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 202.

<sup>62</sup> Fernando Castellanos, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Porrúa, México, 1993, pp. 95 y ss.

<sup>63</sup> Patricia Laurenzo Copello, "Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma", *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2000, p. 97.

su resolución constituyen la esencia de su encomienda; por tal motivo, el pronunciamiento que emite no es de carácter declaratorio, sino constitutivo. Representa el acto que sustenta la justicia propiamente, con base en las normas jurídicas vigentes, derivadas de un proceso legislativo regido por la Constitución y que constituye la expresión de su soberanía.<sup>64</sup>

La verificación jurídica de los presupuestos de que se trate debe ser absolutamente cierta, de tal manera que “la interpretación de la ley, como hoy es pacíficamente admitido, no es nunca una actividad solamente cognoscitiva, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas”; representa una decisión respaldada por la ley y por los hechos, y sustentada en un pronunciamiento de carácter jurisdiccional.<sup>65</sup>

En términos de la función jurisdiccional de los tribunales penales, tanto en el aspecto sustantivo como en el adjetivo tiene una naturaleza y objetivos idénticos ante un tribunal estatal o ante uno de orden supranacional. Esto se traduce en que la pureza de la jurisdicción a nivel estatal se garantiza mediante la existencia de una auténtica soberanía nacional, y la integridad de la jurisdicción de un órgano internacional la encontramos en la expresión de la voluntad soberana de los estados en el marco de las normas internacionales; se puede actualizar a nivel estatal o en la dimensión planetaria, en virtud de que los principios judiciales que rigen en los dos niveles jurisdiccionales coinciden en origen y fin último: “el debido proceso”. Esto es así en razón de que la actividad jurisdiccional de los órganos de justicia de todo Estado soberano, independientemente de su sistema de gobierno, actualmente también la CPI, tienen la función de obtener en los casos concretos la declaración del Derecho mediante la estricta observación de la norma jurídica preconstituida.

### *Concepto y clasificación de la jurisdicción*

Etimológicamente, la palabra jurisdicción significa decir o declarar el derecho; está formada de las voces *jus* y *dicere*, por lo que se dice *jurisdictio a jure dicendo*, de tal manera que integrándolas se expresa que jurisdicción es la potestad que tiene una autoridad de conocer y resolver los asuntos que son sometidos a su conocimiento conforme a la ley.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 247.

<sup>65</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 38 y 39.

<sup>66</sup> Marta Morineau Idearte e Román Iglesias González, *Derecho romano*, Oxford, México, 2006, pp. 10 y ss.

El vocablo jurisdicción también significa el poder del Estado para juzgar. El maestro López Betancourt lo considera como el campo de acción o esfera de influencia de los actos de una autoridad, y “jurisdicción penal” como la capacidad de un órgano jurisdiccional para intervenir en un proceso de naturaleza penal mediante la aplicación de normas en esa materia, y para que la ley penal sea válida debe aplicarse por un tribunal competente que tenga, bajo esas circunstancias, la capacidad de aplicar las normas penales a casos concretos supeditados a su jurisdicción.<sup>67</sup>

La jurisdicción deriva necesariamente del poder del Estado, por ser el único ente capaz de impartir justicia por medio de las instituciones creadas por él mismo mediante el principio de la división de poderes dentro del marco del Estado moderno. Se considera que desde la génesis del propio Estado, en su más primitiva etapa, tuvo la necesidad de resolver controversias, evidentemente sin normas específicas, guiándose por el sentido de la equidad y la justicia, pero que ante la existencia de una autoridad para resolver el conflicto entre dos o más miembros de aquella sociedad, la resolución debía ser acatada voluntaria o coactivamente, ya que del respeto a esa autoridad dependía la subsistencia de la entonces incipiente estructura social.

En esas primeras etapas, las ideas religiosas legitimaban la actividad represora, en las que el gobierno era ejercido por los *paterfamilias*; más adelante, a partir del siglo IV a.C., aparece la figura del *iurisdictionis*, mediante la cual los magistrados con un poder discrecional denominado *coercitio*, derivado del *imperium*, además de los castigos, les incautaban bienes,<sup>68</sup> y de esta manera empezaba a estructurarse el Estado, que mediante las evoluciones que experimentaba, a la postre le dio vida a los organismos jurisdiccionales.

El concepto de “jurisdicción” desde la óptica internacional también se ha discutido en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las NU, como es el caso del análisis que realizan en el marco del proyecto de los artículos relacionados con la responsabilidad de los estados, sosteniendo que el territorio se considera como prueba concluyente de jurisdicción; por lo tanto, en casos de conflicto de jurisdicción sobre una actividad prevalece la jurisdicción de la base territorial, y las situaciones en que un Estado, con arreglo al Derecho Internacional, ha de ceder su jurisdicción dentro de su territorio a otro Estado.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Eduardo López Betancourt, *Introducción al derecho penal*, Porrúa, México, 1998, p. 99.

<sup>68</sup> César Rascón, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 365 y 366.

<sup>69</sup> *Anuario, op. cit.*, 1996, vol. II (Segunda parte), pp. 275 y 276. UN.Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1.

También reconocen las NU que las cuestiones relacionadas con la determinación de la *jurisdicción* son complejas, y a menudo son el núcleo de una controversia; tan es así que las convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar y la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar han abarcado diversos ámbitos de competencia de los estados; sin embargo, la tarea parece interminable, en virtud de que también existen circunstancias en las que en determinadas áreas, por razones del Derecho Internacional, se puede presentar la competencia de varios estados, siendo las más comunes, en la actualización de las jurisdicciones funcionales mixtas, la navegación y el paso por el mar territorial, la zona contigua y las zonas económicamente exclusivas.<sup>70</sup>

Como se puede apreciar, el tema de la jurisdicción ha sido materia de discusiones y conflictos en el Derecho Internacional, lo cual no representa un fenómeno jurídico extraordinario, sino que es una circunstancia que se estima se presentará a menudo, tomando en cuenta que aun en el Derecho Interno frecuentemente constituye la sustancia de juicios jurisdiccionales prolongados y trascendentales. De tal manera que en un espacio planetario, como es el alcance de los asuntos que se pueden presentar en el contexto que nos ocupa, revestirán sin lugar a dudas mayores complejidades; sin embargo, en cuanto a procuración y administración de la justicia internacional de naturaleza penal, las problemáticas jurisdiccionales disminuirán considerablemente ante el nacimiento de la CPI, a juzgar por su estructura, alcance competencial y el esquema procedimental que presenta el instrumento que le da vida.

Contextualizando aun más nuestro tema, podemos apreciar que aquellas primeras nociones de justicia se encuentran distantes del esquema de investigación, enjuiciamiento, y, en su caso, ejecución de penas, ante el conjunto de principios que rigen tanto el fondo como la forma del proceso, y al manifestarse este cúmulo de principios aceptados universalmente, hasta la instancia última del asunto, se enaltecen las funciones procuradoras y administradores de la justicia y se justifica cabalmente la aplicación de las penas correspondientes.

Aun ante la compleja sociedad internacional de esta época, la objetiva noción de la *soberanía*, la estricta observancia de los principios de la división de poderes y la sana práctica de ambos permite constatar en muchos

<sup>70</sup> El análisis que realiza la CDI de las NU respecto de la jurisdicción deriva de su preocupación por las incertidumbres que se presentan en el Derecho Internacional contemporáneo en cuanto a la medida que un Estado puede ejercer jurisdicción extraterritorial, respecto de ciertas actividades; considerando la Comisión que cuando las acciones de un Estado producen efectos en el territorio de otro, debe cumplir las obligaciones relativas para subsanar los efectos correspondientes. Cfr. *Anuario, op. cit.*

estados la loable función jurisdiccional de esos órganos encargados de decir el Derecho, bajo los principios que rigen esta materia.

La palabra jurisdicción, en sí misma, es una fuente inagotable de debates y controversias internacionales, en virtud de que constituye el sustento más importante para establecer la competencia de un tribunal, ya sea por la voluntad soberana de un Estado en su límite territorial, o en el contexto de las diferentes instituciones supranacionales —regional, comunitaria o internacional—, sustentada en la expresión soberana en los propios estados, en una interrelación mundial, a través de un marco de igualdad y respeto mutuo, y no obstante todas las medidas para garantizar la transparencia y contundencia de esa facultad competencial, y que todas ellas sean plasmadas en las normas jurídicas, los debates persistirán, ya que constituyen parte de la misma vida jurídica internacional, para su fortaleza y desarrollo.

### *Concepto y criterios sobre la competencia*

En la doctrina suele diferenciarse a la jurisdicción de la competencia, definiendo a la primera como la facultad de declarar el Derecho, y la segunda, como la medida de la jurisdicción, es decir, todos los tribunales de un Estado tienen jurisdicción en su territorio nacional, que es una consecuencia y expresión natural de la soberanía estatal. Así, los tribunales nacionales tienen la facultad de interpretar y aplicar el Derecho dentro de su territorio respecto de hechos que acontezcan dentro del mismo; sin embargo, no todos los tribunales pueden conocer al mismo tiempo de un asunto y ello es en razón de que se establece lo que se denominan “criterios de competencia”, que son aquellas reglas establecidas dentro de un sistema jurídico para determinar la facultad de un órgano jurisdiccional de conocer válidamente de un asunto en particular con exclusión de los demás en un lugar y momento dados.

En este sentido, es evidente que el objeto de los diferentes criterios es prevenir y resolver los posibles conflictos de competencia que se pudieran suscitar, bien dentro del orden interno o en el orden internacional, en este último caso, cuando el objeto de la controversia es del ámbito internacional.

Estos criterios competenciales tienen importante significación en el mundo jurídico internacional, ya que detrás de ellos están presentes, entre otros, el principio de soberanía estatal y el de no injerencia en los asuntos internos.<sup>71</sup> En ese sentido es que se considera que dichos criterios no pueden ser

<sup>71</sup> Cfr. Kai Ambos, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 79-81. Este autor en su obra considera que los puntos de partida para la

contrarios a los principios fundamentales del Derecho Internacional y, por tanto, se debe buscar primeramente que sean los estados los que resuelvan las controversias aplicando las normas de Derecho Nacional o Internacional, según sea el caso, y sólo cuando el Estado no pueda o no quiera<sup>72</sup> cumplir con sus obligaciones<sup>73</sup> deberá actuar el orden jurídico internacional en forma supletoria, a través de un tribunal extranjero o internacional que haga posible la justicia que ha sido negada, regulando y legitimando esa intervención, bajo el concepto de criterios competenciales que la sustenten jurídicamente. Esto por una razón de Derecho básico que es “evitar una denegación de justicia” o, en materia penal, combatir la impunidad y resarcir el daño a la víctima.

Por lo anterior es que se considera necesario hacer una breve referencia a los criterios competenciales que existen en materia de DPI, a fin de explicar con mayor claridad la razón de ser y el objeto que se persigue con el establecimiento de los diversos criterios empleados en el ER, con los que se busca justificar la competencia de la CPI y, en su caso, estar en condiciones de poder evaluar de una manera más objetiva y precisa la significación y el desempeño de la facultad jurisdiccional de este importante tribunal internacional dentro del marco del Derecho en general.

aplicación extraterritorial del *ius puniendi* son el principio de soberanía estatal y la no intervención, los cuales están siempre presentes en el ámbito del Derecho Internacional penal, que al regular los criterios de competencia busca en todo momento evitar un conflicto de soberanías y entre jurisdicciones, de ahí que denomine a dichos criterios como “competencia-sobre la competencia del Derecho internacional”.

<sup>72</sup> Lo que también podría traducirse como que no quiere o no tiene la capacidad de cumplir con sus obligaciones internacionales, entre ellas proteger y/o respetar los DIH mediante la aplicación del derecho.

<sup>73</sup> Al respecto, cabe resaltar la evolución que han sufrido algunos conceptos jurídicos, como lo es la soberanía estatal, pues si bien, a la luz de la teoría clásica el legislar y aplicar la ley es una facultad soberana del Estado, asimismo, en contrapartida, en el Derecho Internacional moderno y contemporáneo se considera que estas facultades también constituyen obligaciones propias de un Estado soberano, y cuando no las cumple violenta los derechos humanos, como lo es el derecho a la justicia, y en consecuencia le puede acarrear una responsabilidad internacional, y es ahí cuando se considera necesario que entren en funcionamiento las normas del Derecho Internacional para restituir el orden jurídico violentado. Este criterio ha sido expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) en su opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A No. 13. Por otra parte, hay algunos autores como José A. Guevara Bermúdez que conciben a la justicia penal como un derecho humano y una obligación del Estado, y que debe ser tutelada por el Derecho Internacional Penal. Cfr. Santiago Corcuera Cabezut y José A. Guevara Bermúdez (comps.), *Justicia Penal Internacional*, Universidad Iberoamericana, México, 2001, pp. 151-154.

Así, en cuanto a la competencia de los tribunales en materia penal internacional, se han desarrollado importantes trabajos en el seno de las NU, como el de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, que en el Informe final de su 49 periodo de sesiones, sobre la impunidad de los autores de violaciones de DH, relativa a los rubros de derechos civiles y políticos, resolución 1996/119, sostuvo que entre los deberes de los estados en materia de administración de justicia están combatir la impunidad, aplicar penas apropiadas a los responsables, garantizar a las víctimas de delitos recursos eficaces, reparar el daño ocasionado y evitar la repetición de las violaciones cometidas. Para ello, se han implementado medidas complementarias de carácter procesal, con el objeto de que las propias víctimas pudieran tener acceso a la justicia de manera directa y efectiva; entre las propuestas más importantes encontramos algunos criterios competenciales para delimitar la función jurisdiccional de los tribunales nacionales, extranjeros e internacionales,<sup>74</sup> a saber:

1º Reconocimiento al principio de la competencia territorial de los tribunales nacionales como la regla general; sólo cuando éstos no ofrezcan garantías suficientes de independencia e imparcialidad o cuando les sea materialmente imposible el desempeño de sus funciones, se activará complementariamente la competencia de un tribunal penal internacional con facultades para pedir, en todas las etapas del procedimiento, que el tribunal nacional decline su competencia en su favor.

2º Reconocimiento de un Estado a la competencia de los tribunales extranjeros, quienes la pueden ejercer con fundamento en una cláusula de jurisdicción universal contenida en un tratado en vigor o en una disposición legal interna; en cuyo caso, la norma interna tendría el carácter de una norma de competencia extraterritorial que sólo sería aplicable para el caso de la comisión de los delitos graves conforme al Derecho Internacional.

Para mayor eficacia del ejercicio de la competencia universal se sugirió implementar algunas medidas adicionales, tales como: a) que en todos los instrumentos internacionales de DH figure una cláusula de competencia universal apropiada; y b) que los estados que ratifiquen dichos tratados se comprometan a buscar, hacer buscar y perseguir, para su enjuiciamiento o extradición, a las personas con acusaciones precisas y concordantes de que presuntamente habían violado principios relativos a los DH previstos en tales tratados; y para ese efecto es que se obligaban a adoptar las medidas legislativas u otras medidas de carácter interno que hicieran posible la aplicación de la cláusula de competencia universal.

<sup>74</sup> UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997.

3º En cuanto a la competencia extraterritorial de los tribunales nacionales, se estimó conveniente que a falta de ratificación de un convenio que permita oponer una cláusula de competencia universal a ese país en donde se cometió el ilícito, los estados podrían adoptar ciertas medidas legislativas de carácter interno para regular su competencia extraterritorial respecto de delitos graves conforme al Derecho Internacional cometidos fuera de su territorio y que, por su naturaleza, no estuvieren previstos únicamente en el Derecho Penal Interno.

Como se puede observar, este documento es de una gran importancia, pues aún a la fecha resume y concentra los criterios competenciales más importantes y reconocidos en el DPI y que fueron recogidos en el ER. Para su mayor comprensión, enseguida presentamos una breve explicación.

Doctrinalmente existen diversas clasificaciones relativas a los criterios o principios para el establecimiento de la competencia en DPI entre los tribunales nacionales e internacionales; sin embargo, para efectos de nuestro estudio, nos apoyaremos en la clasificación que hace el jurista mexicano Javier Dondé,<sup>75</sup> quien considera que dichos criterios se pueden clasificar en aquellos que se sustentan en principios tradicionales y los que se apoyan en principios extraterritoriales.

#### *Principios tradicionales de competencia de tribunales en materia penal*

Entre los principios tradicionales para la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los delitos a nivel mundial, encontramos los siguientes: el de territorialidad, el de la personalidad activa, el de personalidad pasiva y el de protección o de intereses. En general, podríamos considerar que estos criterios competenciales tienen su fundamento en el concepto de soberanía estatal, como veremos más adelante.

#### Territorialidad

En virtud de este principio, se considera tribunales competentes a los del Estado en cuyo territorio se cometió el ilícito.<sup>76</sup> Es decir, el Estado soberano en cuyo territorio se dio un hecho o acto jurídico es al que, en ejercicio de

<sup>75</sup> Javier Dondé Matute, *Derecho Penal Internacional*, Oxford University Press, México, 2008, pp. 107-141.

<sup>76</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 5a. edición, Porrúa, México, 1992, pp. 51 y ss.

su *ius puniendi*, le corresponde regularlo y es a sus tribunales nacionales a quienes, en principio, les reconoce el Derecho Internacional la competencia para conocer del asunto.

En este sentido, el concepto de soberanía territorial tiene un papel relevante, pues con base en él es que los tribunales de un Estado, conforme a las reglas del Derecho Internacional, tienen la facultad exclusiva de conocer de una controversia y aplicar su Derecho con exclusión de otros tribunales nacionales.

A través del ejercicio de las facultades soberanas de un Estado en su territorio, entre las que destacan el *ius puniendi* y el *ius iurisdictio*, para evitar colisiones entre los estados vía su ejercicio, hubo la necesidad de regularlo y establecer el concepto de territorio, y de esta manera surgieron varios conceptos jurídicos relativos a este elemento constitutivo del Estado y a sus diversos espacios: terrestre, marítimo, aéreo y espacial, y las ficciones jurídicas relativas a la extensión del mismo, como las embajadas y consulados, así como las aeronaves y los buques que portaran el pabellón del Estado;<sup>77</sup> asimismo, hubo que definir el alcance del ejercicio de dichas potestades.<sup>78</sup>

No obstante que el principio de territorialidad no constituye un principio absoluto, el Derecho Internacional consuetudinario lo instituye como el vínculo más estrecho con la potestad soberana de los estados en la función jurisdiccional; es por ello que se sostiene su posición preeminente ante la comisión de delitos de carácter internacional frente a otros principios, como el de la personalidad del sujeto activo, el de personalidad del sujeto pasivo y el de protección o de intereses, que precisaremos enseguida. Inclusive, la CDI destaca la relevancia de este principio de territorialidad, señalando que la territorialidad de la ley penal es el principio fundamental del Derecho Penal contemporáneo.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Kai Ambos lo denomina como el principio del pabellón que atribuye la facultad de jurisdicción respecto de buques, aeronaves y vehículos espaciales, al Estado cuyo pabellón enarbolan o bajo el que estén registrados. Cfr. Kai Ambos, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 87. Como ejemplo de este criterio podemos citar al art. 5º del Código Penal Federal que incluye este criterio, y el Estatuto de Roma, que lo contempla en el artículo 12, numeral 2, inciso a.

<sup>78</sup> Al respecto, por lo que hace a la materia penal internacional, cabe aclarar que el espacio que ocupan los consulados no se considera como una asimilación al territorio de un Estado; por tanto, la comisión de un delito en un consulado no constituye un fundamento jurídico para determinar la competencia territorial de un Estado. Cfr. Javier Dondé Matute, *Derecho Penal*, op. cit., p. 111.

<sup>79</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, 1983, vol. II (primera parte), consistente en el Primer Informe sobre el Proyecto del Código de delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Este principio se encuentra en el entorno más inmediato de la jurisdicción universal. Sustenta la validez de las normas jurídicas de los Estados y es el primero que se ve superado en la activación del principio de la jurisdicción universal, tomando en cuenta que mediante este procedimiento la ley penal de un determinado Estado adquiere vigencia allende sus fronteras, siempre y cuando así se lo permita su legislación, como es el caso del Código Civil español, que en su artículo 8 establece que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español y, por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 23.1 que, en materia penal, corresponden a la jurisdicción española las causas por delitos cometidos en su territorio, a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de los tratados internacionales en los que España sea parte.

### Personalidad activa

Se determina la competencia del tribunal de un Estado con base en la nacionalidad del sujeto activo del delito. De esta forma, el Estado ejerce su soberanía al castigar los actos ilícitos de sus nacionales, sin importar si la víctima u ofendido del delito es nacional o extranjero ni el lugar donde se cometió el ilícito.<sup>80</sup>

En el propósito de evitar resquicios a la impunidad se considera que este principio se complementa perfectamente con el de territorialidad. Se sustenta en los principios de soberanía personal y en el principio de la nacionalidad, ya que, como se ha precisado, faculta al Estado actuar en contra de sus nacionales sin importar el lugar en que sean ubicados, aun cuando hubieran incurrido en delitos fuera de su territorio e intenten refugiarse en el Estado de su nacionalidad, buscando el apoyo de la improcedencia de la extradición de los ciudadanos propios.<sup>81</sup>

Lo anterior lo encontramos sustentado, por ejemplo, en el Convenio Europeo de Extradición de 1957, artículo 6.1.a, que establece: “Toda Parte contratante tendrá la facultad de denegar la extradición de sus nacionales”; y artículo 6.2, que señala que si la “Parte requerida no accediese a la extradición de un nacional, deberá, a instancia de la Parte requirente, someter

<sup>80</sup> Un ejemplo del criterio de la personalidad activa y pasiva lo encontramos en el artículo 4 del Código Penal Federal. En el art. 12, numeral 2, inciso b del ER encontramos recogido el principio de personalidad activa.

<sup>81</sup> Cfr. Kai Ambos, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., pp. 88-90.

el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente, en su caso, contra aquél".<sup>82</sup> Más adelante haremos referencia con mayor detalle al ejercicio de esta facultad, especialmente en lo que se refiere a España y Alemania, por las razones que explicaremos en su momento.

### Personalidad pasiva

Conforme a este criterio se determina la competencia del tribunal de un Estado con base en la nacionalidad del sujeto pasivo del delito. De esta forma, el Estado ejerce su soberanía al castigar los actos ilícitos cometidos en contra de sus nacionales que son víctimas u ofendidos, sin importar si el sujeto activo del delito es nacional o extranjero, ni el lugar donde se comitió el ilícito. Visto desde la óptica del Estado, a través de este criterio ejerce una facultad de protección e incluso podríamos considerar que mediante este principio el Estado cumple con su deber de impartir justicia y de proteger a sus nacionales.

Evidentemente es un criterio de competencia fundado en la soberanía estatal; es por ello que constantemente es controvertido por las acciones de algunos gobiernos, que en el mejor de los casos, por circunstancias controversiales, encuentran soluciones en algunos instrumentos internacionales

<sup>82</sup> Este Convenio de Extradición fue suscrito en París el 13 de diciembre de 1957 y ha sido adoptado por los siguientes estados, precisándose la fecha de su incorporación y entrada en vigor, respectivamente: 1. Alemania: 2 de octubre de 1976-01 de enero de 1977. 2. Austria: 21 de mayo de 1969-19 de agosto de 1969. 3. Chipre: 22 de enero de 1971-22 de abril de 1971. 4. Dinamarca: 13 de septiembre de 1962-12 de diciembre de 1962. 5. Finlandia: 12 de mayo de 1971-11 de agosto de 1971. 6. Grecia: 29 de mayo de 1981-27 de agosto de 1969. 7. Irlanda: 2 de mayo de 1966-01 de agosto de 1966. 8. Israel: 27 de septiembre de 1967-26 de diciembre de 1967. 9. Italia: 6 de agosto de 1963-04 de noviembre de 1963. 10. Liechtenstein: 28 de octubre de 1969-26 de enero de 1970. 11. Luxemburgo: 18 de noviembre de 1976-16 de febrero de 1977. 12. Países Bajos: 14 de febrero de 1969-15 de mayo de 1969. 13. Noruega: 19 de enero de 1960-18 de abril de 1960. Para mayor información, se puede consultar la página [http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Internacional/ConveniosMultilaterales/documentos/Convenio\\_extradicion\\_1957.pdf](http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Internacional/ConveniosMultilaterales/documentos/Convenio_extradicion_1957.pdf) Este principio también lo encontramos en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1950) y el Convenio para la Prevención del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Hoy en día encontramos el principio de la personalidad activa y pasiva en el ER de 1998, es decir, que la facultad jurisdiccional de la CPI también ofrece a la sociedad humana la bondad de abarcar este aspecto jurídico de tanta importancia.

sobre materias específicas, como es el caso de la tortura, el terrorismo internacional y actos relacionados con el transporte aéreo y marítimo; como es el caso de EUA y de los estados miembros de la UE, que mediante un análisis del marco jurídico de los integrantes de este órgano supranacional —excepción hecha de Gran Bretaña e Irlanda— presentan un concepto amplio: Alemania y Finlandia; con un concepto más restringido, encontramos a Francia, Italia, Bélgica, Portugal y Grecia; los demás estados miembros de la UE no han incorporado a su legislación interna este principio de personalidad pasiva.<sup>83</sup>

### Protección o de intereses

De acuerdo con este criterio un tribunal nacional puede conocer de un delito cometido en el extranjero, por extranjeros aun en contra de extranjeros, sólo cuando tenga efectos dicho delito en el territorio del Estado del tribunal o en contra del Estado al cual el tribunal pertenece.<sup>84</sup>

El fundamento para hacerse competente un tribunal nacional es que los efectos del delito tienen lugar en el territorio de su Estado, de ahí que haya algunos juristas como Kai Ambos que consideren que este principio es un “subcaso del principio de territorialidad”. Este mecanismo le permite al Estado proceder en contra del autor de delitos que se hayan llevado a cabo allende sus fronteras al margen de la nacionalidad del sujeto, siempre que la comisión de ese delito afecte sus intereses o la seguridad del Estado, es decir, que se sustente en la protección de hechos o bienes jurídicos nacionales.<sup>85</sup>

Derivado de lo anterior es que en la práctica, aun cuando este principio se refiera a delitos cometidos en el extranjero por extranjeros en contra de bienes nacionales, también se le considere una variante del principio de protección entendido como “garantía jurídica del Estado (principio real) y un principio de protección como garantía jurídica individual (principio de personalidad pasiva)”.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> Cfr. Carmen Márquez Carrasco y Magdalena Martín Martínez, “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2011, vol. XI, p. 260.

<sup>84</sup> Este criterio está regulado en las fracciones I y II del artículo 2 del Código Penal Federal Mexicano.

<sup>85</sup> Kai Ambos, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 85.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 90-93.

*Principios extraterritoriales de competencia de tribunales en materia penal*

Entre los principios extraterritoriales que existen para que los tribunales nacionales establezcan su competencia para conocer de un determinado asunto, se tienen el de *aut dedere aut judicare* (o se entrega o se juzga) y el de jurisdicción universal, y a través de los tribunales supranacionales se actualiza el principio de jurisdicción internacional.

*Aut dedere aut judicare*

Este principio se encuentra previsto en tratados internacionales donde los estados en diversas cláusulas se obligan a enjuiciar a los probables responsables de ciertos crímenes o delitos previstos en el mismo instrumento internacional o, en su defecto, a extraditarlos al país que los reclame para el efecto de enjuiciarlos; es decir, es un principio que deriva de normas internacionales eminentemente convencionales. Su desarrollo se ha visto favorecido por el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional, por el reconocimiento internacional de la responsabilidad individual y por el auge que se vive en la cooperación internacional en materia penal.<sup>87</sup>

Se considera que este principio tiene la virtud de colmar las lagunas en la persecución de los delitos cuando el sujeto activo se fuga a otro Estado para eludir la pena, y con ese fin es que se establece una colaboración entre el Estado del lugar del hecho y el Estado que lo capturó. Generalmente, en Derecho Internacional se establece alternativamente el deber de extraditar o de enjuiciar, y sólo excepcionalmente se plantea de modo jerarquizado, y es por lo anterior que a este principio también se le conoce como el principio de la justicia criminal supletoria, ya que en opinión de algunos doctrinarios esta justicia se suple en sentido estricto cuando el Estado del hecho que pudiera ser competente manifiesta su voluntad o consiente que un sujeto pueda ser capturado y juzgado por otro Estado, derivado de la suscripción de un tratado internacional.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Cfr. Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 23. En cuanto a la cooperación internacional, encontramos elementos adicionales desde la perspectiva de la CPI que nos aporta Bruce Broomhall, "La Corte Internacional: visión general y la cooperación con los Estados", *Corte Penal Internacional. Ratificación y Legislación Nacional de Actuación*, Nouvelles études Penales, Association Internationales de Droit Penal, Erés, Italia, 1999, pp. 69 y ss.

<sup>88</sup> Kai Ambos considera que con este principio se excluye de algún modo una violación al principio de no intervención cuando el Estado propiamente competente está de acuerdo en

El propio título que se le asigna a este principio determina su función *aut dedere aut judicare*; diría al respecto el maestro Manuel Rama Montaldo que el Estado parte del tratado correspondiente se pone en una situación tal que, conforme a las normas internacionales, deba decidir en enjuiciar al probable responsable o extraditarlo al Estado que lo solicite, pero que también tenga competencia para juzgarlo. En este sentido, tenemos a manera de ejemplo, los dos casos siguientes:

1º Abdelbaset Ali Mohamed Al Megrahi y Al Amin Khalifa, caso número 1475/99 de la Alta Corte del Justicia en el Campo de Zeist, cuyos hechos derivan de la explosión que sufrió una aeronave de Pan Am, del vuelo 103, el 21 de diciembre de 1998, en el espacio aéreo de Lockerbie, Escocia. EUA y Escocia llevaron a cabo una investigación, de la cual resultó la probable participación en el evento de dos libios, por lo que tanto EUA como el Reino Unido solicitaron la extradición de ambos sospechosos; sin embargo, Libia, al tiempo de negarse a dicha extradición, procedió a la investigación de los hechos, expresando a ambos países su disposición para cooperar. En 1992, Libia se vio en la necesidad de recurrir ante la CIJ y se mantuvo en la negativa de entregar a sus dos nacionales, por lo que a través del CS se le impusieron sanciones en 1993.<sup>89</sup> Cinco años después, Libia aceptó que fueran juzgados en un Estado neutral, que en este caso lo fue Holanda. Se considera que el principio *aut dedere aut judicare*, establecido en la Convención de Montreal de 1971, cumplió con su objetivo, tomando en cuenta que inicialmente Libia llevó a cabo acciones jurídicas tendientes a investigar a los probables responsables de los hechos considerados como delito en la citada Convención, y posteriormente accedió a entregar a los probables responsables para ser enjuiciados por otro Estado.<sup>90</sup>

que sea otro Estado el que ejerza en su representación el *ius puniendi*, y por tanto, en razón de su anuencia, no hay forma de que se dé una intromisión a su derecho de soberanía. Kai Ambos, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., pp. 96-98.

<sup>89</sup> <http://www.rtve.es/noticias/20081221/atentado-lockerbie-20-anos-sombras/208933.shtml>

<sup>90</sup> El Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil fue suscrito en Montreal, Canadá, el 23 de septiembre de 1971, de cuyo artículo 1.1.a) se establece que: “Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: [...] destruya una aeronave en servicio”. El principio *aut dedere aut judicare* se establece de manera específica en los artículos 6 y 7 de dicho Convenio, al disponer respectivamente y en su parte conducente: “Todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia [...] Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos”, “El Estado contratante en cuyo territorio sea

2º Souleymane Guenguén y otros contra Hissène Habré, ante la Corte de Casación de Senegal, cuyos hechos se considera que tuvieron lugar durante el periodo comprendido de 1982 y 1990, cuando Hissène Habré fue presidente de la República de Chad, en el que se estima que privó de la vida u ordenó la ejecución de aproximadamente 40 000 personas. El señor Hissène Habré se trasladó posteriormente a Senegal, donde fue acusado por el delito de tortura. La Suprema Corte de este país determinó que carecía de competencia para someterlo a juicio, argumentando que la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no le otorgaba esa facultad.<sup>91</sup> La Corte Suprema de Senegal debió activar el principio de *aut dedere aut judicare*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 en relación con el 4, todos de la Convención contra la Tortura;<sup>92</sup> sin embargo, no lo hizo de esa manera, ya que si bien se encontraba ante la disyuntiva que le presentaban las normas internacionales, de juzgarlo o entregarlo, inicialmente no se llevó a cabo ninguna de estas acciones; pero más adelante, a mediados de 2006, la Unión Africana<sup>93</sup> decidió juzgar a Hissène Habré en Senegal por crímenes de lesa humanidad.<sup>94</sup>

hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes”.

<sup>91</sup> <http://www.nodo50.org/derechosparatodos/Areas/AreaAfrica1.htm>

<sup>92</sup> UN. Doc. A/39/51 (1987), en vigor el 26 de junio de 1987, y UN. Doc. A/Res/39/49, anexo 39 U.N.GAOR Supp. (núm. 51), p. 197, consistente en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de cuyo artículo 6, 7 y 8 se desprende lo siguiente: Art. 6. “Todo Estado parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si tras examinar la información de que se dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o a tomar otras medidas para asegurar su presencia”. Art. 7. “El Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes”. Art. 8. “Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, se consideran incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición”.

<sup>93</sup> Recordemos que la Unión Africana es la organización supranacional dedicada a incrementar la integración económica y política y a reforzar la cooperación entre los estados miembros. Se encuentra inspirada en el origen y desarrollo de la UE. Para su conformación, se han suscrito entre otros documentos la Declaración de Sirte, Libia, del 9 de septiembre de 1999; el Acta Constitutiva redactada en Lomé, Togo, el 11 de julio de 2000, y el plan para la instauración de la Unión Africana que se aprobó en Lusaka, Zambia, en el año 2001. Cfr. Gabriel Mario Santos Villarreal, *Unión Africana*, Servicios de Investigación y Análisis de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis, México, abril de 2010, pp. 12 y ss.

<sup>94</sup> Javier Dondé Matute, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 139.

Ante la necesidad que se tiene de investigar, enjuiciar, y en su caso, sancionar los delitos de carácter internacional que por su extrema gravedad trascienden y ofenden a la comunidad internacional en su conjunto, se han buscado los mecanismos idóneos para cubrir este requerimiento; es por ello que además de estos juicios contra Abdelbaset Ali Mohamed Al Megrahi y Al Amin Khalifa, por parte de los tribunales de Holanda y de Hissène Habré en Senegal, se tienen también los procesos que se instauraron en contra de Dusko Tadic y de Nikola Jorgic y Novislav Djajic en Alemania, Refik Sarik en Dinamarca, Emmanuel Ntezimana, Alphonse Higaniro, Mumabutera y Zuster Mukangano en Bélgica; sin soslayar los esfuerzos que se llevaron a cabo en Francia para el enjuiciamiento de Javor, Kalinda y Dupaquier.<sup>95</sup>

Las acciones jurídicas que se llevaron a cabo para investigar los hechos delictivos que se les atribuye a estas personas, consideramos que fueron activados con base en este principio de *aut dedere aut judicare*; el cual ciertamente ofrece importantes bondades para que los tribunales nacionales cumplan con esta loable labor, sustentándose en el único punto de conexión, la presencia del probable responsable en su territorio, sin importar la nacionalidad del sujeto activo ni del sujeto pasivo, y menos aún, que los hechos se hayan llevado a cabo en el extranjero; aunque también se debe reconocer que subsisten aspectos que pueden ser perfeccionados, por la presencia en algunos casos, de factores políticos que influyen para la activación de este principio, pero que al margen del resultado que en cada caso se obtenga, consideramos que en un contexto general todos los asuntos efectúan aportaciones importantes para el desarrollo del derecho penal internacional.

### Jurisdicción universal

Este principio se suele confundir con el anterior, sin embargo tienen grandes diferencias, entre otras, está el principio *aut dedere aut judicare* que deriva de una norma convencional internacional, mientras que el de la jurisdicción universal tiene su fundamento en normas generales, en normas consuetudinarias de derecho internacional, cuyo fin es tutelar bienes fundamentales de dicho orden jurídico como delitos graves y los contenidos en normas de *ius cogens*, entre las que se citan las normas de derechos humanos.

La relación que comúnmente se presenta entre estos dos principios también deriva del principio de la responsabilidad penal internacional del indi-

<sup>95</sup> Cfr. Ma. Dolores Bollo Arocena, *Derecho internacional penal*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, España, 2004, p. 465.

viduo, y para esto se considera al Tratado de Versalles de 1919, uno de los precedentes más importantes, al contemplar dos vías para exigir esa responsabilidad individual. La primera vía consistía en el contenido de su artículo 227, que disponía la conformación de un tribunal por jueces designados por EUA, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón, para el enjuiciamiento de Guillermo II; y la segunda vía, en la obligación que se le impuso a Alemania para entregar a los responsables de las violaciones graves de las leyes y crímenes de guerra. Aunque es pertinente señalar que en ambos casos los resultados no fueron satisfactorios, como veremos más adelante.

Se considera que el principio de la jurisdicción universal se ejerce en razón de los crímenes que se cometen, no importando el lugar de la comisión del ilícito ni la nacionalidad de los sujetos activo o pasivo del delito, y en ese sentido es que se parte de que su fundamento se deriva del derecho y el deber de todo Estado de tutelar los bienes esenciales jurídicamente protegidos por el Derecho Internacional, aquellos que tienen un carácter fundamental para la comunidad internacional son bienes jurídicos universalmente reconocidos, por lo que cualquier Estado, en tanto miembro de dicha comunidad, debe considerarse legitimado para preservarlos.

Encontramos antecedentes desde el siglo XVII, en el que Grocio ya señalaba que los soberanos y aquellos que se encuentran investidos con un poder igual tienen derecho a castigar no sólo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también las que no les conciernen, por tratarse de graves violaciones a la ley natural.<sup>96</sup> En el siglo XVIII, tal como lo hemos señalado, Beccaria se inclinó a favor del principio de territorialidad, con la conocida frase de “el lugar de la pena es el lugar del delito”, y consideraba lo que ahora conocemos como principio de jurisdicción universal como mecanismo que instituía a los jueces como vengadores de los agravios a la humanidad.<sup>97</sup> El principio de jurisdicción universal se ha hecho presente en otros tiempos, tal como precisaremos más adelante con algunos casos específicos; sin embargo, es después de la Segunda Guerra Mundial cuando adquiere mayor importancia, aunque logra su auge con los tribunales españoles, durante el periodo comprendido de 1998 a 2009, de lo cual nos ocuparemos en el capítulo tercero, cuando entremos al estudio de la dimensión internacional que llegan a adquirir los tribunales nacionales, a través de sus resoluciones.

Este principio de la jurisdicción universal también lo encontramos im-

<sup>96</sup> Cfr. Ángel Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41.

<sup>97</sup> Cfr. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos*, *op. cit.*, p. 51.

pública o expresamente en instrumentos internacionales como el Convenio sobre el *Apartheid* de 1973 al establecer en su artículo 5 el enjuiciamiento de los inculpados por un tribunal competente de cualquier Estado parte de la Convención que tenga jurisdicción sobre ellos; y en los Convenios de Ginebra de 1958 y de Jamaica de 1982, en la materia de “piratería”, al establecer en sus respectivos artículos 19 y 105 el reconocimiento de la posibilidad de enjuiciamiento por los tribunales del Estado que haya apresado a los presuntos piratas en alta mar.

Como se puede apreciar, el principio de la jurisdicción universal exige que el delito de que se trate sea grave, además de la coincidencia del interés de la comunidad internacional en investigar, enjuiciar, y en su caso, condenar por ese determinado delito. Se considera que este principio se encuentra insertado en una cláusula que regularmente es incorporada en los tratados de DPI, que en esencia, señala que “no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el Derecho interno”. También se considera incluido en algunos convenios en materia de seguridad aérea y marítima, en determinadas prácticas y actividades relacionadas con el terrorismo, así como en los instrumentos suscritos a partir de la década de los ochenta, entre los que destacamos las materias de narcotráfico, delincuencia organizada transnacional y tortura.<sup>98</sup>

### Jurisdicción internacional

La jurisdicción internacional es aquella que surge del deseo de los estados de crear instancias supranacionales para investigar los hechos clasificados como delitos de extrema gravedad y de carácter internacional, y en su caso, castigar al responsable. Entre los antecedentes de este principio encontramos los tribunales *ad hoc* que han existido, principalmente el de Núremberg, cuyo ejercicio judicial inició bajo los parámetros del principio de jurisdicción universal y ha evolucionado hasta dar paso a uno de jurisdicción internacional con la creación de la Corte Penal Internacional.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> Kai Ambos, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 93. F. J. Dondé Matute, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 115 a 131. Ángel Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, op. cit., pp. 68, 69 y 94. Precisa el autor que en materia de criminalidad transnacional son también numerosas las legislaciones nacionales que reconocen la jurisdicción universal respecto de la piratería, la trata de esclavos o el narcotráfico. También existen legislaciones nacionales que contemplan este principio de jurisdicción universal por diferentes prácticas terroristas que son consideradas en convenios internacionales.

<sup>99</sup> Cfr. Javier Dondé Matute, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 140 y 141. Alejandro J. Rodríguez Carrión, clasifica al mecanismo que activa la CPI como “jurisdicción universal” en su

Esto es así, tomando en cuenta que la competencia de la CPI se actualiza ante la comisión de los delitos de extrema gravedad, que ocasionan a la humanidad daños especialmente lesivos, y por lo tanto, es generalizado el interés de la comunidad internacional en investigar los delitos y en sancionar a los responsables de su comisión. Es precisamente este conjunto de aspectos los que han conducido el esfuerzo mundial para lograr el establecimiento de este tribunal penal; que bajo un sano respeto a los principios de la igualdad soberana y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, se ha logrado poner en marcha a la CPI para la implementación del principio de jurisdicción internacional, que por su naturaleza, sustento jurídico y la autonomía de que debe estar provista, se considera que superará los aspectos que en algunas circunstancias no permiten la activación oportuna de los anteriores principios —*aut dedere aut judicare* y de jurisdicción universal— o, en su caso, por cuestiones de carácter extrajurisdiccionales no se logra el resultado satisfactorio que la comunidad internacional espera de ellos.

Considerando la fuente de inspiración que presenta este principio de justicia internacional, que es la de una auténtica procuración y administración de la justicia penal de alcance planetario, a través de un tribunal permanente e independiente, que ahora lo podemos palpar mediante la figura de la CPI, con una competencia inédita en toda la historia de la humanidad, que precisamente derivado de su origen y la expectativa que se tiene de ella deberá desplegar su facultad jurisdiccional al margen de factores de cualquier naturaleza, que en algunos casos han inhibido la activación de los principios *aut dedere aut judicare* y de jurisdicción universal por medio de los tribunales nacionales.

No se omite precisar que, inicialmente, se manejó el vocablo de universal o universalista para referirse a la competencia de la CPI;<sup>100</sup> sin embar-

artículo “Aspectos procesales más relevantes presentes en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales”, en Francisco Javier Quel López, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2000, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, pp. 171 y ss.

<sup>100</sup> Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional, justicia versus impunidad*, op. cit., p. 108. En cuanto a la articulación de la jurisdicción internacional de la CPI, nos señalan las autoras que de las distintas opciones que se plantearon durante su concepción resalta la posición “voluntarista” que consideraba el consentimiento del Estado como única forma para el establecimiento de su competencia. La posición “universalista” atribuía facultad a la CPI para conocer de todos los crímenes descritos en el Estatuto. La tendencia “realista” se caracterizó por otorgar al CS un papel preponderante en el ejercicio de dicha acción penal. Por último, “la legalista”, que abogaba por el manteni-

go, ante el contenido del ER y el contexto general de las normas y la doctrina internacionales, nos permiten desarrollar un planteamiento en estos términos. A este respecto, Quesada Alcalá nos precisa que la jurisdicción penal internacional supone el ejercicio de la función judicial de una instancia internacional,<sup>101</sup> como la de la CPI, la cual no se excluye respecto de la jurisdicción universal implementada por los tribunales nacionales, sino que son compatibles, mediante el principio de la activación complementaria de la competencia de la CPI; nos referimos en este sentido desde luego únicamente a los delitos de la competencia de este tribunal. En este mismo sentido se pronuncia Rodríguez Carrión al analizar algunos aspectos de carácter procedimental entre la jurisdicción internacional y la jurisdicción universal,<sup>102</sup> esto es, el ejercicio judicial de los tribunales internacionales y el de los tribunales domésticos.

La activación de este principio de jurisdicción internacional también se puede realizar conforme a los artículos 8 y 9, respectivamente, de los estatutos de los tribunales internacionales para Ruanda y para la ex Yugoslavia, al señalar estos numerales que tanto estos dos tribunales y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a los que hayan cometido violaciones graves del DIH —en los territorios y tiempo que cada uno de ellos precisa. Bajo estas circunstancias, Bollo Arocena sostiene que para conocer de los delitos que refieren los citados estatutos no se actualiza exclusivamente el principio de jurisdicción internacional de los citados tribunales *ad hoc*, sino que también pueden participar los tribunales nacionales en la investigación de los delitos referidos en los estatutos de que se trata;<sup>103</sup> consideramos que en este caso los tribunales estatales actúan a través del principio de jurisdicción universal, por las razones expuestas anteriormente.

En este orden de ideas, se estima que el principio de la jurisdicción internacional es diferente de los dos mecanismos analizados previamente, tomando en cuenta que su activación se ha ejercido por diversas instancias internacionales, que han sido creadas de distintas maneras, pero siempre fundadas en la voluntad de un número indeterminado de Estados cuya fina-

miento de la integridad judicial de la Corte, por encima de cualquier consideración política. También encontramos consideraciones a este respecto, en Francisco Javier Quel López. "Creación de una jurisdicción penal internacional", *loc. cit.*, pp. 139 y ss.

<sup>101</sup> Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja, Valencia, 2005, p. 386.

<sup>102</sup> Alejandro J. Rodríguez Carrión, *Creación de una jurisdicción penal internacional*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>103</sup> Ma. Dolores Bollo Arocena, *Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 465.

lidad común es la de investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales en nombre del grupo de estados en cuestión, y actualmente la CPI nace y encuentra en el DPI un instrumento jurídico a través de este mecanismo de la jurisdicción internacional, que es activado en una dimensión distinta a las anteriores en virtud de que este tribunal presenta un origen diferente, una estructura incomparable y un alcance superior; de tal manera que si bien este principio de jurisdicción internacional es el de menor tiempo en el mundo jurídico, no se debe soslayar que la CPI nace con una fortaleza estructural que no tiene precedente en el campo penal, por lo que se esperan de ella resultados determinantes y convincentes.

#### LA SOBERANÍA NACIONAL ANTE LA JURISDICCIÓN DE UN TRIBUNAL SUPRANACIONAL EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL

Es incuestionable que la soberanía es la fortaleza de todo Estado democrático,<sup>104</sup> y aun cuando en ella se sustenta el nacimiento del Derecho Internacional se observa que conforme éste se desarrolla aquélla se relativiza. Este fenómeno político-jurídico podemos apreciarlo con toda claridad desde la Primera Guerra Mundial, con el nacimiento de la Sociedad de Naciones, que a la vez dio vida a una discreta y efímera jurisdicción penal internacional, mediante la coincidencia temporal de voluntades de algunos estados para su implementación.<sup>105</sup> Ante la imposibilidad de la Sociedad de Naciones para evitar la Segunda Guerra Mundial, dio paso durante esta confrontación al establecimiento de la ONU, que por su estructura y funcionamiento modifica sustancialmente el concepto de soberanía.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Norberto Bobbio, *Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política, op. cit.*, p. 69. El autor precisa que el comienzo de la Edad Moderna se produce con la doctrina de los derechos naturales que pertenecen a cada individuo, y que estos derechos preceden a la formación de toda sociedad política y, por lo tanto, toda estructura de poder que la caracteriza, y a la sociedad política, como un producto voluntario de los individuos que deciden, por un acuerdo recíproco, vivir en sociedad e instituir un gobierno.

<sup>105</sup> La Sociedad de Naciones fue constituida por un total de 63 estados, los cuales fueron encabezados por la Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia. Cfr. F.P. Walters, *Historia de la Sociedad de las Naciones*, trad. de Federico Fernández de Castillejo, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 56 y 57.

<sup>106</sup> Recordemos que de los 204 países oficialmente reconocidos en nuestro planeta, 192 se encuentran incorporados a la ONU. <http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>, los cuales representan 94.1%, que sin lugar a dudas es la organización más importante a juzgar por el número de sus miembros y por el alcance de los instrumentos que adopta.

El cambio que se presenta en la noción de la soberanía ante el nacimiento de este organismo internacional se debe esencialmente a factores como el desarrollo progresivo que en su codificación experimenta el Derecho Internacional, mediante la instrumentación de un importante número de tratados, que han sido adoptados por la mayoría de los estados que conforman la comunidad internacional, incorporándolos a su sistema jurídico, en un determinado nivel jerárquico de su legislación.<sup>107</sup>

Para el Derecho Internacional resulta intrascendente el nivel que se le asigna a estos instrumentos internacionales en la estructura jerárquica de las legislaciones domésticas pues, en virtud de la suscripción o adopción que de

<sup>107</sup> En el contexto internacional, se han detectado cuatro niveles en los que son ubicados los tratados internacionales en materia de DI, en el sistema jurídico de los diferentes estados, a saber: 1. supraconstitucional; 2. constitucional; 3. suprallegal, y 4. legal. En cuanto al primero, los tratados prevalecen respecto de la Constitución del Estado, tal es el caso de los Países Bajos, que en su Ley Suprema de 1956 se establece expresamente que si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de su Constitución; aunque posteriormente, en 1983, fue modificado para establecer que cuando los tratados se contrapongan a la Constitución deben ser aprobados por las dos terceras partes. En el segundo supuesto se equiparan los tratados internacionales con la jerarquía de la Constitución, lo cual prevalece en la Constitución Federal de 1994 de la República de Argentina. La misma situación se presenta en la República de Venezuela al disponer su artículo 23 que los tratados en materia de DI prevalecen en el orden jurídico interno en la misma jerarquía que la Constitución. El tercer supuesto considerado como *suprallegal* se traduce en que los tratados en materia de DI tienen primacía sobre la legislación secundaria, pero no así respecto de la Constitución; tal es el caso de Alemania, Italia, Francia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Colombia y México. En cuanto a España, se establece en el artículo 91.1 de su Constitución que los tratados internacionales válidamente celebrados formarán parte del ordenamiento interno y sus disposiciones podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados. Por último, algunas Constituciones otorgan a los tratados internacionales la misma jerarquía que las leyes secundarias, como es el caso de Ecuador y Uruguay, que no obstante la imprecisión en este sentido de sus respectivas leyes fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que los tratados tienen rango de ley secundaria. Cfr. Carlos Manuel Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, FUNDAP, México, 2003, pp. 62 y ss. Estados Unidos de América también se ubica en esta cuarta clasificación al reconocerlo así mediante jurisprudencia derivada del texto del artículo VI de su Constitución Federal. Prior Debts, National Supremacy, and oaths of office, Clause 1. All Debts contracted and Engagements entered into, before the Adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation. Clause 2. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby; any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

ellos hacen los estados, está implícito el compromiso de cumplir de buena fe sus mandatos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.<sup>108</sup>

El desarrollo progresivo del Derecho Internacional impacta en la soberanía de cada Estado cuando se adoptan las normas internacionales y se incorporan de manera ineludible a su legislación, tal como se observa en la regulación internacional de las actividades marítimas para la protección del medio ambiente, la relativa a intercambios comerciales, y por razón de nuestro tema subrayamos el rubro de la procuración y administración de la justicia internacional, especialmente en las materias penal y de DH; de este último rubro, apreciaremos en nuestro estudio, que los instrumentos internacionales en la materia tienen presencia e impactan en la soberanía nacional de cada Estado, aun sin necesidad de adoptarlos, precisamente por el carácter de universalidad del que se encuentran previstos y por la observancia de los principios *pro homini* y de *ius cogens*.

Recordemos que una de las facultades soberanas más relevantes de los estados es la función jurisdiccional, la cual está basada en el concepto mismo de soberanía estatal, de ahí que resulta natural que surgieran los criterios tradicionales para la asunción de competencia en materia penal,<sup>109</sup> donde el más notorio es el de la territorialidad. Sin embargo, ante el surgimiento de un nuevo orden jurídico como lo es el internacional, dichos criterios de competencia, al igual que el concepto de soberanía, hubieron de sufrir un

<sup>108</sup> Cfr. Hermilo López-Bassols, *Los nuevos desarrollos*, *op. cit.*, pp. 214 y 215. Se entiende como responsabilidad internacional la que se origina en las conductas violatorias de las normas de Derecho Internacional. Al ser el Estado sujeto de Derecho Internacional, su responsabilidad en este contexto puede provenir de conductas violatorias que atacan a personas, bienes o derechos de otros estados protegidos por normas internacionales. Como todo orden normativo, cuando se da una infracción al cumplimiento de las obligaciones internacionales surge un mecanismo de reacción que exige que el Estado responsable repare el daño causado. Se trata sin duda de uno de los problemas más complejos e importantes del Derecho Internacional Público.

<sup>109</sup> Cfr. Javier Dondé Matute, *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 109-111. Precisa el autor que fundamentalmente son con base en los siguientes principios, a saber: 1) *de la territorialidad*, y en ese sentido, un Estado soberano se encuentra facultado para juzgar las conductas de los individuos que se encuentran en su territorio —tierra, mar y espacio aéreo— o en lo que se considera con la extensión del mismo —embajadas, consulados, buques, aeronaves, etcétera—; 2) *de la personalidad pasiva o activa*, conforme a este criterio, el Estado expresa su soberanía al conocer de los delitos cometidos por sus nacionales o en contra de los mismos; y 3) *el de protección o de interés*, cuando los tribunales de un Estado se consideran competentes respecto de delitos cometidos en el extranjero, aun siendo cometidos por extranjeros y contra extranjeros, siempre que se busque que los efectos del delito tengan lugar en el territorio del Estado o contra los intereses de éste.

cambio e incluso, en algunas ocasiones, ser sustituidos por otros criterios, que en la doctrina se les conoce como “principios extraterritoriales”, a saber: el principio *aut dedere aut judicare*, el de la jurisdicción universal y el de la jurisdicción internacional, que vinieron a limitar significativamente o, incluso, a desplazar el ejercicio de esta facultad soberana de los estados.<sup>110</sup>

En este sentido, se destaca la adopción del ER que se considera el mayor indicativo de la evolución de los principios competenciales en materia penal, como lo es el principio de jurisdicción internacional, que hasta a mediados del año 2011 habían reconocido y adoptado 114 países de los 193 que son miembros de las NU, pues con este acto internacional se incorporaron a una legislación que lleva implícita la aceptación de este principio de competencia jurisdiccional de un tribunal que es ajeno a su conformación estatal. Implica que esos estados aceptaron que también se pudiera juzgar a los miembros de su población por conductas probablemente ilícitas que desplegaran en su propio territorio por parte de un tribunal ajeno a ellos.

Esta situación conforma un claro fenómeno jurídico que incide directamente en la soberanía de cada Estado, dejando para el registro de la historia universal aquella etapa de preeminencia de la soberanía, cuya noción era el poder *supra* humano de verdadero y único legislador, el poder originario y supremo en un determinado territorio, o de pensamientos en el sentido de

<sup>110</sup> *Ibidem*, pp. 113 y 141. El maestro Juan Manuel Portilla Gómez y Andrea Paula Hernández y Rojas, “La evolución y la efectividad de los tribunales penales *ad hoc*” (DE: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2790/10.pdf>), pp. 207 y 208, consideran que tratándose de crímenes que lesionan a la humanidad en su conjunto o cuando constituyen graves violaciones al Derecho Humanitario se invoca el concepto de jurisdicción penal internacional y este tipo de jurisdicción ya no se determina bajo la soberanía estatal sino que deriva de mecanismos instrumentados por los estados para juzgar a individuos responsables de tales conductas. Mercedes García Arán y López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal, el caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63 y ss., coinciden en señalar que el principio *aut dedere aut judicare* lo encontramos en tratados internacionales, donde los estados partes en armonía con sus legislaciones nacionales la ejercen, de ahí que se la asimile a la jurisdicción universal, aun cuando la diferencia con este último principio es de que el primero tiene su fundamento en una facultad prevista por el Derecho convencional, por un tratado inter partes, mientras que el segundo principio está fundado en una norma internacional general, en el Derecho Internacional no necesariamente convencional. El principio de la jurisdicción universal, por su parte, consiste en el ejercicio de la competencia de un Estado en razón de la comisión de un crimen internacional, sin importar el lugar de la comisión, la nacionalidad de los sujetos pasivo o activo o los efectos de los mismos. Finalmente, el principio de la jurisdicción internacional, que es en el que se sustenta la CPI, si bien encuentra su fundamento jurídico en el acuerdo de voluntades de los miembros de la Comunidad internacional de constituir un tribunal, se erige como una instancia internacional, supranacional, según se desprende del Estatuto de Roma.

que la soberanía conquistaba libertades y convertía al hombre en dueño de su destino, o como una unidad decisoria universal de poder supremo de los estados hacia el interior, o también considerada como la cualidad de un poder humano, y éste, a su vez, la fuente única del derecho;<sup>111</sup> inclusive, en algunos casos —tal como lo hemos señalado—, aun cuando el Estado no las adopte formal y jurídicamente.

Esta tendencia actual nos conduce a un nuevo orden mundial, derivado del desarrollo progresivo que se aprecia en la codificación del Derecho Internacional, muy especialmente por la preocupación generalizada para la protección de los derechos humanos, y la búsqueda y mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Se impone necesariamente, con esta inercia, una situación que se traduce en la superación del concepto de soberanía desde la perspectiva en la que se ha constatado hasta antes de la Segunda Guerra Mundial.

En este orden de ideas, las NU establecen, efectivamente, que existe el propósito de fomentar entre las naciones un acercamiento de amistad basado en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos;<sup>112</sup> sin embargo, en la aplicación de los acuerdos en el seno de esta organización internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Carta de San Francisco, la decisión recae, muy a menudo, en el reducido grupo de los cinco miembros permanentes del CS, lo cual implica que las decisiones las tome finalmente este pequeño sector de la comunidad mundial.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> Cfr. Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 82. También coincide, en este sentido, el maestro Mario de la Cueva, en el estudio preliminar que hace de la obra de Hermann Heller, *La soberanía*, *op. cit.*

<sup>112</sup> Artículo 1º de la CNU, de 26 de junio de 1945, en la que también se establece como propósitos de la ONU: la realización de la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y en el estímulo del respeto a los DH y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de razas, sexo, idioma o religión; así como servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

<sup>113</sup> Se precisa en este artículo 23 que el CS se compondrá de 15 miembros de las NU: la República de China, Francia, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ahora Rusia, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América. La AG elegirá otros diez miembros de las NU que serán miembros no permanentes del CS, prestando especial atención, en primer término, a la contribución de los miembros de las NU al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás propósitos de la Organización, como también a una distribución geográfica equitativa. Finalmente, precisa que los miembros no permanentes del CS serán elegidos por un periodo de dos años. En la primera elección de los miembros no permanentes, que se celebre después de haberse

Esta situación predominante en la cúpula de la política internacional es representativa de la falta de equidad y democracia en la toma de decisiones en este nivel, ya que no obstante algunas medidas de carácter político que se han propuesto para incrementar el número de miembros del CS, las decisiones de este organismo siguen siendo adoptadas por ese sector minoritario. Este mecanismo de toma de decisiones con efectos legislativos en el ámbito internacional implica un impacto significativo en la soberanía de cada Estado, independientemente de que participe o no en su conformación, o de que lo acepte conforme a lo dispuesto por las normas del Derecho Internacional.<sup>114</sup>

Esta dinámica internacional ha sido materia de debates, como el que sostienen Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo, al establecer el primero que con esta tendencia la sociedad se encamina a la necesaria superación de la soberanía estatal desde la perspectiva de la ciudadanía universal y de la construcción de una democracia constitucional de dimensión planetaria, y que solamente una jurisdicción penal internacional podría garantizar el orden mundial.<sup>115</sup> Por su parte, Danilo Zolo señala algunos inconvenientes ante una estructura de poder global, por considerar que de esta manera únicamente se penalizarían a los sujetos o miembros de los estados más débiles, y que la CNU es el resultado de un pacto fundamental entre pueblos para la creación de un orden mundial, mediante la extinción de la soberanía de los estados nacionales en vías de desarrollo.<sup>116</sup>

aumentado de 11 a 15 el número de miembros del CS, dos de los cuatro miembros nuevos serán elegidos por un periodo de un año. Los miembros salientes no serán reelegibles para el periodo subsiguiente.

<sup>114</sup> De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, se establece que con base en los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los DH y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de los derechos y libertades, los estados actúan en el contexto nacional e internacional en el pleno ejercicio de su facultad soberana; siempre y cuando no afecte los intereses de otros estados y los derechos de sus gobernados.

<sup>115</sup> Ferrajoli también presenta esta tesis como basada en la noción que formaliza los derechos fundamentales al señalar que deriva de la naturaleza supranacional sobre los que la democracia constitucional planetaria debería fundarse. En la que precisa que este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial, de la que posteriormente surgió el actual constitucionalismo con la CNU, del 26 de junio de 1945, la Declaración Universal de 1948, la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República Federal alemana de 1949. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 52 y ss.

<sup>116</sup> Danilo Zolo, "Derechos de libertad y ciudadanía universal", en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 101 y 102. Considera, este tra-

Ambos tratadistas presentan argumentos congruentes con sus respectivas posturas en cuanto al origen, procedimiento y objetivos de las NU, y la manera en que sus funciones repercuten en la soberanía de los estados. Actualmente también se incorpora a esta estructura mundial la CPI, ya que su facultad jurisdiccional también tendrá efecto en la soberanía de los estados. En este orden de ideas, apreciamos que Ferrajoli considera que el desarrollo que presenta el DPI es positivo para la comunidad mundial, y que la jurisdicción penal de esa dimensión representa una mejor opción para garantizar el orden a ese nivel. Al respecto, Danilo Zolo señala que el panorama que presenta su contemporáneo es peligroso para la sociedad, en razón del origen de la ONU y su objetivo de suprimir las soberanías de los estados débiles.

Es evidente que la sociedad se encuentra en un cambio de paradigma, provocado por el desarrollo progresivo que presenta el Derecho Internacional en materia de DH, cuya base se ubica en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, y no obstante que le precede la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada el 2 de mayo de ese mismo año, y que aquella deriva a su vez de la CNU de 1945, la praxis del Derecho Internacional público en los últimos años le reconoce la calidad de instrumento jurídico internacional vinculante e ineludible para la reafirmación del Estado democrático moderno,<sup>117</sup> al

tadista, que se ha limitado la soberanía de los estados más débiles y se ha exaltado el principio de la soberanía, concentrándolo en el vértice de la jerarquía mundial del poder y la riqueza. De esta forma, la soberanía internacional de algunas superpotencias —casi en exclusiva EUA— habría adquirido caracteres absolutos e ilimitados, al aparecer asistida, además del poder económico y de las armas, por la *legitimación formal del Derecho Internacional*; por lo que considera que la CNU no ha representado ningún giro importante respecto al pasado; por lo que resulta poco fundada la expectativa de que la concentración de la soberanía en el vértice de un sistema político global pueda tener como efecto una subordinación más eficaz del poder internacional a las reglas del Derecho y que pueda favorecer una más amplia tutela de los derechos del hombre; y cierra la idea precisando que “todo el desarrollo del Estado de derecho y del Estado constitucional aparece indisolublemente unido a la afirmación del Estado nacional moderno contra el universalismo político y espiritual de la Iglesia romana y del Imperio. La soberanía pertenece a la modernidad [...] No puede negarse totalmente que la ciudadanía nacional sea la transcripción en términos político-jurídicos de situaciones de exclusión, pero la ciudadanía no es sólo eso, ni la idea de nación y de Estado nacional puede ser rechazada como un vestigio oscurantista del pasado [...] Sólo el Estado nacional puede garantizar una relación óptima entre extensión geopolítica y lealtad de los ciudadanos”.

<sup>117</sup> La CNU establece, en su artículo 1º, que los propósitos de las NU son: Mantener la paz y la seguridad internacionales [...] Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos [...] Realizar la cooperación internacional [...] y en el desarrollo y estímulo

grado de que hoy en día constituye el punto de referencia más importante para desarrollar el tema de los DH ante el cúmulo de tratados que en esta materia se han adoptado, por conducto de los órganos universales, regionales y comunitarios.

Ante la instrumentación de los tratados por esta estructura global que conforman las organizaciones supranacionales, se presenta una innovación en el esquema político-jurídico de los estados modernos, en razón de que por cada tratado que suscriben y ratifican se presenta un efecto en su sociedad, gobierno y/o territorio, que incide directamente en la noción de soberanía. Estimamos que de esta circunstancia deriva la preocupación de Danilo Zolo al expresar que una estructura de poder mundial reprimiría las diferentes culturas de la humanidad, penalizaría a los sujetos más débiles y reduciría la complejidad de las estructuras políticas intermedias. Desde esta óptica se infiere un desacuerdo con un organismo jurisdiccional de alcance planetario, como el que representa la CPI, y que se inclina por un “derecho mínimo que sea capaz de coordinar a los sujetos de la política internacional según una lógica de subsidiariedad normativa respecto de la competencia de los ordenamientos estatales”.<sup>118</sup>

En la idea de fortalecer la soberanía de los Estados, Danilo Zolo reitera su inquietud por el hecho de que las organizaciones internacionales que encabezan esta evolución jurídica, como las NU y la UE, carecen de toda estructura constitucional, y se encuentran al margen de la “lógica de la división de poderes”.<sup>119</sup> Se considera que la tendencia que marca algunas circunstancias de la política que se ha seguido para la atención de ciertos asuntos internacionales por estos organismos, aporta mayores elementos para impulsar este tipo de turbación político-jurídica.

del respeto a los derechos humanos”. Se considera que la preeminencia que se le otorga a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional público —no obstante que la Declaración Americana le preceda en cuanto a temporalidad se refiere— especialmente cuando se estudia el tema de la protección de los derechos fundamentales, se le atribuye por su numerosa aceptación.

<sup>118</sup> Danilo Zolo, “Derechos de libertad y ciudadanía universal”, en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 100. En este sentido, agrega el autor que prefiere un desarrollo policéntrico y conflictivo de las relaciones internacionales más que por “este modelo globalista, una visión que revalorice la relación entre los principios jurídicos y las diferentes entidades culturales, entre la paz y la autonomía nacional, entre la tutela de la libertad y la soberanía del Estado de Derecho”.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 102. También señala Danilo Zolo que el “poder político concentrado es peligroso para la libertad que cualquier poder dividido, diferenciado y próximo a los contextos culturales, políticos y económicos en los que se ejercita”.

Lo anterior es así, considerando que comúnmente se toman decisiones, de manera específica por las NU, respecto de los asuntos que inciden a menudo exclusivamente en aquellos estados que no disponen de la sólida estructura ni la economía tan desarrollada, como de los miembros permanentes que conforman su CS; inclusive, consideramos que la intranquilidad que plasma Danilo Zolo se ve incrementada ante la discreta reacción de esta propia organización ante la postura que asumen algunos de los propios miembros de dicho Consejo, que infringen flagrantemente la soberanía de algunos estados y agravan la integridad y la dignidad de sus habitantes.

Precisamente, el panorama y la tendencia que presenta este nuevo orden mundial, y, de manera concreta, la situación de *supra* ordenación que se describe en los párrafos que anteceden, motivaron de manera importante el desarrollo del presente estudio, pero no obstante las circunstancias adversas que se visualizan hoy en día hacia diferentes puntos del planeta y otros acontecimientos que se han presentado después de junio de 1945, consideramos necesario desplegar dos acciones simultáneas: por un lado, recurrir a un porcentaje adicional de tolerancia para mantener la constancia que le ha caracterizado mayoritariamente a la comunidad internacional por su deseo de lograr una verdadera armonía universal, y, por otro lado, mantener la persistencia para la implementación de un mecanismo internacional que comprometa válida y coercitivamente a los miembros de las NU de manera integral, inclusive, que tal mecanismo establezca sanciones más efectivas en caso de incumplimiento.

El panorama mundial de los últimos años permite sostener en este trabajo que el deseo para esta realidad no constituye un elemento aislado ni tampoco representa un anhelo singular para que las políticas internacionales de agresión y las conductas que llevan implícitos serios agravios a la vida, a la libertad, a la integridad física y psicológica de inocentes sean las últimas que queden impunes. La fuente de inspiración de esta actitud radica en los importantes resultados efectivos que han brindado las NU para el apoyo a los sectores menos favorecidos de la humanidad, y otros tantos que han repercutido favorablemente para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Ante el resultado de los razonamientos de esta naturaleza, que conducen a la conclusión, en el sentido de que la CPI se ha instituido como el elemento fundamental para tener a corto plazo una expectativa de justicia universal, por representar el triunfo de un importante sector de la sociedad internacional que busca un trato igualitario entre estados, y una real protección de los derechos fundamentales de las personas humanas;<sup>120</sup> por lo que se estima

<sup>120</sup> Cfr. Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 319.

que en un plazo perentorio se diluyan del contexto jurídico internacional, de naturaleza penal, los intereses políticos que encontramos en el ER, tal como el contenido de su artículo 16, al facultar al CS de las NU para ordenar a la Corte a suspender una investigación o enjuiciamiento, al margen de que se cuente o no con los elementos de hecho y de Derecho para el pronunciamiento jurisdiccional de este órgano legalmente constituido.

La tendencia internacional de la actualidad sugiere una mejor dirección mundial, ya que aun en el caso de que la CPI haya nacido por las acciones que se diseñaron desde el seno del CS, y que constituya un factor limitante de la soberanía estatal, con mayor dedicación e incidencia hacia la facultad soberana de aquellos estados en vía de desarrollo, e indirectamente magnifique la noción de soberanía del reducido grupo que conforma dicho Consejo. De tal manera que si la facultad jurisdiccional se aplica en razón de tendencias políticas de los estados poderosos hacia las soberanías débiles —a juzgar por su poder económico y su capacidad bélica— el esfuerzo internacional debe ser de mayor intensidad y continuidad, lo cual no se diferencia de la histórica evolución de la humanidad, que se ha caracterizado por la continua lucha por la supervivencia y por la libertad. Diría Goethe en esta situación: “sólo merece la vida y la libertad aquel que tiene que conquistarlas todos los días”.<sup>121</sup>

LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL  
Y LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES.  
ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Al tocar el tema de la autonomía jurisdiccional e independencia judicial llegamos a uno de los aspectos más importantes del entorno teórico conceptual que nos propusimos, el cual fue iniciado con el concepto de “soberanía”, en el marco del principio de la división de poderes, del Estado

<sup>121</sup> Johann Wolfgang Goethe, *Fausto*, acto número V, 6ª escena, v. 63. La escena se contextualiza en un pensamiento que pareciera estar dedicado a esta época, a esta circunstancia de la humanidad, a más de dos siglos y medio de haber sido redactado: “[...] Abro espacio a millones de hombres, en los que tal vez no estén seguros, pero sí podrán estar activos y libres. La campiña es verde y fértil, los hombres y los rebaños se han aposentado en esta novísima tierra junto a la parte más sólida de esta colina, levantada por un pueblo audaz y laborioso [...] Vivo entregado a esta idea, es la culminación de la sabiduría [...] Quiero ver una multitud así, vivir en una tierra libre con un pueblo libre. Entonces podría decir en este instante: Detente, eres tan bello”.

moderno,<sup>122</sup> para continuar con el concepto de jurisdicción desde el punto de vista de los tribunales en general. Posteriormente, analizamos este concepto teniendo presente la figura de la CPI, sustentando los argumentos en los principios jurídicos elementales, en un marco de la doctrina jurídica que nos precede por siglos, considerando que la raíz de nuestro sistema jurídico se encuentra en el Derecho romano.<sup>123</sup>

Después de varias etapas históricas de la humanidad, previas a la era cristiana, actualmente hablamos de una “dogmática jurídica”, que de entrada constituye una expresión compleja, tanto que la podemos comparar con el propio crecimiento estructural y funcional que ha experimentado desde el siglo XIX el sistema jurídico de cada Estado, especialmente en lo que se refiere a las ramas del Derecho público, constitucional, penal, administrativo y privado; atribuible todo ello al fortalecimiento que ha presentado el Estado constitucional, y al desarrollo de la función estatal con la progresiva intervención de la administración pública en la vida de los gobernados, a grado tal que se ha recurrido al establecimiento de organismos autónomos para supervisar la actividad de ese sector, que detenta el poder, con el propósito de transparentar la tarea que tiene encomendada.<sup>124</sup>

A través de la historia encontramos algunas circunstancias que nos permiten ilustrar brevemente el concepto de “autonomía”, como la medida implementada inicialmente por los romanos en sus campañas de conquista, que optaban por establecer tratados de alianza con los territorios que sometían, permitiéndoles conservar sus instituciones, leyes y gobiernos.

<sup>122</sup> Cabe precisar que este principio de la división de poderes se rompe en el sistema jurídico de Inglaterra y de EUA, ya que se permite que sus tribunales constituyan su principal fuente de Derecho mediante los precedentes; por lo que tal principio se encuentra lejos de ser absoluto y universal, al ser susceptible a la configuración constitucional de cada país, pero que la potestad jurisdiccional recae generalmente en los jueces y tribunales. Cfr. Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 302 y 303.

<sup>123</sup> Raúl Lemus García, *Derecho romano*, Limusa, México, 1979, pp. 9 y 15. Precisa el autor que el universo jurídico no se configura ni se comprende de manera íntegra sin el Derecho romano, el cual tuvo su vigencia por más de 12 siglos, desde la fundación de Roma, en el año 753 a. C., hasta la muerte de Pedro Flavio Justiniano, en el año 565 de nuestra era.

<sup>124</sup> Francisco J. Jiménez de Cisneros Cid, *Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico*, estudio preliminar de Alfredo Gallego Anabitar, “De los establecimientos públicos y otras personas jurídico-públicas en España (Materiales)”, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid, 1984, pp. XII y XIII, quien agrega que un ejemplo muy notable de la importancia del concepto y de la definición para el desarrollo del saber jurídico es el caso de los organismos autónomos, que constituye una expresión dominante en el Derecho administrativo de España al inicio de la segunda mitad del siglo XX.

Esta situación fue modificándose paulatinamente, conforme el Senado romano les iba enviando sus leyes, por lo que en tales circunstancias aquellas ciudades fueron perdiendo su autonomía, precisamente por la continua intervención del gobierno romano en sus estructuras políticas, sociales y económicas, hasta que se diluyó ante la abierta implantación de la legislación imperialista.<sup>125</sup>

La raíz etimológica del concepto autonomía proviene del griego *autonomoi*, y que pasó al latín en los términos que actualmente lo conocemos, cuyo significado implica la potestad que dentro de un Estado tienen los municipios, provincias, regiones u otras entidades para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios; también se entiende como la condición de guía para ciertas cosas en el sentido de no depender de nadie.<sup>126</sup>

En un sentido más amplio, la autonomía constituye el poder de los individuos o de los entes colectivos para darse un ordenamiento propio en el marco de otro superior. En este orden de ideas, el concepto de autonomía se contrapone al de soberanía, por tratarse de un poder limitado por el propio ordenamiento que lo confiere y en cuyo marco se ejercita, y no de un poder supremo como el que la soberanía implica.

El concepto de autonomía implica necesariamente una cuestión de carácter administrativo, y en ese sentido este concepto va ligado a las instituciones, de ahí que el *Diccionario Jurídico Mexicano* defina al vocablo “autonomía administrativa” como “independencia de acción entre órganos u organismos de la administración pública”, y agrega que “goza de ella el órgano que no está subordinado a las decisiones de otro, por ley”.<sup>127</sup> De tal manera que puede aplicarse el término para las comunidades autónomas, a los particulares en su potestad de negocios, la universitaria, la de los muni-

<sup>125</sup> Cfr. Teodoro Mommsen, *Derecho romano*, Temis, Bogotá, 1976, pp. 24 y ss. Se aprecia en esta etapa de la historia del Derecho una distinción fundamental en el orden jurídico, en la que el *ius* era el concepto que englobaba los principios e instituciones jurídicas establecidas por los jurisconsultos, y por otro lado se contaba con las *leges*, que eran un compendio de todas las normas jurídicas contenidas en las constituciones imperiales. En la etapa conocida como el *bajo imperio romano* se apreció un importante desarrollo de la equidad, a diferencia del formalismo del antiguo Derecho; esto en virtud de la dualidad del Derecho romano; por un lado contaba con el Derecho civil, y por el otro con el Derecho pretorio, que desaparecen en la era justiniana, abriéndose el camino para la aplicación del Derecho unitario a todos los habitantes del Imperio.

<sup>126</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. edición, Espasa-Calpe, España, 2001, p. 170.

<sup>127</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo A-CH, 13a. edición, Porrúa/UNAM, México, 1999, p. 275.

cipios y provincias,<sup>128</sup> como es el caso de España y la mayoría de los países americanos.<sup>129</sup>

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en las constituciones de estos países, que en el caso de España se dispone en su artículo 137 constitucional: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias, y en las Comunidades Autónomas que se constituyan”. La Ley suprema argentina establece en su artículo 5º: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías nacionales; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, la educación primaria y la cooperación requerida por el Gobierno federal”. Finalmente, la Constitución mexicana consagra en su artículo 2º, apartado A, que “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural”.

Al cierre del siglo xx, varios países han implementado un número importante de organismos autónomos, con la idea de avanzar en la reforma del Estado y en la preservación y defensa de la constitucionalidad, los cuales constituyen instituciones públicas que reciben la encomienda de llevar a cabo funciones sustanciales en la vida democrática de todo país, tales como el control de la constitucionalidad, el combate a la corrupción, la

<sup>128</sup> Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional, op. cit.*, pp. 245 y 246.

<sup>129</sup> En este orden de ideas, el artículo 137 de la Constitución española se complementa con lo siguiente: “Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. En el artículo 138.2 se consagra: “Las diferencias entre los Estatutos de las distintas comunidades autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”. Por su parte, la Constitución argentina complementa su artículo 5º con el texto siguiente: “con estas condiciones, el Gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. Además de lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución mexicana, se agrega en su artículo 115: “Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes: I. Cada Municipio será gobernado por un ayuntamiento de elección popular directa. II. Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley. III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: a) Agua potable, drenaje, alcantarillado. b) Alumbrado público. IV. Los municipios administrarán libremente su hacienda [...] VII. La policía preventiva municipal estará al mando del presidente municipal. El Ejecutivo Federal tendrá el mando de la fuerza pública en los lugares que resida habitual o transitoriamente. VIII. Las relaciones de trabajo entre los municipios y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto en el artículo 123 de esta Constitución”.

fiscalización del manejo de los recursos públicos, la protección de los derechos políticos y, fundamentalmente, la protección de los DH. Así, dichas instituciones protectoras y controladoras contribuyen activamente a que no haya un ejercicio abusivo de facultades conferidas a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, por lo que se espera, con sus acciones, una mejor expectativa de vida democrática y un ejercicio de mayor transparencia en la actividad gubernamental. En este sentido, Norberto Bobbio señala que el Estado “ha crecido y extendido hasta provocar la imagen del pulpo de los mil tentáculos”.<sup>130</sup>

Por otro lado, el maestro Walter E. Mayer sostiene, en esta tesis, que si los sectores que sustentan el poder pudieran elegir, normalmente se inclinarían por realizar sus tareas desde la comodidad de una “ventana polarizada” que les permitiera minimizar la privacidad de los ciudadanos y maximizar la opacidad de las acciones gubernamentales, ya que el ejercicio centralizado, hermético y opaco del poder es incapaz de escuchar críticas o aceptar consejos de los actores externos, y los disidentes internos están condenados a tener un pobre desempeño.<sup>131</sup>

A este respecto, México se ubica a la vanguardia a nivel mundial al superar la tradicional división de poderes mediante la creación de organismos autónomos,<sup>132</sup> ya que desde 1990 se han instituido en este país, por

<sup>130</sup> Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 102.

<sup>131</sup> Cfr. John M. Ackerman, *Organismos autónomos y democracia. el caso de México*, Siglo XXI Editores, México, 2007, p. 15. Precisa Ackerman a este respecto, recurriendo a Charles Bennett, en su obra “Understanding Ripple Effects: The Cross-National Adoption of Policy Instrument for Bureaucratic Accountability, Governance: An International Journal of Policy and Administration”, vol. 10, núm. 3, pp. 213-233, al señalar que en años recientes Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Perú y México han fundado o reestructurado al menos una, si no es que varias instituciones independientes de esta naturaleza. Esta tendencia se puede también observar en Asia, África, Australia y Europa del Este. Algunos ejemplos recientes incluyen nuevos *ombudsman* en Polonia (fundado en 1987), Filipinas (en 1989) y Corea del Sur (en 1994), así como la Comisión Nacional contra la Corrupción en Tailandia (fundada en 1998), la Comisión Independiente en contra de la corrupción en Nueva Gales del Sur, Australia (en 1988), el Defensor del pueblo en Sudáfrica (1994), y al Inspector General de Gobierno en Uganda (1996), entre otras instituciones.

<sup>132</sup> Otro país es Tailandia, cuya Constitución de 1997 fundó siete nuevas instituciones: una Comisión Nacional Anticorrupción, una Comisión Independiente Electoral, un *ombudsman*, una Corte Constitucional, una Corte Administrativa, un Consejo Ambiental Revisor, responsable de la evaluación del impacto ambiental de los proyectos públicos, y un Panel Revisor del Consumidor que involucra a representantes de los consumidores en el diseño de leyes de protección al consumidor. Hungría es otro caso, en tanto que recientemente ha establecido cuatro *ombudsman* diferentes: uno para la protección de los DH, otro para las mi-

ejemplo, el Instituto Federal Electoral, que se encarga de asegurar que la organización de las elecciones sea imparcial y transparente; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), para la defensa de los habitantes del territorio nacional respecto de posibles abusos del Estado; la Auditoría Superior de la Federación, cuya función es vigilar el buen uso de los recursos públicos, así como para prevenir y sancionar la corrupción; el Consejo de la Judicatura Federal, que tiene la encomienda de lograr mayor transparencia en la administración de la justicia federal; el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, cuyo objetivo es garantizar a la ciudadanía el acceso a una información pública gubernamental. Además de lo anterior, el propio gobierno ha otorgado autonomía al Banco de México, cuya encomienda prioritaria es procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional.<sup>133</sup>

Esta reseña de los organismos autónomos nos permite efectuar con mayor claridad el planteamiento del tema que ahora nos ocupa, ya que al contextualizar el concepto de la “autonomía administrativa” en el campo de la procuración y administración de la justicia, la entendemos como la “autonomía jurisdiccional” y en ese sentido apreciamos una exigencia mayúscula en la estructura administrativa del aparato jurisdiccional para el debido cumplimiento de sus funciones, ya sea a nivel doméstico o en el ámbito internacional.

El maestro Dieter Nohlen señala que el concepto de autonomía se debe entender como un sinónimo de independencia, o como la capacidad de un individuo, grupo, organización o Estado para determinar por sí mismo, a la medida de la posibilidad, sus objetivos y premisas de decisión en relación con sus respectivos entornos o a la capacidad de sus estructuras y objetivos específicos.<sup>134</sup> Ahora bien, al estudiar el principio de la independencia de los jueces, el maestro Joseph Aguiló considera necesario hacerlo desde la visión de un Estado de Derecho, vinculado con la separación de poderes, y de esta manera clasificar el estudio en dos grandes rubros: el principio de la independencia de los jueces, y el marco institucional adecuado para que los jueces puedan ejercer su facultad con independencia.

Sin embargo, es importante señalar que la sola independencia judicial no constituye una real garantía de la objetividad o imparcialidad de la función jurisdiccional, es necesario que se combinen elementos o atributos a los que

norias étnicas y nacionales; el tercero para la protección de datos y acceso a la información pública, y el cuarto para la educación.

<sup>133</sup> John M. Ackerman, *Organismos autónomos*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

<sup>134</sup> Dieter Nohlen, *Diccionario de ciencias políticas, teorías, métodos y conceptos*, Porrúa, México, 2006, t. I, pp. 74 y 75.

se les denomina garantías judiciales,<sup>135</sup> entre las que destacan: la independencia de los jueces, su designación, estabilidad, remuneración y responsabilidad, entre otras. Lo mismo ocurre con la inamovilidad para garantizar el ejercicio de la facultad jurisdiccional con independencia, ya que, bajo esta tesitura, se podría arribar a un razonamiento en el sentido de que por el sólo hecho de ser inamovibles los jueces se infiere la existencia de una garantía de mayor independencia en el ejercicio de su encomienda sustantiva.

La existencia y manifestación de la autonomía jurisdiccional, unidas a la independencia judicial y demás garantías, pueden contribuir a evitar algunos riesgos comunes en esta materia, tales como la injerencia de los diferentes poderes en la labor jurisdiccional, específicamente intromisiones de naturaleza política. En ese sentido, la combinación de estos elementos, desde otro ángulo, puede traducirse en un derecho de los inculpados a ser sometidos a un debido juicio, provisto de los lineamientos aceptados como estándares internacionales.

La independencia de los jueces también se puede analizar con base en dos deformaciones comunes: la primera tiende a equiparar la independencia con la autonomía, soslayando la posición del poder institucional que el juez representa; y la segunda asimila la independencia con la soberanía, sin tomar en cuenta los deberes correspondientes. Respecto de la deformación que se presenta en el término independencia al asimilarlo con soberanía, al denominarse soberano al poder supremo e independiente por el hecho de que los jueces constitucionales muchas veces detentan el poder último, es decir, que en ellos se encuentra la facultad jurídica de resolver en definitiva un asunto. Se presenta en esta circunstancia la confusión conceptual, ya que la independencia de los jueces constituye fundamentalmente un atributo y un principio normativo, pero no un derecho cuyo ejercicio puede ser en forma abusiva. Dado que dichas garantías judiciales buscan dotar a los jueces de los elementos mínimos necesarios para que al pronunciarse en cada uno de los asuntos radicados bajo su jurisdicción la realicen con la imparcialidad, objetividad e independencia que la ley exige, y con la eficacia que la sociedad espera de su encomienda.

Es así como un juez imparcial equivale a un juez obediente del Derecho.

<sup>135</sup> El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM señala en su *Diccionario Jurídico Mexicano* que las garantías judiciales son “instrumentos establecidos en la Constitución y en las leyes, por medio de los cuales se crean las condiciones necesarias para lograr y asegurar la independencia, autonomía y eficacia de los juzgadores, frente a los otros organismos del poder, por lo que, a la vez, se constituyen de manera mediata como garantías justiciables”, *op. cit.*, p. 1518.

Derecho que no exige al juez equidistancia entre el sujeto activo y el pasivo del delito. El juez, en su función jurisdiccional independiente, tiene la obligación de resolver las controversias mediante las valoraciones de hecho y de Derecho.

En cuanto a la situación que se presenta al asimilar la independencia con la autonomía, el maestro Joseph Aguiló sostiene que en esta última la convicción puede justificar válidamente al sujeto moral, pero que no tiene sentido interpretar el poder normativo del juez como un factor determinante para que el titular de ese poder se desempeñe con autonomía, ya que esto únicamente puede darse ignorando la posición del poder institucional que ocupa el juez en el orden jurídico, y de ser así, un juez independiente se instituye con la negación de la autonomía. El juez debe ser independiente incluso de sus propios credos autónomamente aceptados.<sup>136</sup>

Los razonamientos que sustentan el presente trabajo no comparten necesariamente el planteamiento que expone el maestro Aguiló en el párrafo que antecede, en virtud de que la función encaminada a la administración de la justicia, que en este caso nos ocupa, la de naturaleza penal, exige que los órganos jurisdiccionales se encuentren incorporados a una institución que estructural, logística y funcionalmente se desenvuelva con autonomía jurisdiccional, al margen de la influencia de factores externos, por muy elemental que ésta sea. Desde esta base estructural y funcional se despliega esta función por cada uno de los elementos —nos referimos evidentemente a los jueces— que se encuentran incorporados a ese organismo, que en los estados democráticos modernos se le conoce como poder Judicial, precisamente bajo el principio de la división de poderes.

Exigir una separación estructural y funcional de los jueces respecto del órgano al que se encuentran formal y jurídicamente incorporados, para garantizar su independencia en el deber jurisdiccional, se puede catalogar como una postura extremista, tomando en cuenta que la legislación adjetiva que rige tal función consagra las normas reguladoras de los procesos, y en el supuesto de que el funcionario judicial, que en la independencia de su labor, se desapegue a tales reglas, podría actualizar las normas sustantivas para sancionar sus conductas activas u omisivas.

Coincide en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) al manifestar que durante su desempeño ha realizado sus actuaciones

<sup>136</sup> Cfr. Joseph Aguiló, Conferencia pronunciada en el Seminario de Argumentación Jurídica que tuvo lugar en la ciudad de México, del 23 al 28 de septiembre de 1996, organizada por el Consejo de la Judicatura Federal y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

con “autonomía”, como un verdadero órgano jurisdiccional. “Autonomía” que deriva de la naturaleza misma de las funciones judiciales de la letra y el espíritu del instrumento internacional que le dio vida —Convención Americana de Derechos Humanos— y del Estatuto adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de conformidad con la Resolución número 488, adoptada en el noveno periodo de sesiones en 1979, en cuyo encabezado figura el reconocimiento de la “autonomía” al señalarse en su artículo 1 que “La Corte Interamericana es una institución judicial autónoma”, la cual se mantiene firme por la participación de los propios estados miembros, que confieren respetabilidad al tribunal y al sistema de protección de los derechos fundamentales de la persona humana.<sup>137</sup>

Refuerza los razonamientos que orientan este trabajo el análisis que nos presenta el maestro Montero Aroca al señalar que si la *independencia* se refiere a la persona de los jueces y magistrados, la *autonomía* del Poder Judicial se debe ubicar en un contexto distinto, ya que es un concepto de carácter institucional y atiende al conjunto de los jueces y magistrados frente a los otros poderes; considerando además que la autonomía es un medio que permite garantizar de mejor manera la independencia del juez en el momento de juzgar. Este concepto de autonomía también responde a una concepción política de no superioridad de un poder sobre otro, más bien de igualdad dentro del marco de actuación de cada uno de ellos, señalado constitucionalmente. Inclusive, para hacer referencia al sistema jurídico de la UE también se recurre al término de autónomo.<sup>138</sup>

Para el desarrollo de su razonamiento, Montero Aroca parte de dos líneas

<sup>137</sup> Informe Anual de la COIDH, correspondiente al ejercicio de 2004, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, Washington, D.C., a 14 de abril de 2005.

<sup>138</sup> Cfr. Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990, p. 123. Para complementar esta idea de justicia, recurrimos al estudio que nos presenta Carlos García Santos, “El Juez, la prueba y el delicado arte de juzgar”, *Urbe et Ius: Revista de Opinión Jurídica*, Argentina, núm. II, 2004, p. 134, quien invoca al maestro François Gorphe, al sostener que no existe ciencia ni técnica alguna que pueda prescindir verdaderamente de un método apropiado; así como en el caso de los médicos, su habilidad no debe lograrse en detrimento de los enfermos, la de los magistrados no ha de desenvolverse en perjuicio de los enjuiciados, y ni la historia de los errores judiciales, que sobre el público surte tanto efecto para desacreditar a la justicia. Al hacer referencia Renato Reyes Tagle al sistema jurídico comunitario como “autónomo”, precisa que el Tribunal de Justicia Europeo considera que la legislación nacional que entre en conflicto con el Derecho comunitario es contraria a la naturaleza misma de este último. “El principio de supremacía del Derecho comunitario y las constituciones de los Estados miembros de la UE”, *Actualidad Internacional*, IJSC, abril, 2008, pp. 43 y 48.

de actuación: en principio lo hace de la idea del establecimiento de un órgano autónomo del conjunto del poder Judicial, desvinculándolo de los otros poderes, asumiendo las competencias de que se desapoderaba al Ejecutivo; en segundo término, sugiere que se implementen las medidas pertinentes para garantizar la independencia real de los jueces y magistrados individualmente considerados, y hacer efectiva la responsabilidad de los mismos frente a los enjuiciados.<sup>139</sup>

El concepto de independencia aplicado a los jueces y a los magistrados lo encontramos sustentado en el marco constitucional de países como España, al establecer de manera esencial en el artículo 117.1 de la Ley Fundamental que la justicia emana del pueblo y se administra por jueces y magistrados integrantes del poder Judicial, independientes y sometidos únicamente al imperio de la ley. En este orden de ideas, el ER dispone en su artículo 40 que los magistrados serán independientes en el desempeño de sus funciones.

Todo lo anterior se traduce en que la independencia individual de jueces y magistrados consiste en que en la encomienda de la aplicación de la ley no debe existir superior ni inferior, cada juzgador tiene asignado su competencia en la ley. Los jueces y los magistrados son independientes respecto de todos los órganos judiciales, y todos los órganos de gobierno y los gobiernos de todos los estados tienen la obligación ineludible de respetar esta independencia, mediante la abstención de acciones que repercutan en esa libre función jurisdiccional, acatando a cabalidad sus resoluciones, y, en su caso, ajustándose a las formalidades procedentes en las relaciones internacionales.

En los modernos estados de Derecho, la independencia de los jueces y los magistrados en su encomiable labor cotidiana es una realidad, constatándose para ello la imprescindible necesidad de que estos juzgadores se encuentren integrados en un órgano que en su conjunto sea autónomo de los demás poderes que conforman el Estado. Tal como lo hemos expuesto en renglones anteriores.

Por estas razones, consideramos que para disponer de una institución judicial verdaderamente autónoma se requiere implementar esencialmente las medidas siguientes: que los órganos de justicia no dependan estructural y funcionalmente de otros órganos, en cuanto a la función jurisdiccional se refiere; que se establezcan los lineamientos jurídicos de manera clara y precisa, haciendo notar el carácter jurisdiccional de cada uno de ellos, y que

<sup>139</sup> *Ibidem*, pp. 121 y 122.

se disponga la creación de un órgano de gobierno propio, desvinculado de los otros poderes que conforman la estructura del Estado.<sup>140</sup>

Al no existir una relación de dependencia con el órgano político que sustenta la organización supranacional de que se trata, nos permite invocar los razonamientos de Ferrajoli al sostener que la *independencia* de los jueces es garantía de imparcialidad, de igualdad de los ciudadanos y de una justicia no subordinada a los intereses políticos contingentes.<sup>141</sup>

Compartimos los razonamientos de Montero Aroca, ya que si retomamos el origen del concepto de *autonomía* encontramos que tanto los griegos como los romanos le asignaban esta calidad a los estados que se gobernaban por sus propias leyes y no estaban sometidos a ningún poder extranjero,<sup>142</sup> lo cual resulta congruente con la definición que nos proporciona el *Diccionario de la Real Academia Española* al establecer que “autonomía” consiste en la potestad de la que se puede gozar mediante normas y órganos de gobierno propios, y el concepto de “independencia” lo define como la libertad que tiene —especialmente un Estado— de no depender de otro.<sup>143</sup>

Por su parte, el doctor Sergio García Ramírez señala que la COIDH ha sostenido que los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces, y para esos efectos los diferentes sistemas políticos han implementado procedimientos estrictos para el nombramiento y destitución de estos juzgadores, y observa que en los principios básicos de las NU, relativos a la función sustantiva de la judicatura, el Estado deberá garantizar, sin excusa, la independencia de cada uno de sus jueces, y así debe estar prescrita en sus respectivas legislaciones internas, y todas las instituciones de gobierno respetarán y acatarán esa independencia. Se alude en este sentido al caso del Tribunal Constitucional contra Perú, en el que la Corte determinó la necesidad de garantizar la independencia de cualquier juez.<sup>144</sup>

También sustenta los argumentos de García Ramírez el caso de Ivcher Bronstein contra Perú, en el que se determinó que los tribunales internos que resolvieron los recursos judiciales no satisficieron los requisitos de independencia establecidos en el artículo 8.1 de la Convención, como elemento esencial del debido proceso, lo cual hubiera permitido una resolución

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 584.

<sup>142</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1998, p. 961.

<sup>143</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, *op. cit.*, pp. 170 y 587.

<sup>144</sup> Caso Tribunal Constitucional contra Perú, sentencia sobre el fondo del asunto, del 31 de enero de 2001.

apegada a Derecho; en tal virtud, esos recursos no pudieron ser efectivos, ya que al crearse salas y juzgados transitorios, y designado jueces en el momento en que ocurrían los hechos, no se garantizó el derecho a ser juzgado por un tribunal *natural*, lo cual pone en serias dudas la independencia del mismo.<sup>145</sup>

Se puede constatar, de este cúmulo de razonamientos y postura de los propios órganos de justicia internacional, que para el caso que nos ocupa resulta de mejor aplicación el vocablo “independencia judicial” al referirnos a los jueces y a los magistrados de manera individual, y específicamente cuando se encuentran en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, y la voz “autonomía jurisdiccional” encuentra una mejor aplicación cuando se hace referencia a la cualidad de la que se encuentra provisto el órgano al que están incorporados los jueces de manera formal, estructural y funcional, en términos de la ley orgánica correspondiente, que como se ha precisado, en los estados de Derecho corresponde precisamente al poder Judicial.

En este orden de ideas y trasladando este marco estructural y funcional de administración de la justicia doméstica al contexto internacional, especialmente de la naturaleza penal, como es el caso de la CPI, establecemos que constituye un organismo que en su conjunto concentra ambos aspectos, esto es, como órgano que sustenta la estructura y funcionamiento del

<sup>145</sup> Sergio García Ramírez, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones (1979-2004)*. Caso Ivcher Bronstein contra Perú, sentencia sobre el fondo del asunto del 6 de febrero de 2001. En este mismo sentido encontramos el caso Castillo Petruzzi, sentencia de fondo de fecha 30 de mayo de 1999; así como el de Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de fondo del 12 de noviembre de 1997 en <http://corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf> Otra sentencia de fondo a destacar relacionada con la independencia judicial se emitió en el caso de “La Corte primera de lo contencioso administrativo”, del 8 de agosto de 2008, donde la Corte condenó a Venezuela por haber destituido a tres magistrados, al demostrarse que el Tribunal que resolvió en ese sentido no era independiente, ordenando, por lo tanto, que los funcionarios judiciales fueran restituidos en sus cargos e indemnizados apropiadamente, derivada tal situación de los ataques verbales del gobierno contra las decisiones de los jueces, los cuales generaban un ambiente que erosionaba la libertad que en una democracia los jueces deben tener. Se precisa en la resolución que el presidente de la República tiene la libertad de expresión, pero debe considerar su posición degradante de los derechos fundamentales y, por lo tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer esas prerrogativas. Igualmente se invocan en esta sentencia de fondo las palabras de Dato Param Cumaraswamy, relator especial de la ONU entre 1994 y 2003, sobre la independencia judicial, en el sentido de que si esa crítica se expresa “en un lenguaje inmoderado, amenazante e intimidador y en mala fe, se considerará como una amenaza y una interferencia a la independencia judicial”. Rodrigo Uprimny Yepes, *El Espectador*, 2 de septiembre de 2008. (DE: [http://dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=1&id\\_publicacion=441](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=441)).

tribunal, conforme a la normatividad orgánica, incorporada en el propio ER. En este contexto, y de acuerdo con los argumentos que se han vertido, lo idóneo es asignarle a este tribunal el término “autónomo”, ya que constituye una institución con personalidad jurídica internacional, provista de facultades derivadas de sus propias leyes. En el caso de los jueces que lo conforman, al referirse a ellos individualmente, resulta de mejor aplicación el vocablo “independiente”.

#### LA AUTONOMÍA EN LA FACULTAD JURISDICCIONAL DE LOS TRIBUNALES

Podemos establecer que todos los esfuerzos y todas las medidas que se implementen para garantizar una justicia penal transparente e imparcial no serán tan grandes como las exigencias sociales, que históricamente han sido leales al tiempo, que han otorgado a las actuales y futuras generaciones importantes evoluciones en esta materia, pero que el esfuerzo debe persistir para superar la circunstancia que hoy predomina, por el hecho de que el órgano que tiene la encomienda de velar por la justicia penal supranacional aún no dispone del elemento que le permita actuar con la libertad jurisdiccional que todo tribunal requiere para afirmar la existencia de una auténtica justicia penal internacional.

En este orden de ideas, al tratar sobre la independencia en la facultad jurisdiccional de los tribunales es ineludible hacer referencia a aquella que tienen la víctima o el ofendido para exigir el servicio del Derecho Penal, que técnicamente consiste en la pretensión punitiva o el derecho a la jurisdicción en contra del acusado,<sup>146</sup> y a la autonomía del Ministerio Público, que constituye un principio universalmente reconocido y que anima a esta institución por su elemental función en el procedimiento penal dentro de todo sistema acusatorio, ya que implica su independencia en el ejercicio de su facultad investigadora durante la etapa de la averiguación previa, y como parte en el proceso, una vez enviado el asunto al órgano jurisdic-

<sup>146</sup> El maestro Jiménez de Asúa señala que el Derecho punitivo protege, con la redoblada sanción que es la pena, los bienes jurídicos. Esta enérgica defensa de los intereses protegidos por el Derecho interviene en todos los dominios jurídicos, *Tratado de Derecho, op. cit.*, pp. 40 y 41. Por su parte, Zaffaroni *et al.* sostienen al respecto que la delimitación contemporánea del horizonte de proyección del Derecho Penal, centrado en la explicación de complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal, que es el poder punitivo, se caracteriza por sanciones diferentes a las de otras ramas del saber jurídico. *Derecho penal. Parte general*, Porrúa, México, 2001, p. 3.

cional; no obstante la facultad del titular del Ejecutivo para nombrar al procurador, ni éste ni el Ministerio Público están supeditados a las órdenes de aquel, al cumplir su encomienda con base en la obligación que la ley le establece y con base en la garantía que la ley otorga al inculpado.<sup>147</sup>

Por su parte, la autonomía de los tribunales para llevar a cabo su función jurisdiccional se encuentra en similar situación, inclusive con una mejor expectativa, tomando en cuenta que la historia de la administración de la justicia ha sido utilizada para dominar la manifestación contraria a los regímenes autoritarios, en los que la independencia de los jueces ha sido un obstáculo. En consecuencia, la función de garantía que deben cumplir los jueces encuentra viabilidad particularmente en los estados democráticos, como lo son actualmente la mayoría, al sustentar su estructura política-jurídica en el principio de la división de poderes, con el factor adicional, en muchos casos, de que van más allá de este tradicional esquema ante el establecimiento de organismos autónomos, tal como lo hemos precisado en anteriores renglones.

Lo anterior implica que no existe ni debe existir, al menos en el orden interno, una relación de subordinación entre el órgano Judicial con el Ejecutivo y con ningún otro, es decir, “que esté desprovisto de toda actividad en relación con el régimen político del Estado, y no teniendo ninguna influencia sobre las voluntades que concurren a formar este régimen para proteger a todos los individuos y a todos los derechos”.<sup>148</sup> Esto, ya que la autonomía, en su carácter conceptual, precisaría el maestro López Aguilar, es una construcción conceptual al servicio del principio de tercería conforme a un imperativo dogmático consistente en la imparcialidad, lo cual permite aseverar que la unidad de la jurisdicción y la independencia del juez en su encomienda requieren de una estructura de configuración y aseguramiento al servicio de la unidad del Derecho.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> Cfr. Marco Antonio Díaz de León, *Diccionario de Derecho procesal penal*, Porrúa, México, 1989, pp. 48 y 49.

<sup>148</sup> Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 614 y 615. Agrega el autor que los constituyentes franceses de 1789, en la sesión del 17 de agosto de ese año comprendieron la problemática y lo dictaminaron de esa manera, iniciando literalmente su pronunciamiento: “A fin de que el poder judicial esté organizado de forma que no ponga en peligro ni la libertad civil ni la libertad política”.

<sup>149</sup> Juan Fernando López Aguilar, *Justicia y Estado autonómico. Orden competencial y administración de justicia en el Estado compuesto de la Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 46 y 47. Señala, además, haciendo referencia en este caso a L. M. Díez-Picasso, *El régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, que la independencia del juez, concebida en tanto sirve de manera instrumental a la imparciali-

La independencia de los jueces se debe considerar en todo momento desde dos perspectivas: hacia el exterior y hacia el interior, en razón de que los jueces deben ser estructural y funcionalmente independientes frente a los otros poderes que conforman el Estado, cuyo funcionamiento responde a razonamientos distintos en razón de la estructura jerárquica que responde a una naturaleza distinta. Los jueces, en cambio, deben ser analizados desde una visión distinta para garantizar a la sociedad el beneficio de disponer de órganos jurisdiccionales que funcionan y resuelven con la libertad que la ley les otorga, mediante juicios transparentes, imparciales y objetivos.

En ese sentido es que el ejercicio de la jurisdicción penal internacional debe responder puntualmente a los estándares internacionales para instruir sus asuntos penales bajo los principios del debido proceso, tal como lo establecen, entre otros instrumentos suprarregionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 8 y 25; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 14 y 15, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en sus artículos 47 al 50; los cuales en lo sustancial coinciden en las exigencias jurídicas de que se otorgue a los procesados las garantías de seguridad jurídica para ser juzgados por tribunales competentes e imparciales, establecidos por la ley, previo a los hechos que sean sometidos bajo su jurisdicción, pero muy esencialmente deben cumplir esos tribunales la garantía de independencia en su ejercicio judicial; esto implica que deben realizar su encomienda bajo una total libertad de todo tipo de influencia.

Expresar fundadamente que se dispone de una labor jurisdiccional independiente es motivo de orgullo en cualquier parte del planeta, demostrar tal independencia en cada asunto es una aportación a la humanidad, ya que sus DH en materia judicial se encuentran en un nicho inquebrantable ante la fortaleza que otorga un Estado democrático, donde el respeto a las prerrogativas de la familia humana no debe tener retroceso.

En los estados en que impera la ley se presenta y se confirma este desarrollo progresivo. La CPI representa la expectativa de la justicia universal que se busca, y en ese sentido se pretende que no sólo sea una institución autónoma sino que también sus jueces gocen de esa independencia judicial en su actuar. La sociedad internacional persistirá en esta tarea histórica, que ha logrado hasta el momento resultados sin precedentes. La historia de la humanidad nos dicta que, en lo que a justicia se refiere, la línea ha sido favorable y progre-

dad, no es dogma de fe ni *a priori* absoluto *more Kan*, sino construcción positiva, político-institucional.

siva; y las circunstancias internacionales nos indican que, en esta época, se debe establecer de manera determinante que la impunidad tiene límite.

Ante el evidente desarrollo del Derecho Internacional en el contexto penal, manteniendo la búsqueda de la autonomía jurisdiccional e independencia judicial plenas, donde “los otros poderes del Estado no pueden tener facultad alguna para revisar un pronunciamiento judicial, ni aun en ejercicio del régimen disciplinario que les pueda acordar en su favor la constitución [...] sólo es posible por medio de los recursos que legalmente estén autorizados”.<sup>150</sup> No se descarta la posibilidad de que, en un plazo perentorio, se presente una convergencia global para trasladar verdaderamente el principio de la independencia del juez en la función encomendada a la CPI, de la cual nos ocuparemos más adelante.

La independencia en el ejercicio jurisdiccional de los tribunales es tan importante que históricamente se ha convertido en un tema indeleble en los diversos niveles de la sociedad; su contenido recorre cotidianamente los diversos niveles sociales, ya que en todo momento es un rubro que exige comentarios y análisis y, por lo tanto, también es objeto de críticas en razón de que sus resoluciones tienen un efecto inmediato en ese sector social.

La independencia jurisdiccional, igualmente, es materia de constantes confrontaciones en diferentes puntos del planeta; ejemplo de ello lo tenemos en la denuncia presentada por la jueza trigésimo tercera de Caracas, el 2 de marzo de 2000, ante el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en contra de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por la interferencia de la que fue objeto en su función jurisdiccional, y no obstante sus argumentos en el sentido de que los principios constitucionales consagran la tutela judicial efectiva para que los jueces realicen sus funciones con independencia respecto de los órganos del poder público, y que únicamente deben obediencia a la ley, el Tribunal Supremo de dicho país declaró inadmisibile la denuncia.<sup>151</sup>

Por otro lado, el presidente del Poder Judicial de Perú señalaba en 2003 que la justicia constituye un problema de Estado y que es preciso afrontarlo

<sup>150</sup> Luis Paulino Mora Mora, “La independencia del juez, como derecho humano”, en Héctor Fix-Zamudio, *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 1088.

<sup>151</sup> Los razonamientos del Tribunal Supremo, en respuesta a la denuncia de la jueza María Cristina Reverón Trujillo, fueron en el sentido de que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial tenía en esos momentos la tarea de inspeccionar y vigilar los tribunales y defensorías públicas, y que por tal motivo los jueces debían acatar sus instrucciones. Ponencia del C. Magistrado Rafael Pérez Perdomo del 1 de noviembre de 2003 ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

con la mayor decisión, en cuyo tratamiento se garantice la más amplia autonomía jurisdiccional para lograr un nuevo Estado, a fin de evitar que se repitan los errores que han llevado al fracaso a otros intentos de cambios en la judicatura. Se pretende buscar experiencias que estimulen esta estrategia de cambios, como las medidas implementadas por España en el marco del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito en mayo de 2001 por los principales partidos políticos del país, teniendo como uno de los principios elementales la independencia para salvaguardar la autonomía institucional de los jueces en la función jurisdiccional.<sup>152</sup>

Tan importante es el concepto de la autonomía de los tribunales que Hans Kelsen lo invocó al ser cuestionado sobre el tribunal constitucional que propuso si satisfacía una jurisdiccional, a lo que señaló de manera categórica que sí, en virtud de que sus integrantes se encuentran investidos de *independencia*.<sup>153</sup> Kelsen agrega en este punto que la función judicial es de hecho ejecutiva, que a su vez consiste en la ejecución de normas generales,<sup>154</sup> y que debe ser autónoma del poder Legislativo y de cualquier otra autoridad estatal.<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Los dos principios suplementarios son la *eficiencia* y la *transparencia*: la primera, para reafirmar la voluntad para la modernización del despacho judicial; la segunda busca someter a escrutinio público de la ciudadanía todos los actos de los integrantes de la Judicatura como un abierto rechazo a la corrupción. Ponencia del doctor Hugo Sivina Hurtado en su carácter de presidente del Poder Judicial de la República de Perú, 21 de agosto del 2003, Hotel Country Club de la ciudad de Lima.

<sup>153</sup> Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 6 y 7. En México, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela propuso que para lograr la independencia judicial se requiere el cambio sobre el procedimiento para designar a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que sean el Senado de la República o la Comisión Permanente los cuerpos que designen a los ministros, seleccionando a los juristas que se incluyan en las listas que les proporcionen las facultades y escuelas de Derecho y las asociaciones de abogados legalmente constituidas con una antigüedad de no menos de diez años. Ignacio Burgoa Orihuela, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 2002, p. 883.

<sup>154</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a edición, traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1988, pp. 323 y 324. Enseguida precisa que la función judicial consiste esencialmente en dos actos: 1° El tribunal establece la existencia de un hecho calificado como acto antijurídico, y 2° El tribunal ordena una sanción civil o penal estipulada en la norma general que ha de aplicarse.

<sup>155</sup> Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2001, p. 52. Complementa la idea señalando que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución y a la administración y que, por tanto, el postulado de constitucionalidad de las leyes es teórica y técnicamente idéntico al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración.

Este marco jurídico-político constituye un pilar fundamental del moderno Estado de Derecho, que se encuentra aparejado al principio de estricta legalidad y al respeto de los derechos fundamentales de las personas. De tal manera que al fundarse la verdad procesal en la legitimidad del juicio es evidente la necesidad de la independencia del juez “para garantizar su imparcialidad y, en consecuencia, la igualdad de los ciudadanos”.<sup>156</sup> Así, lo que se pretende en trabajo es precisamente proponer un panorama más claro, objetivo e imparcial en la justicia penal internacional, con un respeto pleno a las garantías más elementales del procesado a través de un tribunal libre de toda influencia, por muy elemental que ésta sea.

Por último, resulta imprescindible precisar que la independencia del juez no sólo constituye una garantía en su favor en esa encomiable labor, sino que esta garantía también se enfoca hacia los inculpadados como una garantía procesal; de no ser considerado de esta manera, se estaría ante una imposibilidad jurídica de acudir ante las instancias correspondientes en busca del debido proceso. El juez debe estar protegido de toda injerencia externa, inclusive de las de carácter interno, ya que en el ejercicio de su encomienda jurisdiccional no debe tener cabida el principio de obediencia jerárquica y, por tal motivo, el esquema estructural debe ser horizontal, en donde cada juez debe atender y desarrollar sus procesos, sin ningún tipo de factor jerárquico o de otra naturaleza, para estar en posibilidad de emitir sus resoluciones conforme a los hechos sometidos bajo su jurisdicción y con estricto apego a la ley.<sup>157</sup>

#### LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La teoría jurídica del Estado sustenta sus estudios en la doctrina de la división de poderes, donde destaca, por razón de nuestro tema, la función del poder Judicial, el cual se encuentra constituido por los tribunales: órganos

<sup>156</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 584.

<sup>157</sup> Luis Paulino Mora Mora, “La Independencia del juez”, *loc. cit.*, pp. 1089-1091. También precisa el magistrado Mora la posibilidad del apartamiento del juez del conocimiento del caso cuando ha perdido su imparcialidad para el asunto en particular. Las partes deben tener reconocido el derecho para recusarlo, sobre el que tienen fundadas sospechas de que no reúne las condiciones necesarias para garantizar que tratará el caso con la objetividad que le ley le impone. Esto constituye evidentemente un derecho de las partes; por lo tanto, el juez debe limitarse a poner en conocimiento de ellas las causales que estime le asisten y le imponen la obligación de separarse del asunto.

encargados de la administración de justicia —en este caso nos enfocamos a los de naturaleza penal— para la legitimación de los poderes Legislativo y Ejecutivo mediante la acción jurisdiccional con la sujeción a la ley democráticamente legitimada.<sup>158</sup> Esto implica que el ejercicio jurisdiccional se encuentra subordinado al imperio de la ley.<sup>159</sup>

Lo anterior nos recuerda el origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano al señalar que toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución,<sup>160</sup> así como su traslado del contexto filosófico al ámbito político y, posteriormente, al campo jurídico, en el que le ha permitido recorrer todo el planeta e instalarse en cada uno de los estados que lo fueron adoptando conforme fue adquiriendo mayor fortaleza el principio de la autonomía jurisdiccional; fenómeno que se considera imprescindible para garantizar el ejercicio de esa facultad de manera imparcial, y mediante el respeto a la igualdad ciudadana.

Sin embargo, reiteradamente encontramos, en las doctrinas de la historia universal, un importante número de trabajos sobre esta actividad, buscando en la mayoría de los casos los mecanismos necesarios para un mejor desempeño de esa encomienda, desde el procedimiento para designar al juzgador hasta los detalles de ejecución de su encargo, buscando en todo momento un resultado transparente, objetivo e imparcial.

Precisamente con este panorama mundial, desde mediados del siglo XX se concibió en el seno de las NU la necesidad de establecer una codificación planetaria, encaminada inicialmente a definir los crímenes que han afectado en mayor medida a la humanidad, logrando en breve tiempo resultados importantes mediante la Convención contra el Genocidio de 1948, el proyecto del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y posteriormente se enfocó a diseñar un tribunal permanente con jurisdicción internacional, capaz de investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar a las “personas naturales” directamente responsables de los crímenes más graves, encabezados precisamente por el genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, otorgando a ese tribunal la facultad de ejercer su competencia, prácticamente,<sup>161</sup> en cualquier punto del planeta. Sin embargo, pese a los

<sup>158</sup> Cfr. M. García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pp. 9 y ss.

<sup>159</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 373.

<sup>160</sup> Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>161</sup> Cfr. William A. Schabas, *The International Criminal Court*, Oxford Commentaries on International Law, A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Nueva

esfuerzos permanentes que se realizan en el rubro del DPI, el reclamo social aún no ha sido colmado y subsisten aspectos pendientes de cubrir.

Actualmente la humanidad ya cuenta con un tribunal penal internacional que prácticamente no tiene límite fronterizo que restrinja su facultad jurisdiccional y que se encarga de los crímenes más graves. Es aquí donde nos preguntamos si ese tribunal dispone de la “autonomía jurisdiccional” que se requiere para el adecuado cumplimiento de su encomienda, en razón de la existencia de preceptos que ponen en tela de juicio esa condición de libertad jurisdiccional, lo cual transmite la impresión de que los esfuerzos doctrinarios, judiciales y, por qué no, también de gobiernos no han sido suficientes para lograr la plena autonomía de los órganos de justicia.

El nacimiento de la CPI se presenta en un entorno mundial que tiene sobre la mesa de negociaciones el tema de la independencia de los jueces y la “autonomía jurisdiccional” de la Corte, de tal manera que los instrumentos internacionales que aluden este rubro contemplan algunos elementos básicos que orientan a los estados en el deseo de velar por la independencia de los administradores de la justicia, destacando la conveniencia de que sea garantizada por las legislaciones nacionales para observarla con plenitud y garantizarla cabalmente.<sup>162</sup>

Recordemos que hasta el momento nos hemos ocupado por separado tanto del concepto de jurisdicción como del de autonomía, de manera que en la continuidad de nuestro planteamiento principal nos ocuparemos de una

York, 2010, p. 47. Precisa Schabas que: “The preamble makes no direct reference to institutions of international criminal justice that have preceded the International Criminal Court, such as the Nuremberg and Tokyo tribunals, and the United Nations *ad hoc* tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda. Indirectly, however, the reference to a ‘permanent’ institution in paragraph 9 of the preamble conveys the idea that the International Criminal Court is an important advance on those that have gone before it”. Pablo Pérez Tremps, *op. cit.*, pp. 3 y ss. Agrega el autor, al respecto, que “dentro del campo del Derecho español, la Constitución de 1978 introduce en nuestro sistema jurídico una importante innovación al crear una jurisdicción especializada, residenciada en el Tribunal Constitucional, como garante de la norma fundamental. Esta innovación, que cuenta como único precedente efectivo con el del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República, de corta vida, plantea un amplio espectro de problemas en el derecho público”. También es de reconocerse el avance que hoy nos ofrece el ER al invocar razonamientos como el del maestro Mahnoush Arsanjani, en su artículo “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *The American Journal of International Law*, vol. 93:22, p. 31, al señalar que este instrumento internacional contiene una definición de los crímenes con mayor amplitud que las contenidas en los estatutos de los tribunales *ad hoc* contemporáneos.

<sup>162</sup> UN. Doc. A/40/32 y UN Doc. A/40/146, *Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptado por el Séptimo Congreso de las NU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y confirmado por la AG de las Naciones Unidas.

necesaria conjunción de ambos: la *jurisdicción* como facultad del tribunal para conocer y resolver los asuntos sometidos bajo su consideración, con apego a las leyes vigentes, y la *autonomía jurisdiccional* como la condición que debe tener un tribunal de no estar sometido a otra autoridad para ejercer su función. Pero, en este caso, la combinación de ambos conceptos será analizada allende las fronteras de cada Estado, específicamente en el esquema que contempla el ER, con el que se abre de par en par la puerta de acceso a la máxima expresión del DPI ante su inminente aplicación a nivel mundial.

Esta situación se consideraba lejana hasta hace medio siglo, cuando se empezaba a escribir que el concepto de Derecho Penal Internacional se ocupaba de los individuos considerados como sujetos de infracción y no a infracciones de los estados, limitándose a la atención de aspectos como: la determinación de los delitos cometidos en determinado Estado; la indicación de la ley aplicable al asunto de que se trata; la determinación de los efectos extraterritoriales de las leyes penales correspondientes, y la fijación del procedimiento de colaboración entre dichos estados. De modo que se consideraba que el DPI tan solo corresponde a una ramificación del Derecho Penal; inclusive, se ha sostenido que la denominación no le es aplicable, y que puede ser sustituida por la de Derecho Penal interestático.<sup>163</sup>

También se ha considerado al DPI como un Derecho Internacional Privado, que en cuanto a la teoría de la ley penal es analizado como ámbito de validez espacial, el cual se ha venido omitiendo en los trabajos recientes, estimando que esta situación responde al hecho de que no se trata de una materia específica del Derecho Penal, sino de un complejo capítulo de una parte del Derecho Internacional Privado, destacando los principios que rigen para el establecimiento de competencia de esta jurisdicción internacional en materia penal: el de territorialidad, en el sentido de que la ley penal rige en todo el territorio del Estado y en los lugares sometidos a su jurisdicción; el de nacionalidad o personalidad, donde se aplica la ley penal del país del cual es originario el autor, o del país del que es nacional el sujeto pasivo, sin que importe el lugar del hecho; el real o de defensa, que

<sup>163</sup> Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho*, op. cit., p. 1090. Precisa el autor que probablemente antes de la Primera Guerra Mundial, cuando existía un auténtico anhelo de comunidad internacional y los hombres de ciencia se sentían fraternalmente unidos, sin distinción de fronteras, hubiera sido realizable esa aspiración unificadora, pero que a la mitad del siglo XX esos ideales no parecían corresponder a este mundo. Haciendo referencia al maestro Vaspien V. Pella, se destaca en esta obra que en un porvenir más o menos lejano el DPI desaparecería o perdería progresivamente su importancia, y que esta disciplina jurídica podría constituir la ramificación del Derecho público internacional que determina las infracciones, establece las penas y fija las condiciones de responsabilidad penal internacional de los estados y de los individuos.

consiste en que la ley aplicable es la del Estado titular del bien jurídico lesionado o en el que habita la persona que es titular del mismo y, por último, el universal o de justicia universal, mediante el cual el Estado aprehensor aplica su ley, sin que importe el lugar del hecho ni la nacionalidad de los sujetos o la pertenencia del bien jurídico.<sup>164</sup>

En este sentido, tenemos que el artículo primero del Código Penal de Argentina establece en su parte conducente que el ámbito de su aplicación comprende: “1) Por delitos cometidos y cuyos efectos deban producirse en el territorio de la nación argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo”. En la legislación española encontramos que el artículo 23 de la Ley Orgánica del poder Judicial establece que: “Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) de traición y contra la paz o independencia del Estado [...] igualmente será competente la jurisdicción española [...] en los siguientes delitos: a) Genocidio, b) Terrorismo”. El Código Penal Federal mexicano establece el principio de extraterritorialidad en su artículo 2º, que se aplicará: “I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República; y II. Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no se hubieren juzgado en el país en que se cometieron”.

Hasta antes de la entrada en vigor de la competencia de la CPI se optaba por el sistema de aplicación indirecta, a través de la jurisdicción de cada Estado, por lo que en algunos casos se hace imprescindible la presencia o el ejercicio de un tribunal de esta naturaleza,<sup>165</sup> lo cual no significa que la aplicación de la jurisdicción penal internacional, por parte de los órganos de justicia nacionales, se esté quedando en los archivos de la historia del Derecho Penal de la humanidad, sino que continuará vigente por las razones siguientes: a) la CPI tiene el carácter de complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales;<sup>166</sup> b) se ha constatado que la autonomía de los jueces

<sup>164</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 200 y 201.

<sup>165</sup> En el artículo 1º del Estatuto de la CPI se establece en la parte conducente: “[...] La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto”.

<sup>166</sup> Así se precisa en el décimo párrafo del Preámbulo y en el artículo 1º del Estatuto de Roma.

nacionales se encuentra garantizada en el Estado moderno, esencialmente por el principio de la división de poderes, inclusive, en algunos países, por el establecimiento de diversos órganos autónomos;<sup>167</sup> c) que el propio Estatuto dispone en su preámbulo que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”,<sup>168</sup> y d) que las jurisdicciones penales nacionales podrán invocar el Estatuto de la CPI para complementar su catálogo de tipos penales.<sup>169</sup>

De tal manera que el aspecto esencial del tema que ahora nos ocupa es la existencia u observancia de esa *autonomía jurisdiccional* en la vida práctica de la CPI, de acuerdo con su Estatuto, en donde apreciamos que los estados que se incorporan a dicho instrumento internacional, implícitamente, manifiestan su voluntad de aceptar la jurisdicción de la Corte, la cual podrá ejercer esa facultad jurisdiccional válidamente si se cumplen ciertos supuestos, a saber: que el delito se cometa en el territorio de un Estado parte; si el probable responsable es nacional de un Estado parte; y si el delito de que se trata se encuentra descrito en el Estatuto.

También aceptan los países ratificantes o, en su caso, adherentes, que el CS de las NU someta a la jurisdicción de la CPI hechos probablemente delictuosos sin importar que se hayan cometido en el territorio de un Estado parte, o si el acusado es nacional de un Estado parte; situación que permite la actualización de la justicia internacional a nivel universal, no obstante la oposición de los EUA. Este rubro será materia de estudio en el capítulo

<sup>167</sup> En páginas anteriores, citando a Ackerman, señalamos las medidas implementadas por países como Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Perú y México, que han fundado o reestructurado al menos una, si no es que varias instituciones independientes. Medida que también se puede observar en Asia, África, Australia y Europa del Este; específicamente a los nuevos *ombudsman* en Polonia (fundado en 1987), Filipinas (1989) y Corea del Sur (1994), así como la Comisión Nacional contra la Corrupción en Tailandia (1998), la Comisión Independiente en contra de la corrupción en Nueva Gales del Sur, Australia (1988), el Defensor del Pueblo en Sudáfrica (1994), y el Inspector General de Gobierno en Uganda (1996), entre otras instituciones.

<sup>168</sup> En el párrafo noveno del mismo preámbulo se establece que “a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una CPI de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las NU que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

<sup>169</sup> En el caso de México, es evidente que los tribunales penales del país recurrirán de manera ineludible al Estatuto de la CPI cuando las circunstancias así lo exijan, en virtud de que en la legislación interna existe una importante “ausencia de tipos y penas como lo exige el principio de aplicación estricta del derecho penal (*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*)”. Manuel Becerra Ramírez, *La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, op. cit., pp. 94 y 95.

cuarto de este trabajo, por la importancia de esta situación a juzgar por la influencia que tiene este país en diversas regiones del mundo.

Los aspectos más importantes del Estatuto de la CPI que motivaron la presente investigación y que serán materia de análisis en los capítulos subsecuentes son básicamente los contenidos de los artículos 2, 4.2, 12.3, 13.b y 16 de dicho instrumento internacional: el artículo 2 alude a la vinculación de la CPI a las Naciones Unidas y consecuentemente con el CS, pero omite precisar el alcance de esa relación. Sin embargo, a la lectura del numeral 16 del propio documento se establece con certeza plena que la vinculación al Consejo es de supraordenación toda vez que contiene un mandato que no permite alternativa al disponer que, de pedir el Consejo de Seguridad a la Corte que suspenda por un plazo de 12 meses una investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, el tribunal procederá a esa suspensión; inclusive, se precisa en dicho precepto que la solicitud de suspensión podrá ser renovada por el CS,<sup>170</sup> y ante la inexistencia de un mecanismo jurídico que limite el número de las solicitudes podría inferir una suspensión prolongada por tiempo indefinido, que implicaría cuando menos una falta a la certeza jurídica para el inculpado, y por el lado de la víctima una denegación de justicia.

A este respecto, William Schabas sostiene que la facultad atribuida al CS prevista en el artículo 16 del Estatuto pudiera resultar una medida de carácter permanente,<sup>171</sup> en virtud de que no se establece límite en cuanto al número de veces que puede ser renovada la resolución por el que le comunica a la Corte la citada suspensión.

Por su parte, Lorenzo Copello coincide con esta postura y agrega que la facultad del Consejo contenida en el artículo 16 del ER “encierra un riesgo nada desdeñable de obstaculización de la actividad normal de la Corte”, sosteniendo que esta medida “aparentemente excepcional [es] una clara amenaza de paralización de la actividad jurisdiccional independiente de aquel órgano”.<sup>172</sup>

<sup>170</sup> Este artículo 16 establece literalmente: “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la CNU, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no exceda de 12 meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”.

<sup>171</sup> William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 65. El texto original establece lo siguiente: *The Court may be prevented from exercising its jurisdiction when so directed by the Security Council, according to Article 16. This is called deferral. It seems that the measure can be permanent.*

<sup>172</sup> Patricia Laurenzo Copello, *Hacia la corte penal internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma*, op. cit., p. 94.

Por otro lado, el artículo 4 del ER dispone que la Corte podrá ejercer su facultad jurisdiccional en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado. En este mismo tenor, el artículo 13.b de dicho Estatuto<sup>173</sup> deja abierta la posibilidad de que el CS remita hechos probablemente delictivos a la Corte, sin importar si éstos fueron cometidos en territorio de los estados que aún no aceptan la competencia de este Tribunal.

Este contexto general de la puesta en marcha de la jurisdicción de la CPI, con una influencia importante en su labor jurisdiccional de un organismo político de alcance universal, nos manifiesta un posible indicio de retroceso en algunas garantías procesales, originadas por la falta de autonomía de la Corte y consecuentemente en la independencia judicial de sus miembros, lo cual nos conduce a reflexionar que políticamente puede ser tolerable, socialmente cuestionable y jurídicamente impugnabile; o cuando menos, nos permite establecer pensamientos como: ¡Ya contamos con una Corte Penal Internacional! ¿La justicia debe esperar? O en el último de los casos, invita a meditar en los esfuerzos que tantos sectores han efectuado en todo el mundo para lograr este objetivo, aunque muchos de ellos no lograron apreciar el resultado.

Así, ante estos aspectos y las hipótesis que dan sustento al presente trabajo, es posible concluir preliminarmente, para lograr un ejercicio jurisdiccional con “autonomía plena”, que el elemento que se debe mantener vigente es la persistencia.

#### LA RELATIVIDAD DE LA SOBERANÍA ESTATAL ANTE EL DESARROLLO PROGRESIVO DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En la ruta del desarrollo y la consolidación de la justicia entre los hombres, hemos sido testigos del surgimiento de diversos órganos jurisdiccionales de carácter internacional, iniciando con los tribunales de Núremberg y de

<sup>173</sup> Este artículo 13 dispone: “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el CS, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

Tokio;<sup>174</sup> más adelante surgen, con sus diferentes competencias, la CIJ,<sup>175</sup> la Corte Europea de los Derechos Humanos<sup>176</sup> y la COIDH.<sup>177</sup> En la recta final del siglo XX, el CS implementó los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y a partir de este siglo la humanidad ya dispone de un tribunal penal internacional investido de facultades supranacionales para juzgar a “personas naturales”;<sup>178</sup> lo cual representa un ejemplo palpable de la *progresividad* que están presentando los principios elementales del Derecho Penal. De tal manera que hoy en día, ante el funcionamiento de la CPI, el análisis de sus facultades es una tarea que han asumido doctrinarios, juristas, jueces, académicos y sectores gubernamentales; por lo que, ape-

<sup>174</sup> El Estatuto del Tribunal de Núremberg fue adoptado el 6 de octubre de 1945 por las principales potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, y el Tribunal de Tokio fue instalado el 3 de agosto de 1946 y disuelto el 12 de noviembre de 1948. Cabe recordar que, previamente a estos dos tribunales internacionales, al término de la primera confrontación armada, los Aliados contemplaron en el Tratado de Versalles (Francia), firmado el 29 de junio de 1919, un tribunal penal internacional y disposiciones con las que pretendían juzgar al káiser Guillermo II de Hohenzollern, de Alemania, por la inviolabilidad de los tratados al haber cometido actos en violación a las leyes y usos de la guerra; lo cual no fue posible, al habersele concedido asilo en Holanda, país que tuvo el carácter de neutral en esa confrontación armada.

<sup>175</sup> Este Tribunal fue establecido el 24 de octubre de 1945 al estar incorporado en la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>176</sup> Cfr. Yolanda Gómez Sánchez (coord.), *Los derechos en Europa, op. cit.*, p. 191. Señala la autora que este tribunal interpretaba y aplicaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su actuación jurisdiccional concluía con la sentencia que era de carácter irrevocable, con excepción de aquellas de revisión e interpretación, que eran más bien declarativas.

<sup>177</sup> Este tribunal fue creado mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Capítulo VII, Parte II), la cual fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 por la Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica, cuyo Estatuto se aprobó en 1979, asignándole funciones jurisdiccional y consultiva.

<sup>178</sup> Así lo establece el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sobre los antecedentes, Schabas refiere que: “The international Criminal Court is an independent international organization, but it has a close and important relationship with the United Nations. It sits within a boarder cluster of institutions whose position with respect the United Nations varies somewhat. Three international criminal tribunals have been created by Security Council resolution, namely the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, and the Special Tribunal for Lebanon. A fourth, the Special Court for Sierra Leone, exists by virtue of an agreement between the United Nations and the government of Sierra Leone, although its Appeals Chamber has attached little significance to the distinction given the role of the Security Council in proposing and promoting the establishment of the Court”. William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford Commentaries on International Law, op. cit.*, p. 63.

gándonos a nuestra línea de investigación, plantearemos algunos comentarios sobre el ejercicio competencial de este Tribunal, sin dejar de considerar la facultad soberana de los estados.

Para tratar sobre la evolución del DPI y en razón a la esencia del tema, establecemos una clasificación conformada en tres etapas: en la parte inicial nos ocupamos del periodo que antecede a la Primera Guerra Mundial mediante una breve reseña histórica; en la siguiente etapa analizamos el entorno de la sociedad internacional después de esta confrontación armada internacional hasta 1998, cuando fue puesta a la consideración de los países miembros de las NU el Estatuto de la CPI, y, finalmente, la última parte de nuestra clasificación empieza precisamente con la adopción de este instrumento internacional, en el que el DPI ingresa a una dimensión de justicia de alcance mundial para funcionar con leyes expedidas con anterioridad y con un tribunal previamente establecido, cuya estructura y funcionamiento se encuentran inspirados en los principios del Derecho Penal aceptados por la comunidad internacional. A continuación, nos permitimos desarrollar cada uno de estos rubros con el mismo orden en que se encuentran señalados.

A través de los juristas romanos, quienes transformaron en ciencia “el saber decir el Derecho” o en discernir entre lo justo y lo injusto, recibimos por medio de la Compilación de Justiniano,<sup>179</sup> el conjunto de los principios elementales que permitieron el posterior desarrollo del Derecho Positivo, y en el que hoy en día constatamos su evolución,<sup>180</sup> al grado de que en la época moderna conocerlo se considera como finalidad de la ciencia

<sup>179</sup> Una vez que Justiniano accedió al trono del Imperio romano en el año 527 d.C., llevó a cabo una serie de acciones para consolidar y centralizar sus dominios, y años después vio la necesidad de establecer un sistema legal uniforme; para lograrlo, una comisión imperial presidida por el jurista Triboniano trabajó durante diez años para recopilar y sistematizar el Derecho romano. Su trabajo, conocido como *Código justiniano*, fue promulgado en el año 529; fue incorporado al *Corpus Iuris Civilis* (Cuerpo de Derecho Civil), en el que se reunían todas las Constituciones de los emperadores romanos desde Adriano (117-138 d.C.) hasta la fecha de su publicación (529); y fue actualizado mediante la adición de nuevas leyes, escritas mayormente en griego, el resto fue redactado en latín, con lo cual se reflejaba la realidad lingüística del Imperio. Javier Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Ediciones de la Universidad de Navarra, 2006, pp. 73 y ss.

<sup>180</sup> Esta progresiva trascendencia, no se limita a su incorporación al sistema de justicia de diversos países, sino que tiene la posibilidad de ser aplicado en la totalidad de los estados del mundo, ya que si bien es cierto que hasta 2005 se han incorporado al Estatuto de la CPI un total de 108 estados, no se puede soslayar lo dispuesto en su artículo 4.2. en el sentido de que la Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio “de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado”.

del Derecho Penal, ya que “representa el mundo del delito, su lucha y su prevención”.<sup>181</sup>

En cuanto a su participación en el contexto internacional, se tienen antecedentes desde el siglo xv, cuando surgieron las primeras propuestas mediante los proyectos de paz perpetua, pugnando por la creación de un tribunal de justicia internacional, aunque sin otorgarle facultades represivas. En el siglo xix surgen otros trabajos, como los del penalista G. de Gregory en 1832, y los del alemán Von Liszt en 1899,<sup>182</sup> destacándose el “Proyecto de un Código Penal Universal, los trabajos de la Comunidad de Principios de Derecho Penal Internacional”, cuyas aportaciones se encaminaban a la unificación de la facultad represiva del Estado, aunque evidentemente no fructificaron.

Los trabajos mejor diseñados en esta materia empiezan a surgir en los primeros años del siglo xx, incluso los encontramos clasificados en tres ramas: a) Derecho Penal común; b) Derecho Penal nacional-político, y c) Derecho Penal Internacional.<sup>183</sup>

La primera de estas tres ramas está encargada de conocer, juzgar y condenar los hechos criminosos para las bases de la organización social en todo Estado civilizado. En el segundo rubro encontramos los órganos que juzgan y reprenden todo acto ilícito contra el gobierno y el orden político de un Estado. Por último, en la tercera rama se ubican los tribunales que se ocupan de los delitos cometidos dentro de los estados, que en general no influyen en las relaciones pacíficas entre éstos y cuya finalidad es indicar la ley penal aplicable, determinar los efectos extraterritoriales de las leyes represivas de los diferentes estados y fijar las reglas de colaboración entre ellos. Es decir, que en esta época el DPI era considerado como un capítulo más del Derecho Penal; sin embargo, ya disponía de una definición vanguardista propuesta por el penalista rumano Vespasien V. Pella, que indicaba que el DPI era “la ramificación del Derecho público internacional que determina las infracciones, establece las penas y fija las condiciones de responsabilidad penal internacional de los Estados y de los individuos”. La

<sup>181</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 186.

<sup>182</sup> Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho*, *op. cit.*, pp. 1109, 1119, 1038 y 1039. A manera de ejemplo de estos trabajos en materia del DPI, se encuentra la sesión que la comunidad de principios sobre la validez espacial de las leyes penales llevó a cabo en Munich, en 1883, en la que estableció entre sus acuerdos que: “La ley penal de un Estado se aplica a toda infracción cometida en su territorio, a reserva de las excepciones consagradas por el derecho de gentes”.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 1089 y 1090.

cual era calificada de utópica en los primeros años del siglo XX, ya que se consideraba que presentaba situaciones que no correspondían al momento histórico.

Con esta inercia tan importante, también surgen las primeras propuestas de redacción de un DPI que permite a un tribunal jurisdiccional ejercer su facultad con base en el principio de *nulla poena sine lege*. Más adelante, al término de la Primera Guerra Mundial, el DPI es sometido a la primera prueba, sin contar aun con la ley expedida con anterioridad a los hechos ni con el tribunal previamente establecido; pero las circunstancias le exigían una acción inmediata y ejemplar, como es el caso de los acuerdos adoptados en el Tratado de Versalles, en cuyos artículos 226 y 227 se dispuso llevar al káiser Guillermo II ante un tribunal especial conformado por jueces de EUA, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón; sin embargo, éste logró evadir la acción de la incipiente justicia penal internacional al concedérsele asilo en Holanda,<sup>184</sup> y respecto de aquellos subordinados del káiser, responsables de violación a las leyes de la guerra, que fueron sujetos a juicio en su país de origen, tampoco tuvo éxito la justicia punitiva, por la parcialidad que caracterizó a los tribunales nacionales, imponiendo a los acusados penas mínimas de prisión,<sup>185</sup> lo cual causó importantes comentarios, que constantemente son invocados al efectuar los análisis sobre la jurisdicción penal internacional.<sup>186</sup>

Después de estas experiencias y previamente a la segunda confrontación armada de carácter internacional, se efectuaron infructuosamente otras propuestas para el establecimiento del tribunal permanente de justicia internacional, de tal manera que se presentó la Segunda Guerra Mundial sin que el mundo contara con un órgano jurisdiccional supranacional, motivo por el cual los triunfadores instituyeron los ya conocidos tribunales

<sup>184</sup> Leila Nadya Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millenium*, Transnational Publisher Inc., Nueva York, 2002, p. 24. Alicia Gil Gil, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED, Valencia, 1999, p. 160.

<sup>185</sup> Santiago Urios Moliner, "Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional", en Juan Luis Gómez Colomer *et al.*, *La Corte Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 28. Coincide en este sentido la maestra Micaella Frulli, en su artículo "Jurisdiction *ratione personae*", en Antonio Cassese *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 529.

<sup>186</sup> José Raúl Calderón Pergón, *El Juicio de Nüremberg. Hacia una Corte Penal Internacional*, Jabalcuz, España, 2001, p. 64. Precisa el autor que el tribunal de Nüremberg juzgó a 22 altos dirigentes alemanes por los crímenes en los que incurrieron, de los cuales sentenciaron a pena de muerte a 12, cuatro a cadena perpetua, dos a 15 años de prisión, uno a 10 años y tres fueron encontrados no culpables.

militares internacionales de Núremberg<sup>187</sup> y de Tokio,<sup>188</sup> con opiniones encontradas de la sociedad internacional.

En la segunda fase se destaca que el DPI continuó desarrollando su trabajo por medio del “método de casos”,<sup>189</sup> ya que el CS se encontraba en la necesidad de implementar los tribunales *ad hoc* para cumplir con las encomiendas establecidas en su Carta, especialmente aquellas relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como para cooperar en la solución de los problemas internacionales de carácter humanitario, reaccionando ante las nuevas eventualidades con los tribunales *ad hoc* la ex Yugoslavia y Ruanda.<sup>190</sup>

En años recientes, el DPI nos brinda un desarrollo sin precedente con las facultades que se le otorgan a la CPI, las cuales veían lejanas algunos tratadistas, como es el caso del maestro Jiménez de Asúa, quien señalaba que “esos ideales no parecen por ahora de este mundo”;<sup>191</sup> sin embargo, con la aprobación del ER, el 17 de julio de 1998,<sup>192</sup> el DPI empieza a ver la cosecha

<sup>187</sup> *Ibidem*, pp. 1244 y 1245. El 21 de noviembre de 1945 se inició formalmente la actividad de este trascendental tribunal, tal como se había precisado en el Acuerdo de 8 de agosto de ese mismo año. El 29 de julio de 1946, defensores y fiscales concluyeron sus alegatos, y el 1 de octubre de 1946 se dictaron las sentencias correspondientes.

<sup>188</sup> *Ibidem*, pp. 1215 y ss. Este tribunal inició sus reuniones en mayo de 1946, y el 12 de noviembre de 1948 emitió su sentencia condenando a la pena de muerte al general Tojo y a otros seis militares japoneses.

<sup>189</sup> Así lo señaló el fiscal Jackson en su primera intervención ante el Tribunal de Núremberg. Sergio García Ramírez, *Corte Penal Internacional*, 2a. edición, INACIPE, México, p. 236.

<sup>190</sup> El primero de estos tribunales fue instituido en 1993 para juzgar a los responsables de las violaciones graves del DIH en la antigua Yugoslavia, a partir del 1 de enero de 1991, mediante las Resoluciones 808 y 827, de 22 de febrero y 19 de mayo de 1993; para lo cual el CS invocó el citado artículo 1 de la Carta por haber considerado que se encontraba ante hechos que ponían en peligro la paz y la seguridad internacionales. Agrega a este respecto el maestro Villán Durán que el trabajo de las NU no se limita a la creación de estos dos tribunales, sino que también se ha ocupado de las situaciones que se presentaron en Burundi, Camboya, Sierra Leona y Timor Oriental. Cfr. Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 512. Por cuanto hace al Tribunal de Ruanda, creado el 8 de noviembre de 1994 por el CS mediante la Resolución 955 (1994), de un análisis de su Estatuto, específicamente de los artículos 1, 2, 3, 4 y 5, se establece que tiene facultades para enjuiciar a los probables responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones del artículo 3 común a las convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II, cometidos en territorio de Ruanda durante el año de 1994, así como a los ruandeses que los hayan cometido en territorio de estados vecinos.

<sup>191</sup> Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho*, *op. cit.*, p. 1090.

<sup>192</sup> UN.Doc. A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998. Los resultados de estas votaciones fueron: 120 estados a favor, ocho en contra (EUA, Filipinas, India, Israel, Libia, República Popular China, Sri Lanka y Turquía), así como 21 abstenciones. El 31 de diciembre de 2000

de los trabajos realizados durante varios años, inclusive siglos, y que ahora es una realidad mediante la figura de la Corte Penal Internacional.

En este sentido, tenemos que el siglo XXI empieza con un tribunal penal internacional permanente, capaz de ejercer su facultad jurisdiccional prácticamente en todo el planeta, bajo dos reglas esenciales: la primera es que se debe actuar con carácter complementario “de las jurisdicciones penales nacionales”,<sup>193</sup> en los territorios de los estados partes; y la segunda es que puede ejercer su competencia en el territorio de cualquier otro Estado mediante un “acuerdo especial”.<sup>194</sup> Esto implica que su facultad jurisdiccional se puede actualizar en todo el mundo, en el afán de poner fin a la impunidad respecto de los delitos más graves de trascendencia para la comunidad internacional, y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, de los que por el momento destacan los de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.<sup>195</sup>

fue cerrada a la firma dicho Estatuto, con un total de 139 estados firmantes; en menos de dos años, en abril de 2002, ya había ratificado y, en su caso, adherido, el número de estados que requiere el artículo 126 de su Estatuto. Inclusive, la cifra fue cerrada con 66 estados ratificantes, de tal manera que el Estatuto entró en vigor el 1 de julio de ese mismo año de 2002, al ser esa la fecha que actualiza el mandato que establece el citado artículo 126: “entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del secretario general de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación”.

<sup>193</sup> Ésta es la certeza jurídica que otorga el Estatuto de la CPI, en el décimo párrafo de su Proemio y en su artículo 1.

<sup>194</sup> Así lo dispone el artículo 4.2. del Estatuto de la CPI al contener literalmente: “La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado”.

<sup>195</sup> Cabe precisar que el delito de agresión ha sido materia de análisis desde los primeros años del siglo XX, tal como se constata en los resultados obtenidos en el Primer Congreso Internacional del Derecho Penal, celebrado en Bruselas, en 1926, de cuyos acuerdos se desprende el otorgamiento de facultades al Tribunal permanente de justicia internacional para juzgar al responsable que ponga en juego el crimen de agresión. En el punto 4º de los acuerdos alcanzados en este Congreso Internacional se dispuso literalmente: “Que dicho tribunal permanente conozca, además de las responsabilidades individuales que pueda poner en juego el crimen de agresión, los crímenes y delitos conexos [...]”. Posteriormente, en la tercera reunión de la CDI de la ONU, celebrada del 16 de mayo al 27 de julio de 1951, fue presentado el proyecto del Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en cuyo artículo 2º se establecía como crimen de Derecho Internacional “Toda agresión de un Estado contra otro, mediante fuerza armada, que no sea de legítima defensa o en ejecución de un mandato de las Naciones Unidas”. Se complementa este artículo 2º con el texto siguiente: “[...] la amenaza de emprender un acto de agresión; la preparación del empleo de la fuerza para este fin; la incursión en otro Estado; el fomento de la guerra civil en territorio

En cumplimiento de esta encomienda, la CPI ha recibido más de 500 asuntos de diferentes puntos del mundo, por considerar que se actualiza en ellos su competencia; sin embargo, la mayoría de ellos fueron rechazados, iniciando un número muy reducido de casos hasta el año 2011,<sup>196</sup> cuyos hechos tuvieron lugar en el continente africano, en los que se consideró que se cometieron delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Uno de estos asuntos llamó mucho la atención, al grado tal que en la conmemoración del décimo aniversario del ER, encabezada por el titular de las NU, el señor Ban Ki-moon, que además de haber elogiado el trabajo de este tribunal pidió a todos los países colaborar y acatar sus decisiones. Esta ceremonia coincidió con la petición de arresto que presentó el fiscal de este tribunal internacional contra el presidente de Sudán, Omán Hassan Ahmad Al-Bashir, como probable responsable de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

Dicha orden de arresto causó algunos movimientos sociales en Sudán, con el propósito de obstruir la facultad jurisdiccional de la Corte, por lo que la petición que hace el actual titular de las NU para que la comunidad internacional aprenda a respetar a la CPI y sus decisiones, destacando que el sistema internacional en su conjunto sufrirá si las decisiones de este tribunal no son

de otro país; favorecer las acciones terroristas; violación por un Estado de obligaciones convenidas y destinadas a asegurar la paz y la seguridad; actos que tiendan a anexionarse un territorio perteneciente a otro Estado; el genocidio; acciones inhumanas contra elementos de la población civil, en el curso de los hechos ya enumerados como delitos; actos perpetrados en violación de leyes y costumbres de la guerra; el complot, la incitación, la tentativa y la complicidad en cualquiera de los crímenes definidos en este artículo". Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho, op. cit.*, pp. 1090, 1121 y 1141.

<sup>196</sup> Hermilo López-Bassols, *op. cit.*, p. 399. Los cuatro casos que la CPI ha iniciado hasta el 2008 son los siguientes: 1º ICC 01/04; relacionado con la situación que prevalece en la República Democrática del Congo, Caso Thomas Lubanga Dilo ICC 01/04-01/06; 2º ICC 02/04, respecto de la situación en Uganda, Caso Joseph Pony Vicent Otti, Okhot Odiambo Ongwen; 3º ICC 01/05, situación en la República Centroafricana; 4º ICC-02/05-01/07, relacionado con los hechos que tuvieron lugar en Darfur, Sudán. Caso: Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman. Los tres primeros asuntos fueron remitidos por los Estados involucrados, y el último, por el cs. Posteriormente, fueron iniciados ICC-01/04-01/07 contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui; ICC-01/05-01/08 en contra de Jean-Pierre Bemba Gombo; ICC-02/05-01/09 en contra de Omar Hassan Ahmad Al Bashir; ICC-02/05-01/09 en contra de Bahar Idriss Abu Garda; ICC-02/05-03/09 contra Abdallah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus; ICC-01/04-01/10 contra Callixte Mbarushimana; ICC-01/09-01/11 contra William Samoel Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Esta información está disponible en [http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations +and+Cases/Situations/situations+icc+0205/Related+Cases/](http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/situations+icc+0205/Related+Cases/)

implementadas de manera adecuada, destacando que en el pasado los crímenes más graves quedaron impunes; los más horribles criminales están libres y a las víctimas se les negó la justicia, y que esta primera década de vida de la CPI debe significar un indicio que romperá ese desafortunado pasado. Destaca el señor Ban Ki-moon, no obstante, que hasta el momento la Corte no ha juzgado a ningún individuo, pero que ya emitió públicamente 12 órdenes de arresto y cuatro probables responsables se encuentran detenidos.<sup>197</sup>

En el ejercicio jurisdiccional de este nuevo esquema del DPI, ya tienen preeminencia los principios más elementales del Derecho Penal aceptados universalmente, tales como *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* y *la irretroactividad ratione personae*, los cuales constituyen el producto de innumerables esfuerzos en la historia del Derecho Penal. En este sentido, hoy en día encontramos para la seguridad de las víctimas y acusados disposiciones como: “La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía”, o como: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”.<sup>198</sup>

Respecto del principio de que sin ley no puede existir pena, el artículo 23 del Estatuto establece que el individuo que resulte culpable por la Corte, únicamente podrá ser condenado conforme a las penas previstas en el propio instrumento. En cuanto al vital principio de la no retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, el primer párrafo del artículo 24 dispone que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

Con esta progresividad que presenta el DPI se espera que los trabajos venideros, ya sean doctrinarios, institucionales o de organizaciones nacionales e internacionales de DH, tenderán seguramente a desarrollar plantea-

<sup>197</sup> Cfr. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/523331.html> Se puede apreciar que la CPI interviene en este caso en su carácter de órgano jurisdiccional complementario de las jurisdicciones penales internacionales, tal como lo dispone el Estatuto en su proemio y en el artículo 1º, en relación con su numeral 17.1.a al establecer que: “la Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la admisibilidad de un asunto cuando: a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

<sup>198</sup> Artículo 22 del Estatuto de la CPI. Además de este importante mandato, en el artículo 64.2. se lee: “La Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos”.

mientos que permitan el fortalecimiento de la CPI en cuanto al número de delitos de su competencia y a la búsqueda de la plena autonomía con la que debe desarrollar su facultad jurisdiccional, ya que se estima que en tanto disponga de mayor autonomía jurisdiccional, mayor será la aceptación que tendrá en los estados partes, y en general de la comunidad internacional, aun cuando se trate de aquellos estados en los que se tiene un concepto de soberanía.

El desarrollo que apreciamos en la codificación del DPI, tanto en su estructura como en los mecanismos de validez de sus normas y de la responsabilidad de los involucrados en caso de infracción, lo convierte en un fenómeno jurídico que se posesiona de la mesa de los especialistas de esta materia y seguramente también de los escritorios de un importante número de funcionarios alrededor del planeta, puesto que la evolución del DPI se traduce en muchos casos en un conflicto “de Estado”, precisamente por el efecto inmediato y directo que presenta en la soberanía nacional.

Esta situación es un elemento más que confirma la evolución universal de los DH, que bajo un discreto impacto produce un nuevo cambio de paradigma dentro del mismo contexto moderno, donde la voluntad de los estados se expresa a través de los documentos internacionales, porque el respeto entre las naciones se sostiene en los principios que establecen la libre determinación de los pueblos, la igualdad soberana de los estados y la no intervención en asuntos de orden interno.

Estos principios rectores universales se están viendo superados con la dinámica de los DH, bajo los lineamientos del propio DIDH, que nos conducen a clasificar instrumentos internacionales, como las declaraciones Universal de Derechos Humanos<sup>199</sup> y Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>200</sup> que históricamente se consideraron de carácter “declarativo” y que ahora se están instituyendo como normas jurídicas “obligatorias”; por lo tanto, en un contexto jurídico, se convierten en Constitución universal y Constitución regional, respectivamente, ya que además de la obligatoriedad que se pretende atribuirles, no existen sobre estos documentos internacionales otras normas superiores en materia de derechos humanos.

Como consecuencia de lo anterior, podemos establecer que el concepto de “soberanía nacional” continuará de manera inminente en su tendencia de relativizarse ante la preponderancia universal que están logrando los derechos de la familia humana, tanto en los documentos internacionales como en la implementación de organismos protectores universales, regionales y

<sup>199</sup> Adoptado en Nueva York el 10 de diciembre de 1948.

<sup>200</sup> Adoptado en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

comunitarios. Ejemplo de ello lo encontramos en la figura de la CPI, que más allá de juzgar al ente abstracto denominado Estado se encuentra investida de facultades para someter a juicio a personas naturales,<sup>201</sup> esto es, a los agentes de Estados y a los propios gobernantes, como es el caso del señor Omán Hassan Ahmad Al-Bashir, que en su carácter de presidente de la República de Sudán se hizo acreedor a una orden de arresto que giró este tribunal penal internacional.

#### LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL, SU CONCEPTO Y SU EXPECTATIVA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En los últimos años, la humanidad ha sido testigo de los cambios que se han presentado en las normas internacionales que buscan su protección y la armonía de su convivencia. También se constata que en este lapso de poco más de medio siglo se han efectuado esforzados trabajos para mantener vigentes los principios internacionales, en tanto principios rectores de los estados para buscar un desarrollo integral bajo un marco de respeto mutuo y de la libre autodeterminación de los pueblos. Esta circunstancia general prevaleciente a nivel planetario se encuentra representada fielmente en el campo del DPI —tal como analizaremos profusamente en el capítulo tercero—; sin embargo, se estima que esta rama del derecho extraerá los aspectos más importantes para continuar con su franco crecimiento; y de esta manera, de forma categórica las ideas de que “El Derecho Penal Internacional se desarrolla a través del método de casos”,<sup>202</sup> sino que la propia evolución de la sociedad, a través de sus diversos actores, esto es, legisladores, juzgadores, sectores del Ejecutivo, doctrinarios, docentes, organizaciones de la sociedad civil, entre otros sectores, van marcando las exigencias de los satisfactores ineludibles en esa idea del Estado democrático, sustentado en la convicción de respeto y promoción de los derechos humanos.

De este modo tenemos las experiencias adquiridas con los tribunales *ad hoc*; los especialistas y organismos involucrados en este tema van implementando las medidas necesarias para que la justicia penal internacional se administre de la mejor manera, con la objetividad e imparcialidad que el ser

<sup>201</sup> El artículo 25 del Estatuto de Roma establece: “Responsabilidad penal individual. 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”.

<sup>202</sup> Es la aseveración que efectúa el fiscal Jackson en el marco de su primera intervención ante el Tribunal de Núremberg, el 21 de noviembre de 1945, tal como se había indicado en el acuerdo del 8 de agosto de ese año. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho, op. cit.*, pp. 1215.

humano merece, a través de un tribunal provisto de los elementos necesarios para realizar su función jurisdiccional con la suficiente autonomía y, en su momento, se encuentre en posibilidad de responder a las exigencias del debido cumplimiento de su encomienda.<sup>203</sup>

Aun en el caso de que los tribunales internacionales *ad hoc* hayan cumplido a cabalidad la función que se les ha encargado y que se haya establecido material y formalmente la CPI, los tribunales nacionales, sin lugar a dudas, continuarán realizando una importante labor, inclusive de manera paralela, ya que la posición que ocupan en el esquema jurídico de sus respectivos países los convierten en órganos insustituibles, y desde esa perspectiva estarán en posibilidad de ejercer en cualquier momento el principio de la jurisdicción universal,<sup>204</sup> en los casos que la naturaleza del delito lo requiera y que el marco jurídico de los estados involucrados lo permita. La CPI puede cubrir este aspecto en su carácter complementario, respecto de los delitos de su competencia y bajo los supuestos contemplados en el propio ER,<sup>205</sup> a través de sus mecanismos de “jurisdicción internacional”.

El vocablo jurisdicción universal aparece en el campo del Derecho Internacional en la recta final de los crímenes que se presentaron en la Segunda Guerra Mundial, por conducto de Willard B. Cowles, al señalar que mediante su activación se otorga la facultad o el deber de todos los Estados para sancionar determinados crímenes que pueden constituir ofensas a la

<sup>203</sup> En este sentido, María Dolores Bollo Arocena señala que desde la perspectiva de la jurisprudencia interna de los estados, ilustra en buena medida este planteamiento una sentencia del Tribunal constitucional húngaro en 1993, en la que puso de manifiesto que la obligación de perseguir y castigar a los autores de determinados delitos tiene su razón en el Derecho Internacional consuetudinario, en los principios reconocidos por las naciones civilizadas y en los reconocidos por la comunidad internacional, al margen de que los estados hayan adoptado tales exigencias en su Derecho Interno. Cfr. Decisión 53/1993 (X.13) del Tribunal Constitucional húngaro. Ma. Dolores Bollo Arocena, *Derecho Internacional, op. cit.*, p. 316.

<sup>204</sup> Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coords.), *Crimen internacional, op. cit.*, p. 14.

<sup>205</sup> Recordemos que el artículo 17 del Estatuto de la CPI contiene las cuestiones de admisibilidad de casos ante su jurisdicción, y en este sentido dispone que para actuar en un asunto se deben tomar en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; que haya habido una demora injustificada, o que el proceso no se haya sustanciado de manera *independiente* o *imparcial*. Por cuanto hace al segundo párrafo del numeral 1 del propio Estatuto, señala el carácter complementario que tiene la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales.

humanidad, a través de los tribunales nacionales de cualquier Estado, es decir, que el conocimiento de tales crímenes no puede ser exclusivo de los tribunales del Estado en cuyo territorio hayan tenido lugar los hechos.<sup>206</sup> Actualmente, el principio de la jurisdicción universal encontrará terreno fértil en los estados democráticos, que son los que garantizan la existencia de tribunales investidos de autonomía en su ejercicio jurisdiccional.

En este orden de ideas, mediante la jurisdicción universal se manifiesta el compromiso de la comunidad internacional para perseguir, enjuiciar y, en su caso, sancionar a los responsables directos de los crímenes que agravian a la humanidad; mediante este instrumento jurídico los tribunales nacionales pueden ejercer su jurisdicción para evitar la impunidad, actuando en nombre de la comunidad internacional,<sup>207</sup> lo que implica que si la violación de obligaciones impuestas por normas de *ius cogens* provoca la ampliación de los sujetos susceptibles de invocar la responsabilidad internacional, también tendrá como efecto que el nacimiento de una responsabilidad penal individual se persiga a nivel universal.<sup>208</sup>

De esta manera, se empieza a dejar en un segundo momento el principio de la territorialidad,<sup>209</sup> así como el principio de la personalidad activa y de la personalidad pasiva. Con motivo de estas circunstancias, el tema que ahora nos ocupa también es conocido como principio “cosmopolita”, “universal” o de la “justicia absoluta”, o como nos diría el maestro Sebastián Soler: “la ley penal de cada Estado tiene validez universal respecto de acciones de extraordinaria inmoralidad, que afectan por igual la cultura de todas las naciones de la comunidad internacional”.<sup>210</sup>

Para una mejor precisión de este planteamiento, retomemos brevemente el criterio plasmado por los jueces de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso Lotus, en el que se estableció que no obstante resultar cierto que en los sistemas jurídicos es elemental el carácter territorial del Derecho Penal, también lo es que todos los sistemas pueden extender su jurisdicción a los delitos que se cometan allende sus fronteras; de

<sup>206</sup> Willard Cowles B., “Universality of Jurisdiction over War Crimes”, *California Law Review*, vol. 33, núm. 2, junio de 1945, p. 178.

<sup>207</sup> David Ordóñez Solís, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global: globalización, derecho y jueces*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 77.

<sup>208</sup> Cfr. Esperanza Orihuella Calatayud, “Justicia universal y derechos humanos”. *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, 2002, p. 114.

<sup>209</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos*, op. cit.

<sup>210</sup> Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, IEA, t. I, Buenos Aires, 1978, pp. 148 y 149. También precisa el autor que en la aplicación de la ley penal de un Estado, bajo el principio de la jurisdicción universal, no debe importar el lugar del delito, la nacionalidad del autor ni la de la víctima.

tal manera, precisa dicho tribunal, que el principio de la territorialidad no tiene carácter absoluto en el Derecho Internacional y que de ningún modo coincide con la soberanía territorial.<sup>211</sup> Por su parte, la maestra Esperanza Orihuela sostiene que mediante el principio de la jurisdicción universal se protegen los intereses de la comunidad internacional, respecto de los crímenes que se encuentran definidos en el Derecho Internacional convencional y en el Derecho Internacional consuetudinario, que fundamenta la legitimación de cualquier Estado para proceder en contra de los directamente responsables, con independencia de su nacionalidad y la del sujeto pasivo, así como del lugar de los hechos y de la afectación de los nacionales del Estado que la ejerce por los delitos que se persiguen.<sup>212</sup>

Complementamos el razonamiento de la maestra Orihuela con el panorama que nos presentan los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional a dichos convenios de 1977, en los que encontramos expresamente la base jurídica para activar la jurisdicción universal respecto de los tipos penales que sugiere en la materia de las confrontaciones bélicas, precisando que los estados tienen la obligación de enjuiciar a los acusados ante sus propios tribunales o, en su caso, entregarlos a otro Estado competente que los requiera.

Cabe precisar que en el informe final rendido por el señor Louis Joinet, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, sobre el tema de la administración de justicia y los DH de los detenidos, en el rubro de derecho a la justicia, específicamente sobre la delimitación de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras e internacionales,<sup>213</sup> se destacan los aspectos siguientes:

1º Que se podrá admitir la competencia concurrente de un tribunal penal internacional cuando los tribunales nacionales no ofrezcan las garantías suficientes de independencia e imparcialidad o cuando les resulte materialmente imposible desempeñar sus funciones, pudiendo pedir en este caso al tribunal nacional que decline la competencia en su favor.

2º Los tribunales extranjeros ejercerán su competencia en el marco de una cláusula de competencia universal prevista en un tratado vigente o de una disposición legal interna en que se establezca una norma de

<sup>211</sup> Cfr. sentencia del caso Lotus (Francia vs. Turquía), CPII, serie A, núm. 10, 7 de septiembre de 1927, p. 20.

<sup>212</sup> Esperanza Orihuela Calatayud, *Aplicación del Derecho Internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales*, vol. 4, Escuela Diplomática, San Sebastián, 2000, p. 344.

<sup>213</sup> UN.Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de fecha 2 de octubre de 1997.

competencia extraterritorial para los delitos graves, conforme al Derecho Internacional.

3º Con el propósito de reforzar la eficacia de la competencia universal, se sugiere que cuando los estados adopten un tratado internacional de DH se comprometan a buscar y hacer buscar a los acusados de violación a los derechos protegidos por ese instrumento; por lo que deberán adoptar las medidas legislativas u otras medidas de Derecho Interno que permitan aplicar efectivamente esa cláusula de competencia universal.

4º De no existir un compromiso para la activación de la competencia universal en el Estado en que se haya cometido una violación grave a los DH, otros estados pueden adoptar las medidas legislativas necesarias para ejercer su competencia extraterritorial respecto de delitos graves que se hayan cometido fuera de su territorio y que por su naturaleza no estén previstos en el Derecho Penal Interno ni en el Derecho represivo internacional.

El planteamiento que se hizo en el Informe del señor Joinet respecto de los criterios de competencia es aplicable en diversos asuntos que han tenido un impacto importante ante la comunidad internacional, como son los casos relacionados con Scilingo, Guatemala, Ricardo Miguel Cavallo y Augusto Pinochet,<sup>214</sup> los cuales arrojaron distintos resultados en la activación que se hizo del mecanismo de la jurisdicción universal. En este sentido, tenemos que la actuación de los tribunales nacionales bajo el principio de la jurisdicción universal se hace más como obligación que como facultad, ya que se trata de crímenes de extrema gravedad que afectan directamente a toda la familia humana.<sup>215</sup>

<sup>214</sup> Manuel Ollé Sesé, *El principio de justicia universal*, op. cit., pp. 232-235. Agrega el autor que hay casos en que no se ha tenido la misma atención, tales como EUA en el caso Couso, y China en el caso Tíbet, donde inclusive se han negado a cumplir las peticiones de auxilio internacional o a cumplir con las órdenes internacionales de detención con fines de extradición. Respecto del caso Scilingo, resuelto por la Audiencia Nacional Española, Sala de lo Penal, el 19 de abril de 2005 condenó al señor Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, entre otras penas, como autor del delito de lesa humanidad, causando 30 muertes alevosas, "a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas". Destacan los miembros del tribunal en su Resolutivo Quinto: "Estimamos que más que la exacerbación cuantitativa de la pena, lo que deben garantizar esta clase de delitos es su persecución eficaz, vb.: a través de la internacionalización de su persecución, imprescriptibilidad, etcétera". Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C, Instrucción, núm. 5.

<sup>215</sup> Baltasar Garzón, en Moisés Moreno Hernández (coord.), *El Estatuto de Roma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el Derecho nacional de los países latinoamericanos*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, Ius Poenale, México, 2004, pp. 39-43. Nos precisa el juez Garzón que con los casos de Argentina y Chile no se aplica por primera vez en España el principio de justicia universal, sino que las primeras fueron en 1988, en contra de terroristas que surgieron en 1983.

Respecto de los asuntos de mayor importancia que pudieron constituir antecedentes de este principio de jurisdicción universal, tenemos el caso de Peter von Hagenbach, gobernador de Breisach en Borgoña, acusado, en 1474, de la comisión de diversos crímenes, como asesinatos, violaciones y pillaje; fue juzgado y condenado a la pena de muerte por un tribunal compuesto por 28 jueces procedentes de cada una de las ciudades aliadas al archiduque de Austria en Alsacia, el río Rin Superior y Suiza.<sup>216</sup>

Otro asunto en que se actualizó el principio de la jurisdicción universal se encuentra relacionado con la piratería, conocido como el caso *Rex vs. Dawson*, cuyo juicio fue ventilado en Inglaterra, en 1696, derivado de un acto de piratería contra la nave *Gunway*, propiedad de un soberano extranjero. En uno de los votos de los miembros del tribunal se precisó que el rey de Inglaterra no tiene solamente imperio o soberanía sobre los mares británicos para castigar la piratería, sino que en concurrencia con otros príncipes y estados, y por este tipo de delitos, tendrá una indudable jurisdicción y poder en las más remotas partes del mundo.<sup>217</sup>

Un tercer asunto de esta magnitud tuvo lugar en 1820, cuando la Suprema Corte de Estados Unidos aceptó la propuesta del procurador general, en el sentido de que la piratería debía ser punible por los tribunales de todas las naciones, unidas todas ellas en una liga para su defensa y seguridad, admitiendo de esta manera la jurisdicción universal para los que incurren en este crimen.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Georg Schwarzenberger, citado por Alberto Luis Zuppi, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 43. Este tribunal fue presidido por un juez designado por el propio archiduque, y condenó a Hagenbach a la pena de muerte, y se considera como la primera condena criminal impuesta por un tribunal colegiado internacional de la historia.

<sup>217</sup> *Rex vs. Dawson and others*, 8 William III, 1696. 5 State Trials 1742. Invocado por Luis Zuppi, *Jurisdicción universal para crímenes*, op. cit., pp. 43 y 44, en el que precisa que este interesante razonamiento lo expone el juez inglés *sir* Charles Hedges, y tiene el mismo sentido con lo planteado por Hugo Grocio al señalar que, desde 1625, Hugo Grocio ya hacía referencia a aquellos hechos que no sólo afectan a los soberanos por ser males cometidos contra ellos, sino que afectaban a todas las personas por violar *la ley de la naturaleza o la ley de las naciones*. En este mismo sentido presentaba sus razonamientos Emeric Vattel al sostener que algunos crímenes, por su calidad intrínseca o por la frecuencia con la que son perpetrados —como es el caso de la piratería—, violan toda forma de seguridad pública y sus autores se declaran enemigos de todo el género humano.

<sup>218</sup> *United States vs. Smith* 18 U.S. 153 (Wheat) (1820). La sentencia es visible en el sitio <http://caselaw.lp.findlaw.com> Se aprecia que en el asunto planteado fue condenado Thomas Smith, quien en marzo de 1819 era parte de la tripulación del barco argentino *Criollo*, que se amotinó contra su capitán en la isla Margarita, y se apoderó igualmente del navío *Irresistible*

En épocas recientes señalábamos además los casos Scilingo, Guatemala, Cavallo y Pinochet, cada uno con sus respectivas soluciones, de los cuales se puede apreciar que la tipificación de los delitos graves ha sido el resultado de largos años de esfuerzos;<sup>219</sup> así lo podemos constatar, por ejemplo, en el marco del derecho humanitario, impulsado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y las primeras convenciones de Ginebra de 1864,<sup>220</sup> las aportaciones que se hacen con el Tratado de Montevideo en 1889,<sup>221</sup> diez años

perteneciente al gobierno de Artigas, para dedicarse a la piratería en alta mar contra propiedades españolas. Cfr. Luis Alberto Zuppi, *Jurisdicción universal para crímenes*, op. cit., p. 44, quien agrega un caso más, relacionado con la esclavitud, *United States vs. The La Jeune Eugenie*, 26 Fed. Cas. 832 (CCD Mass. 1822) (núm. 15.551), en el que el juez que conoció del asunto estableció que la esclavitud era un crimen contra la ley de las naciones, basándose en la práctica que se observaba en aquellos tiempos en el continente europeo.

<sup>219</sup> No es el propósito tomar como punto de referencia el antecedente que refiere el maestro Bassiomi con aquel primer tratado de extradición de que se tiene registro en la antigüedad, con la civilización egipcia en el año 1280 a.C., pero sí el caso de Peter von Hagenbach, que en 1474 fue condenado a la pena de muerte por un tribunal de 28 jueces de las ciudades aliadas al archiduque de Austria; el de Nápoles en 1682, en el que recayó sentencia condenatoria por realizar una guerra de agresión; o el caso *Rex vs. Dawson*, de Inglaterra, en 1696. Cfr. Luis Alberto Zuppi, *Jurisdicción universal para crímenes*, op. cit., pp. 43 y 44. En fin, los antecedentes que reclamaban una legislación a nivel internacional se iban incrementando, especialmente en materia de las confrontaciones armadas; inclusive, en 1585, ya se publicaba en una obra de la literatura universal: “dicen las letras que sin ellas no se podrían sustentar las armas, porque la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellas, y que las leyes caen debajo de lo que son letras y letrados. A esto responden las armas que las leyes no se podrán sustentar sin ellas, porque con las armas se defienden las repúblicas, se conservan los reinos, se guardan las ciudades, se aseguran los caminos, se despejan los mares de corsarios, y, finalmente, si por ellas no fuese [...] estarían sujetos al rigor y a la confusión que trae consigo la guerra”. Miguel de Cervantes Saavedra, *Don Quijote de La Mancha*, Editores Mexicanos Unidos, México, 2000, capítulo XXXVIII, pp. 222 y 223.

<sup>220</sup> El Convenio de Ginebra que tradicionalmente se conoce nació en 1864, por iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que acababa de ser fundada. Junto con los convenios que los complementan, protegen al soldado herido, basándose en el respeto debido a la persona humana y a su dignidad bajo el principio de la asistencia desinteresada, que se sustenta en la idea de que el herido, prisionero o naufrago, sin defensa alguna, ya no es un enemigo, sino únicamente un ser que sufre. En el concepto, del 20 de octubre de 1868, se presentó un proyecto de artículos adicionales que no fue ratificado. Cfr. *Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, Ginebra, 1986, pp. 8 y 9.

<sup>221</sup> Se destaca de este Tratado de Montevideo lo dispuesto en su artículo 3 al señalar que “cuando un delito afecte diferentes estados, será juzgado por los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se capture al delincuente. Si el delincuente se refugiare en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese prioridad en el pedido de extradición”. En el artículo 4º se dispone “que tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar un solo juicio y se aplicará la pena más grave de las estableci-

después, a través de las convenciones de La Haya de 1899, y más adelante con las de 1907,<sup>222</sup> y de manera más reciente por los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977.<sup>223</sup> Para cerrar el siglo XX, todas las conductas penalmente relevantes derivadas de los conflictos armados fueron descritas en 50 tipos penales, en el artículo 8 del ER,<sup>224</sup> tal como lo precisaremos más adelante, y que han dado paso al establecimiento de una jurisdicción internacional.

das en las distintas leyes penales infringidas. Si la pena más grave no estuviese admitida por el Estado en que se juzga el delito, se aplicará la pena que más se aproxime en gravedad”.

<sup>222</sup> Cfr. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, op. cit.*, p. 9. En 1899, respondiendo a un deseo formulado en la primera Conferencia de La Haya, se volvió a la idea de revisar el Convenio de Ginebra, lo cual se realizó en la Conferencia Diplomática de 1906, concluyendo con un desarrollo importante del Convenio de 1864. Después de la Primera Guerra Mundial, en la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1929, se efectuaron algunas adaptaciones a las condiciones de la guerra moderna, dándole la forma que hoy presenta.

<sup>223</sup> Cfr. *idem*. Surge de un proyecto de revisión del Convenio de Ginebra formulado en 1937, cuyo análisis estaba programado en la Conferencia Diplomática de 1940, que fue pospuesta con motivo de la Segunda Guerra Mundial. Finalmente, el 12 de agosto de 1949 se adoptan los cuatro convenios de Ginebra, los cuales se encuentran clasificados de la manera siguiente: el I, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y el IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Estos convenios conservan su marco tradicional y se sustentan en los principios fundamentales en los que se habían inspirado las versiones anteriores, destacándose que en los siguientes numerales de los respectivos instrumentos se establece la base de la aplicación del principio de la jurisdicción universal para las conductas que infrinjan estos convenios; así se acuerda en el artículo 49 del I Convenio; en el artículo 50 del II; en el artículo 129 del III, y en el artículo 146 del IV. De igual manera, complementa este marco jurídico lo dispuesto en los artículos 85 y 88 del Protocolo I Adicional de 1977, ya que establecen la obligación de todo Estado parte para que proceda a investigar o localizar al probable responsable, a fin de llevar a cabo su aprehensión, enjuiciamiento, y, en su caso, proceder a la imposición de la pena correspondiente; y cuando sea requerido por un tercer Estado competente, proceder a su extradición con las formalidades correspondientes.

<sup>224</sup> Los tipos penales en el rubro que se enfoca esta parte del trabajo, efectivamente fueron concentrados en el ER de 1998, bajo el rubro de “crímenes de guerra”, que suman 50 tipos penales, dentro del artículo 8, en el que esencialmente se dispone: “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho Internacional, c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

En cuanto a los crímenes susceptibles de ser ventilados bajo el principio de la jurisdicción universal, no existe hasta el momento un fundamento de carácter obligatorio, general o internacional, que establezca los tipos penales que puedan ser sometidos a un procedimiento penal de esta naturaleza; sin embargo, con base en lo dispuesto por algunos instrumentos internacionales, como la Convención de 1948 contra el Genocidio<sup>225</sup> y el proyecto del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el DPI encuentra en ellos los lineamientos básicos para su aplicación.<sup>226</sup>

Actualmente, como resultado del desarrollo progresivo de la codificación del Derecho Internacional, se cuenta con un sustento más preciso a través del ER, en el que encontramos un consolidado de 66 tipos penales, clasificados en tres delitos, susceptibles de ser investigados por vía de la jurisdicción internacional de la CPI, cuyo Estatuto contempla el genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

No obstante que por el momento son estos tres delitos los que se definen en este instrumento internacional, en sus artículos 6, 7 y 8, respectivamente, en realidad nos encontramos ante un número muy importante de formas de comisión de tales crímenes. En estos tres artículos encontramos una clasificación total de 66 tipos penales, conformada de la manera siguiente: cinco corresponden al delito de genocidio, 11 al de lesa humanidad y 50 a crímenes de guerra.

Algunas de esta clasificaciones refieren un solo delito, como es el caso de los cinco incisos del artículo 6, donde se establece que “se entenderá por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”. Otros incisos de los numerales mencionados contienen dos o más conductas delictivas, como las que se mencionan en el artículo 7, inciso g, que establece: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado

<sup>225</sup> Esta Convención fue adoptada por las NU el 9 de diciembre de 1948. Establece en su artículo 6 que el crimen de genocidio debe ser juzgado y sancionado por los tribunales estatales en cuyo territorio haya sido cometido el acto criminoso o ante el tribunal penal internacional que sea competente.

<sup>226</sup> UN.Doc. A/51/10, consistente en el Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones del 6 de mayo al 26 de julio de 1996. En este documento se precisa que los delitos que fueron considerados en el proyecto del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son: agresión (artículo 16), genocidio (artículo 17), crímenes contra la humanidad (artículo 18), crímenes contra el personal de las NU y el personal asociado (artículo 19) y crímenes de guerra (artículo 20).

o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.<sup>227</sup> Ésta es la base jurídica para que la CPI despliegue sus facultades a través del mecanismo de la jurisdicción internacional.

Por su parte, Amnistía Internacional ofrece un concepto de la jurisdicción universal en el sentido de que este principio no toma en consideración los límites territoriales establecidos de manera formal y reconocidos por el Derecho Internacional, para llevar a cabo la investigación de los hechos considerados criminosos, enjuiciar y, en su caso, condenar al responsable, sin importar su nacionalidad ni la de la víctima. Tampoco considera la afectación que pudiera darse a los intereses nacionales, es decir, se desentiende de toda circunstancia fáctica para atribuir jurisdicción a los tribunales de todos los estados, en razón de la naturaleza misma del delito. Cuando un Estado procede bajo esta premisa, actúa en definitiva como integrante que es de la comunidad internacional y en nombre y representación de ella.<sup>228</sup>

Por cuanto hace a la expectativa que se presenta para el principio de la jurisdicción universal ante el establecimiento de la CPI, ésta se visualiza, desde nuestra óptica, como una armonizada función judicial entre los tribunales estatales y este órgano internacional y supranacional, a juzgar por el marco jurídico integral que se conforma de las legislaciones nacionales y los instrumentos jurídicos internacionales de esta materia, muy especialmente por el ER de la Corte Penal Internacional.<sup>229</sup>

<sup>227</sup> Otros ejemplos de preceptos legales que contienen un solo delito lo encontramos en el “Artículo 7 [...] a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud [...]”. “Artículo 8.1.i) Matar intencionalmente [...] viii) Tomar rehenes [...]”. Por lo que hace al crimen de agresión, que ha sido definido en los términos precisados en la Resolución RC/Res. 6, aprobada por consenso por la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto, el 11 de junio de 2010, en la decimotercera sesión plenaria, se considera que entrará en vigor en breve término.

<sup>228</sup> Cfr. Amnesty International, “Universal Jurisdiction: The Duty of States of Enact and Implement Legislation”, en [http://amnesty.org/web/web.nsf/pages/int\\_jus](http://amnesty.org/web/web.nsf/pages/int_jus)

<sup>229</sup> Entre estas normas internacionales se encuentra también el IV Convenio de Ginebra de 1949, mediante el cual los estados partes se comprometieron a crear cualquier legislación necesaria que provea las sanciones penales efectivas para las personas que infrinjan la Convención; que el estándar de protección que recoge el ER es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero sí es más efectivo por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más graves, y que la soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los DH o desconocido los mínimos establecidos en el DIH. Con mayor precisión, como lo asienta el Tribunal Constitucional de la República de Perú, mediante sentencia del 6 de agosto de 2002, dentro del expediente núm.

Sustentamos este armónico panorama jurídico y de práctica jurisdiccional, en primer término, por la prioridad que se les otorga en este contexto a los tribunales nacionales para intervenir en el conocimiento de un asunto específico y, en segundo término, por el carácter complementario que el Estatuto le otorga a la CPI para investigar los delitos, enjuiciar, y, en su caso, condenar al responsable al establecer en su artículo 1 que la Corte funcionará con este carácter respecto de las jurisdicciones nacionales.

### CONCLUSIONES PRELIMINARES

*Primera.* El concepto de soberanía, además de ser un instrumento para sustentar el poder, constituye un valor insuperable que únicamente se puede expresar ante la existencia de un Estado y mediante algunos razonamientos elementales que conllevan a sostener que la soberanía, efectivamente, puede representar un poder, pero no el poder de un reducido sector político, sino el poder de los individuos que constituyen el elemento imprescindible para el perfeccionamiento del Estado.

*Segunda.* Actualmente ya no es posible sostener la existencia de una soberanía equiparable a una independencia y poder absoluto, así como tampoco es posible ejercer este atributo del Estado sin responsabilidad. Las circunstancias actuales nos sugieren señalar que el estado de la política mundial contemporánea ha traído al plano de las relaciones internacionales un importante cambio en el concepto de soberanía, que se desarrolla progresivamente por la actual relación de interdependencia y la pronunciada tendencia global.

*Tercera.* El Estado como ente integral es el único que tiene la capacidad de impartir justicia a través de sus instituciones, que ha creado mediante el principio de la división de poderes dentro del marco del Estado moderno. Desde el inicio de la conformación del Estado y ante la necesidad de resolver controversias, a través de la noción que se pudiera tener de la jurisdicción, se guió por el sentido de la equidad y la justicia, pero ante la existencia de una autoridad para resolver el conflicto entre dos o más miembros de aquella sociedad, la resolución debía ser acatada voluntaria o coactivamente, ya que del respeto a esa autoridad dependía la subsistencia de la estructura social-política.

1003-98-AA/TC. Lima, Jorge Miguel Alarcón Menéndez, en el sentido de que el principio *pro homine* impone que, en vez de asumir la interpretación restrictiva de una norma, se debe optar por el criterio que posibilite que el individuo pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional. Cfr. <http://www.monografias.com/trabajos35/conflicto-armado-colombia/conflicto-armado-colombia3.html>

*Cuarta.* El concepto de jurisdicción históricamente ha sido tema permanente de discusiones y conflictos en el Derecho Internacional. No representa un fenómeno jurídico extraordinario, sino que es una circunstancia con la que se ha sabido convivir, tomando en cuenta que aun en el Derecho doméstico, frecuentemente constituye la sustancia de juicios jurisdiccionales prolongados y trascendentales. De tal manera que en el orden internacional esta figura jurídica podría revestir mayores complejidades; sin embargo, ante el nacimiento de la CPI se considera que los conflictos de esta naturaleza serán reducidos notablemente.

*Quinta.* La evolución del DPI nos ha llevado a aplicar diversos mecanismos para acercar a los inculpados al tribunal. Destaca el principio de la jurisdicción universal, a través del cual los estados tienen la posibilidad de ejercer su facultad legislativa y jurisdiccional más allá de sus fronteras; pueden activar sus órganos jurisdiccionales para aplicar sus leyes, sin importar el lugar en que se haya cometido el evento criminoso, ni el origen del sujeto activo, ni el del sujeto pasivo, basados en la gravedad de los delitos y, principalmente, en la protección de los intereses de la comunidad internacional, respecto de los crímenes que están definidos en el Derecho Internacional convencional y en el Derecho Internacional consuetudinario.

*Sexta.* La función de los tribunales bajo el principio de la autonomía jurisdiccional, y la independencia judicial y demás garantías judiciales, pueden contribuir a evitar los riesgos comunes a nivel nacional e internacional por las posibles injerencias de los diferentes órganos políticos en la labor judicial. La combinación de estos elementos, desde otro ángulo, puede traducirse en un derecho de los inculpados a ser sometidos a un proceso, bajo los lineamientos aceptados como estándares internacionales.

*Séptima.* La positivización del principio de autonomía jurisdiccional tiene su origen en la Constitución de Virginia de 1776 al establecer que los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado deben estar separados y ser distintos del Judicial, y unos años después, en 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al consagrar que toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos ni determina la separación de poderes no tiene Constitución. Así empieza a ser incorporada esta disposición en todos los estatutos y constituciones de Europa, convirtiéndose en uno de los fundamentos del Estado de Derecho y en un importante pilar de la moderna organización unitaria separada del orden judicial, caracterizada por la unidad de jurisdicción y la universalidad de las competencias.