

### III. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU ARMONIZACIÓN CON LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS

#### INTRODUCCIÓN

EL MUNDO del derecho se encuentra permanentemente en un estado de cambios; ante la necesidad de ajustarse a la evolución de la sociedad ha instituido nuevos principios, conformado instituciones, implementado nuevos órganos nacionales, comunitarios, regionales e internacionales, actualizado las reglas de convivencia, ha reconocido y otorgado mayores beneficios sociales, incrementado las obligaciones del Estado ante el reconocimiento y la ampliación de los derechos y las libertades de los gobernados, diseñado nuevos tipos penales, incluso, ha modificado procedimientos para procurar y administrar la justicia, estableciendo nuevos tribunales, algunos inclusive con facultades inéditas, cuyas resoluciones se sustentan en principios innovadores.

Este conjunto de fenómenos no constituye situaciones extraordinarias, en virtud de que la historia así lo ha registrado; la humanidad ha experimentado diversas etapas, entre ellas destacamos, por razón del tema, las formas de imponer el orden en su organización, independientemente de la naturaleza que ésta sea, su sistema de justicia, por ejemplo, la Ley de Talió,<sup>1</sup> que históricamente constituyó una importante fuente para sancionar conductas contrarias a la ley, principalmente durante la Edad Antigua y la Edad Media, en las que tuvo auge, ya que la idiosincrasia así lo aceptaba, aunque hoy nos cause estupor aquel primitivo procedimiento y la crueldad para la eje-

<sup>1</sup> La Ley del Talió, precisa Jiménez de Asúa, que le da medida y objeto a la institución de la venganza, con el propósito de que el infractor sufra en la misma medida la consecuencia de su acto, y se puede encontrar en textos como Los decenviros en Roma; Moisés en Palestina; Pitágoras en Grecia; Solón en Atenas; que finalmente es reputado por Kant, y más adelante por Bentham y Filangieri. *Tratado de derecho penal*, 2a. edición, Losada, Buenos Aires, 1964, t. I. Por su parte, el maestro Antonio Cardone sostiene que lapidar es una de las más antiguas maneras de manifestarse la reacción punitiva. En "Ley de Lynch", Jiménez de Asúa, *Crónica del crimen*, 3a reimpresión, Jesús Montero, La Habana, 1950, pp. 247 y ss.

cucción de las penas, por estar inmersos hoy en día en una mentalidad modificada y con factores de valoración diferentes, pero todos ellos nos legaron experiencias y conocimientos que se han incorporado en la historia del derecho penal.

En esta dinámica permanente del derecho penal surge la Corte Penal Internacional (CPI) para los delitos de extrema gravedad, originando desde luego nuevas perspectivas, como la señalada por Escobar Hernández en su intervención ante la asamblea de los estados partes del Estatuto de Roma (ER), en el marco del quinto periodo de sesiones, en la que destacó que España comparte el planteamiento de la Unión Europea (UE), en el sentido de que son los propios estados los principales responsables de la adecuada respuesta jurídica a los crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, pero que la actuación singular de la CPI se debe manifestar también a través de la supervisión autónoma de la propia comunidad internacional, y el efecto que produce para universalizar y homogeneizar la responsabilidad penal del individuo.<sup>2</sup>

En este sentido, sobresale la importancia que tiene el derecho penal como instrumento del Estado para mantener el control social y cumplir su encomienda. Mediante el derecho penal se recurre a la imposición de penas, tomando en consideración diversos factores, tales como la gravedad de la conducta, el resultado de ésta, el grado de peligrosidad del sujeto activo o el nivel de riesgo a que se expuso a la sociedad. El derecho penal en algunos aspectos es sinónimo de violencia, porque violentos son los hechos que conoce, como es el caso del homicidio, la tortura, las lesiones, entre otros delitos, esencialmente, cuando se cometen con dolo; por tal motivo, se considera que la respuesta del Estado debe estar provista de acciones integrales y contundentes, debiendo incorporar en sus políticas de gobierno las medidas preventivas que ofrezcan resultados convincentes.

En cuanto a la aplicación del derecho penal para lograr el control social, el Estado reacciona en la mayoría de los casos con la privación de la libertad del delincuente, de manera preventiva o en cumplimiento de una pena, o con la imposición de sanciones pecuniarias, ambas evidentemente de carácter coercitivo, y por último, se establecen medidas de rehabilitación,<sup>3</sup> las

<sup>2</sup> Cfr. Concepción Escobar Hernández, Intervención ante la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la CPI, en el marco del quinto periodo de sesiones, en su carácter de Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de la Delegación de España.

<sup>3</sup> Al respecto, el maestro Claus Roxin señala que las penas y medidas de seguridad son, por tanto, el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que sig-

cuales constituyen circunstancias que podemos apreciar a nivel interno o más allá de la frontera de cada Estado. Es claro que en todo lugar existe coincidencia en las acciones violentas de los individuos, por lo que cada Estado tiene la facultad y el deber de implementar las medidas legislativas necesarias.

En este sentido, podemos ver la necesidad de establecer un órgano jurisdiccional de alcance mundial que conozca de las conductas extremadamente graves y juzgue específicamente al individuo que desplegó tal conducta, sin importar su cultura o ideología, el sistema de gobierno o de justicia que prevalezca en su Estado, ya que se estará regularmente ante crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o de agresión.<sup>4</sup>

Con estos razonamientos entramos al campo del Derecho Penal Internacional (DPI). Como se puede apreciar, no se exige un elemento que funja de enlace entre éste y el Derecho Penal doméstico, ya que la columna divisoria entre uno y otro es prácticamente imperceptible, a tal grado que puede constreñirse en una actitud momentánea de indecisión jurídica; sólo se establece como un aspecto jurídico para la intervención de algún órgano jurisdiccional, o que deje de intervenir otro. Es decir, independientemente de la naturaleza de los hechos, el asunto puede tener carácter interno si el tribunal del Estado actúa de manera contundente y objetiva para conocer del asunto, y en su momento impone la sanción que en estricto derecho proceda, es decir, que sea convincente y representativa a la gravedad del delito cometido. De tal manera que al no existir una capacidad o disposición para actuar con firmeza por parte de los tribunales estatales, sin importar la causa de tal omisión, el asunto puede ser sometido ante un tribunal supranacional o, en

nifica que el Derecho Penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal, no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 21. Por otro lado, el artículo 2º del Código Penal mexicano para el Distrito Federal establece que no se podrá imponer pena o medida de seguridad si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. El Código Penal Federal establece que las penas y las medidas de seguridad son, entre otras, la prisión, el tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad, el confinamiento y la sanción pecuniaria.

<sup>4</sup> Así lo dispone el artículo 5 del Estatuto de la CPI, y previamente establece que la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y que dicha competencia se regirá de conformidad con el propio Estatuto. En cuanto a la temporalidad para el ejercicio de esta facultad, el artículo 11 dispone que únicamente será respecto de los crímenes cometidos después de su entrada en vigor.

su caso, ante un tribunal de otro Estado, como más adelante será precisado, convirtiéndose de esta manera en un asunto de carácter internacional.<sup>5</sup>

Una situación como la que ahora nos ocupa no exige un escenario de confrontación armada, en la que regularmente se pierde toda justificación jurídica, sino que requiere que el Derecho Internacional esté provisto de mayor fuerza para mantener un control de la violencia a ese nivel;<sup>6</sup> ya que si bien existe teóricamente una clara prohibición del uso de la fuerza mediante tratados y demás instrumentos jurídicos internacionales, como la Carta de las Naciones Unidas (CNU),<sup>7</sup> de manera general, y los Convenios de

<sup>5</sup> El Estatuto de la CPI dispone en su artículo 5° que la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto; entre los cuales destacan genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. En el artículo 11 de este propio instrumento internacional se establece que la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. Si un Estado se hace parte de dicho Tratado después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de su entrada en vigor respecto de ese Estado. En cuanto a la justicia penal nacional, el artículo 2° del Código Penal Federal mexicano establece que se aplicará por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzca o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República; y por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron. 6°. Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos tomando en cuenta las disposiciones del Libro Segundo.

<sup>6</sup> César Sepúlveda, "El lugar del derecho internacional en el universo jurídico", discurso de recepción como miembro de número a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente a la española, Porrúa, México, 1989, pp. 39 y ss. El maestro Sepúlveda precisa que también constituye encomienda del Derecho Internacional contribuir a eliminar las desigualdades jurídicas entre los estados. Eso podrá ejercerlo a cabalidad cuando logren atenderse las desigualdades económicas entre los diferentes grupos de países. Reconoce que se ha avanzado considerablemente, pero en razón de que en el campo del Derecho Interno quedan espacios de injusticia, de explotación, que no podrían abolirse del todo, sino en la evolución final del derecho de gentes. Otro tema no menos importante es la tutela de los derechos humanos, que es una tarea de los últimos años, que está surgiendo y fortaleciéndose ante el desconcierto de algunos países por ciertas nociones tradicionales de la soberanía del Estado pero que avanza por el argumento que lo sustenta y por la tendencia que se presenta; sin embargo, lo que enaltece al Derecho Internacional es la encomienda de establecer definitivamente el orden y la justicia en todas las relaciones internacionales, con la necesaria e ineludible participación de los órganos estatales.

<sup>7</sup> En el Preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se establece: "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos [...] a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Asegurar mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada, sino en servicio del interés común". De igual manera, el Estatuto de Roma de la CPI dispone en su

Ginebra, de manera particular,<sup>8</sup> también es de reconocerse que la humanidad no ha tenido una etapa en su vida cotidiana sin que existan agresiones mutuas.<sup>9</sup>

En las sucesivas confrontaciones que se presentan en diferentes puntos del planeta, comúnmente se incurre en crímenes de extrema gravedad, que de acuerdo con la normatividad penal actual pueden encuadrar en la competencia de la CPI,<sup>10</sup> la cual ha sido invocada y buscada durante décadas, dejando atrás aquellas ideas que sostenían la imposibilidad de que se estableciera un tribunal de esta magnitud, con carácter permanente, con

Preámbulo: “Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento [...] Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales [...] Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados 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 Naciones Unidas”. Constituye por tanto un compromiso de los estados partes el evitar el uso de la fuerza; sin embargo, las circunstancias que la humanidad enfrenta no le permiten ajustarse totalmente a este principio.

<sup>8</sup> En 1949, del 21 de abril al 12 de agosto, fue convocada por el Consejo Federal Suizo la Conferencia Diplomática para elaborar convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de las guerras, en la que estuvieron representados 63 estados, 59 de los cuales con pleno poderes de deliberación y 4 como observadores; de estos trabajos, la Conferencia elaboró los cuatro convenios del 12 de agosto de 1949, que consisten en los siguientes: I. Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. II. Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. III. Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV. Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

<sup>9</sup> Debemos recordar que además de las dos guerras mundiales, se presentaron aproximadamente 250 conflictos armados internos e internacionales que tuvieron como resultado alrededor de 150 millones de muertos, sin contar las violaciones sistemáticas a los DIH de miles de personas en el mundo. La gran mayoría de los culpables quedaron impunes, ya sea por intereses políticos o por falta de una institución para juzgarlos. Juan Manuel Gómez Robledo, “La Corte Penal Internacional”, ponencia presentada por el autor en la sesión de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, el 13 de noviembre de 2001, *El Foro*. México, 12a. época, t. XIV, núm. 2, 2001, p. 3.

<sup>10</sup> A este respecto cabe retomar algunas ideas del señor Cornelio Sommaruga, al señalar que la mejor protección que se puede ofrecer a las víctimas de la violencia armada es velar por el respeto de los principios fundamentales de humanidad en la conducción de las operaciones, no sólo por la parte de las fuerzas armadas, sino también de las policías y cuerpos de seguridad. Estos principios derivan del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). En C. Rover, *Servir y proteger, derecho de los derechos humanos y derecho humanitario para las fuerzas de policía y de seguridad*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1999, p. 7.

facultades para juzgar prácticamente en todos los países a las “personas naturales”.<sup>11</sup>

Este ejercicio de la función jurisdiccional se materializa sin limitación por razones de cargo, superando las facultades de aquellos tribunales que se establecieron a través de este sistema de aceptación mayoritaria, que si bien son de igual manera de carácter permanente, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH)<sup>12</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre,<sup>13</sup> sus facultades jurisdiccionales no abarcan a los directos responsables sino que se limitan a juzgar a los estados.

Bajo estas circunstancias, también quedan superados los tribunales *ad hoc*, no obstante haberles otorgado la facultad de juzgar y, en su caso, castigar a los individuos directamente responsables de crímenes de extrema gravedad en un escenario de confrontación armada, como es el caso del contexto que presentan los hechos que motivaron el establecimiento de los cuatro principales tribunales de esta naturaleza, a saber: los tribunales militares internacionales de Núremberg y de Tokio, así como los de la ex Yugoslavia y de Ruanda, en los

<sup>11</sup> El artículo 25 del Estatuto de la CPI establece en cuanto a la responsabilidad penal que: “De conformidad con el presente estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente estatuto. De conformidad con el presente estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la corte”.

<sup>12</sup> Esta Corte fue creada mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con funciones jurisdiccionales y consultivas, tal como se desprende de los artículos 33 y 62 de la Convención. En cuanto a este instrumento, fue adoptada el 21 de noviembre de 1969 por la Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Nueve años después, el 18 de julio de 1978, entró en vigor, lo cual representó un importante paso en el fortalecimiento de la protección de los DH. Cfr. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, pp. 9 y 10.

<sup>13</sup> Para la protección de los DH en Europa, el Consejo (creado con el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949) elaboró el Convenio o Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que también se le conoce como Convenio de Roma (4 de noviembre de 1950), estableciendo primeramente la Corte Europea de Derechos Humanos, que interpretaba y aplicaba el Convenio, cuya actuación concluía con la sentencia que emitía de carácter irrevocable, a excepción de aquellas de revisión e interpretación, que eran más bien declarativas, de tal manera que además de reconocer los derechos fundamentales en su ámbito de competencia, también los garantizaba. Al Convenio de Roma le han seguido, hasta 1994, 11 protocolos adicionales, que amplían el número de derechos y perfeccionan el procedimiento; destacándose que el último de ellos (entró en vigor el 1 de noviembre de 1998) fusiona la competencia de la Comisión y del Tribunal Europeo en la figura precisamente del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, con la doble competencia ya precisada. Cfr. Yolanda Gómez Sánchez (coord.), *Los derechos en Europa*, UNED-España, 2002, pp. 97 y ss.

que sin excepción sus respectivos estatutos aluden a los acontecimientos bélicos y describen de manera somera las conductas criminales.

Los tribunales de Núremberg y de Tokio se concibieron durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, es decir, previamente a la conformación oficial de Naciones Unidas (NU).<sup>14</sup> Su gestación no implicó necesariamente el establecimiento de la CPI, sino que los países más afectados por las acciones armadas de los estados que conformaban el Eje europeo deseaban que se castigara a los criminales de guerra. Así fue como estos tribunales *ad hoc* se generaron, primero el de Núremberg y después el de Tokio, y medio siglo más tarde, los de la ex Yugoslavia y de Ruanda, de los cuales nos ocuparemos más adelante.

Finalmente, estimamos conveniente precisar que la CPI y su Estatuto constituyen un fenómeno importante para la humanidad, que seguramente implica otro cambio de paradigma en este interminable camino de la evolución del Derecho Penal a nivel nacional e internacional; asimismo, destacamos el auge que experimenta el sistema judicial internacional, el cual es hoy considerado como parte del proceso de la globalización mundial, por lo que el conjunto de los esfuerzos en esta tendencia debe contemplar permanentemente la armonización de la justicia penal estatal con las normas penales internacionales contenidas en el Estatuto de la CPI, ya que la “progresividad” que se vislumbra en este rubro abrirá también la posibilidad de que los tribunales nacionales establezcan una relación más estrecha con los tribunales internacionales, a través de intercambios de principios jurídicos y bases argumentativas para fortalecer un nuevo lenguaje jurídico común a nivel mundial.

En este tenor, el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales es un factor determinante que contribuye a lograr esa sana armonización. Entremos pues en materia en cada uno de los puntos que conforman este tercer capítulo.

#### RESEÑA GENERAL DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO

La actualidad jurídica nos indica que algunos ordenamientos le atribuyen a las normas del derecho internacional, en especial a los tratados internacio-

<sup>14</sup> La firma de la Carta de la ONU se llevó a cabo el 26 de junio de 1945 en San Francisco, EUA. En el Preámbulo de este documento se patentiza, entre otros aspectos, que la voluntad de sus miembros para unir sus fuerzas para el mantenimiento de la paz como buenos vecinos y asegurar que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común.

nales, un rango especial, como es el caso de la Constitución de Francia de 1958, que establece que los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, a partir de su publicación, una autoridad superior a la de la ley.<sup>15</sup>

La Constitución alemana, por su parte, subordina las leyes federales a las reglas generales del Derecho Internacional con el objeto de evitar conflictos entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional. Este esquema de recepción del Derecho Internacional se encuentra en un proceso de evolución en el sistema jurídico de un importante número de estados, tal como se precisará en las siguientes páginas.

Estas dos constituciones —la alemana y la francesa— fueron reformadas previo a la ratificación del Tratado de Maastricht, con el propósito de evitar la colisión de ambos derechos. También se presentó esta medida con la Constitución del Reino Unido de la Gran Bretaña, para hacer posible la aceptación de la European Communities Act de 1972. Esto nos permite también observar que existen algunas normas internacionales, como lo son las de los tratados internacionales que pueden ser automáticamente aplicadas en el sistema jurídico interno, y por su contenido, no requieren de algún procedimiento legislativo o administrativo de aplicación adicional, siendo requisito *sine qua non* su publicación para surtir sus efectos válidamente dentro del ordenamiento interno.<sup>16</sup>

En Holanda encontramos también la categórica tesis de la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, al establecer en su Constitución de 1983 que si un tratado contuviere estipulaciones que se aparten de lo dispuesto en la ley fundamental, tendrá primacía lo dispuesto en el tratado.<sup>17</sup> En la interpretación del profesor Cassese, esta Constitución permite que las normas contenidas en tratados internacionales autoaplicables contradigan la Constitución. Por su parte, el maestro Buergenthal, al discutir este texto constitucional, comparte la interpretación en el sentido de que los Países Bajos se alinean al cumplimiento de los tratados internacio-

<sup>15</sup> Constitución francesa, artículo 55: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie”. (DE: <http://www.assemblee-nationale.fr/5/5aa.htm>).

<sup>16</sup> Cfr. Manuel Becerra Ramírez, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006, p. 33. Recordemos que el Tratado de Maastricht es con el que se creó la Unión Europea.

<sup>17</sup> Otros países ubican a estos instrumentos internacionales a nivel constitucional, otros más a nivel suprallegal, y una cuarta clasificación la encontramos a nivel de las leyes estatales, tal como lo hemos precisado en el capítulo segundo de este trabajo.

nales, sobre todas las leyes nacionales, lo que implica que en los Países Bajos los tratados internacionales están por encima de sus leyes internas.<sup>18</sup>

En la Constitución de Andorra también se contienen disposiciones en este sentido, al disponer en su artículo 3 la preeminencia de los tratados sobre las leyes internas. La Constitución de Argentina de 1994 establece expresamente en su artículo 75 que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Respecto del proyecto de Constitución de las repúblicas Checa y Eslovaca, el profesor Stein señala que la Asamblea Federal autoriza a la nueva Corte Constitucional a declarar nula cualquier norma de la legislación federal y de las constituciones y leyes de las dos repúblicas que sean inconsistentes con los tratados internacionales.<sup>19</sup>

En el artículo 5 de la Constitución de la República de Bulgaria se dispone que los tratados internacionales forman parte del Derecho Interno, y en caso de conflicto entre el Derecho Interno y el tratado, prevalece el segundo.<sup>20</sup> En la Federación Rusa encontramos que en el artículo 15 de su Constitución de 1993 se establece que si un tratado internacional incluye reglas diferentes de las estipuladas por el Derecho de la Federación Rusa, son aplicables las reglas del tratado internacional.<sup>21</sup>

Esta actualidad jurídica universal representa el resultado de la evolución de la codificación del Derecho Internacional, con especial atención a la idea de la protección de los derechos fundamentales, que para un mejor resultado exige que las normas de este tipo contenidas en tratados internacionales se fusionen y concurren armoniosamente con el Derecho Interno. Se constata cotidianamente que no se presentan casos extremos de oposición entre las leyes locales y el Derecho de los tratados.

<sup>18</sup> Artículo 94 de la Constitución del Reino de los Países Bajos, “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions”. [Las leyes en vigor en el Reino no serán aplicables si tal aplicación está en conflicto con reglas de tratados vinculatorios para las personas o de resoluciones de instituciones internacionales.] (DE: <http://www.uni-wuerzburg.de/law/n100000.html>).

<sup>19</sup> Eric Stein, “International Law in Internal Law: Towards Internationalization of Central-Eastern European Constitutions”, *American Journal International Law*, vol. 88, núm. 3, julio de 1994, p. 435.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 444. Artículo 5º, “treaties are part of internal law and in case of conflict between internal law and in case of conflict between internal law and the treaty the latter prevails”.

<sup>21</sup> Federación Rusa, artículo 15: “The commonly recognized principles and norms of the international law and the international treaties of the Russian Federation are a component part of its legal system. If an international treaty of the Russian Federation stipulates other rules than those stipulated by the law, the rules of the international treaty apply”.

En el proceso de incorporación de los tratados al Derecho Interno, el maestro César Sepúlveda hace referencia a determinados desencuentros a nivel interno de algunos estados, especialmente entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, considerando tal situación más bien de carácter político que jurídico; sin embargo, deja asentado con claridad que el poder Judicial, no obstante su independencia, ha mostrado acatamiento a los tratados y ha buscado su adecuación con el Derecho Interno.<sup>22</sup>

De los instrumentos jurídicos internacionales destacamos por su importancia y por el planteamiento que se realiza en este trabajo, a los tratados internacionales autoaplicativos, que por el contenido de sus normas son objeto de una incorporación y aplicación inmediata en el orden interno o nacional al no existir un problema serio para su aplicación en el ámbito interno, como normas corrientes, así como por esencia. La cuestión de la aplicación de este tipo de tratados representa, la mayor parte de las veces, un problema de naturaleza técnica o política. Actualmente, la mayoría de los tratados que se encuentran en esta clasificación se fusionan armoniosamente y se aplican directamente como derecho doméstico, sin necesidad de legislación complementaria.

Sin embargo, no debemos olvidar que también existe otro tipo de tratados internacionales, cuyo contenido es de carácter heteroaplicativo, es decir, que para su cumplimiento y aplicación en el Derecho Nacional requieren de una serie de actos del Estado, como por ejemplo, un procedimiento de implementación para que se puedan aplicar en el Derecho Interno. Generalmente la incorporación de este tipo de normas al Derecho Nacional exige una serie de medidas legislativas, jurisdiccionales y/o administrativas.

En el caso Seery de 1955, los representantes de los EUA presentaron sus argumentos en el sentido de que la tendencia que se presenta con el Derecho Internacional no indica que los tratados puedan modificar o dejar sin efecto una legislación que se le ponga; poniendo en duda, por tal motivo, la aptitud del tratado para alterar el derecho existente.<sup>23</sup> Este criterio representa la postura antagónica de la parte mayoritaria de los estados democráticos modernos, cuyos sistemas jurídicos se pronuncian por la primacía de los tratados.

<sup>22</sup> César Sepúlveda, *La autoridad de los tratados internacionales en el derecho interno*, Informe General sobre el punto relacionado con el derecho internacional público, de la sección IV, del VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Hamburgo, del 30 de julio al 4 de agosto de 1962, pp. 2 y 3.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 9 y ss. Ponencias de los señores Eric Stein y Michael Cardozo, representantes de EUA en el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, efectuado en Hamburgo del 30 de julio al 4 de agosto de 1962. Por parte de Francia estuvo presente el señor Daniel Vignes, y de Holanda, el señor L. Erades.

La inclinación de estos representantes estadounidenses no constituye una preferencia aislada, ya que la política internacional de EUA se sustenta en ciertos principios que marcan con claridad esa línea, tomando en cuenta que el Senado estadounidense estableció criterios específicos en los que destaca la tesis que establece que el país no aceptará la obligación que derive de un instrumento internacional que no sea susceptible de cumplir en razón de alguna inconsistencia con su Constitución;<sup>24</sup> inclusive, sus tribunales no han resuelto un pacto contrario a su Constitución, pese a las pugnas entre el presidente y el poder Legislativo. A este respecto profundizaremos en el capítulo siguiente.

En cuanto a la posición asumida por los jueces mexicanos ante los tratados internacionales, el maestro Sepúlveda señala que se tiene una cierta reverencia hacia estos documentos, aun en caso de oposición con la legislación del país, y que no tiene registro de que algún tratado haya sido declarado inconstitucional, lo cual representa un signo positivo para su política exterior.

Se destaca, por otro lado, que en Luxemburgo el juez consulta al Ejecutivo sobre el alcance del pacto, con el propósito de aplicarlo de la mejor forma posible y teniendo en cuenta las circunstancias que motivaron el convenio internacional. La Corte Suprema de esa nación ha reiterado el principio de que las normas del pacto son de esencia superior.<sup>25</sup> Esta misma situación de preeminencia de los tratados prevalece, como se indicó, en Alemania, Argentina, Francia, Grecia, Holanda, Rusia, entre otros estados.

En cuanto a la consulta que hacen los jueces al poder Ejecutivo —en el caso de Luxemburgo— para establecer el alcance de los tratados, se considera que no representa una situación de división de poderes que caracteriza a los estados democráticos, al sugerir bajo una circunstancia de esta naturaleza una dependencia técnica de un poder a otro, o cuando menos de una ausencia de autonomía por una posible pasividad jurídica para solventar una situación que encaja exclusivamente en el rubro de una correcta interpretación al texto de un instrumento internacional. Por el tema que nos ocupa, destacaría que una dependencia de este tipo podría poner en riesgo la adecuada protección de los DH en un determinado Estado.

<sup>24</sup> Cfr. Johan D. Van Der Usher, "Universality and Relativity of Human Rights: American Relativisms", *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 4, 1998, p. 68.

<sup>25</sup> César Sepúlveda, *La autoridad*, *op. cit.* De conformidad con el artículo 133 de la Constitución mexicana, para la ratificación de un tratado internacional, se requiere que previamente sea aprobado por su Cámara de Senadores, además de que sus disposiciones no contravengan la Constitución federal mexicana.

Además de lo anterior, cabe señalar que los tratados sobre DH se diferencian de los tratados en general en razón de las relaciones jurídicas que establecen, no sólo entre estados, sino también entre estos y los individuos, mientras que la finalidad de los tratados en general es establecer relaciones jurídicas entre los Estados partes, quienes se hacen concesiones o se otorgan mutuas prestaciones, de manera que en caso de incumplimiento puedan determinar libremente dejarlos sin efecto. En razón de lo anterior, el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su párrafo quinto, que las reglas de la suspensión de los tratados “no se aplicará a las diligencias relativas a la protección de la persona humana, contenidas en tratados de carácter humanitario”, y por tanto, esta disposición es aplicable a los tratados de DH, en atención a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se generan como consecuencia del tipo de obligaciones que se contraen y los bienes jurídicos tutelados, privilegiando en su interpretación el principio *pro homine*.

La tendencia internacional que se presenta en el planeta derivada de la primacía del Derecho Internacional y en particular en materia de DH, encuentra su justificación en la protección y el respeto de prerrogativas en el Derecho Interno, aunque ello se traduzca en una limitación de las facultades del Estado; no obstante lo anterior, también es de considerar que el estándar de protección contenido en los tratados internacionales puede ser ampliado por los estados en ejercicio de esas facultades legislativas.

Junto a lo anterior, también es importante considerar que lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dificulta la encomienda de los constitucionalistas, al disponer que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por tal motivo, el juez Bidart Campos sostiene que el desafío actual del Derecho Constitucional consiste en impedir que la economía transnacionalizada despoje al Estado de su capacidad de reacción para supervisar y controlar la adecuada aplicación de sus normas a casos específicos.<sup>26</sup>

El contexto internacional de este siglo XXI nos permite visualizar el carácter irreversible del desarrollo progresivo del Derecho Internacional, al encontrarse sustentado en instrumentos internacionales que adoptan los Estados partes mediante la manifestación libre y soberana de su voluntad en tal sentido. El conjunto de estos documentos se encuentra encabezado por la

<sup>26</sup> Pablo Dermizaky P., “Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario”, *Anuario del Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, vol. 2, 2004, pp. 843 y 844.

Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual, desde su adopción en diciembre de 1948, se ha ido incrementando el número de interesados en demostrar a la comunidad internacional el interés que tiene por expresar su compromiso de respetar los DH, al grado tal que hoy en día 96 por ciento de los estados se han sumado a este deseo universal. La Carta de NU de 1945 le da vida a esta estructura al establecer en su artículo 1.3 que uno de sus propósitos es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo en el respeto a los DH y a las libertades fundamentales de todos.<sup>27</sup>

La red universal protectora de los derechos de la persona humana se ve reforzada por los sistemas regionales, como es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que sustenta a la Comisión y a la COIDH. En el sistema europeo, el DIDH es la base fundamental del derecho comunitario europeo, debido a que en el inicio de la Segunda Guerra Mundial los estados de Europa Occidental se desarrollaron hacia el Estado constitucional de Derecho, de manera tal que todas las constituciones estatales ponen énfasis en la defensa y en la protección de los derechos fundamentales.

Los miembros de la UE, en su momento, se comprometieron a regirse por un gobierno democrático y constitucional que respetara y garantizara los DH; en ese sentido, la Convención de Roma —conocida también como Convención Europea de Derechos Humanos— cumplió con su función importante al ser adoptada por todos los estados de la UE. A partir de esa fecha se consideró a la persona individual como sujeto de Derecho Internacional; inicialmente a través de la Comisión y de la Corte europeas de Derechos Humanos.<sup>28</sup>

Esta infraestructura universal, que nace y crece expresamente para velar por el respeto de los derechos fundamentales, sustenta sólidamente un De-

<sup>27</sup> En el sistema universal surgieron, en 1966, los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>28</sup> Cfr. Yolanda Gómez Sánchez (coord.), *Los derechos en Europa*, op. cit., pp. 95 y ss. Recordemos que la Convención de Roma fue suscrita el 4 de noviembre de 1950 —en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953— y se le conoce también como Convención Europea de Derechos Humanos. En la actualidad esta función protectora de los DH recae exclusivamente sobre la Corte al haber sido suprimida la Comisión; y en virtud de que la Convención Europea consagra los derechos civiles y políticos. En 1961 fue suscrita la Carta Social Europea, cuya vigencia inició cuatro años después, apreciándose que el sistema europeo de DH versa sobre los principios del respeto a los derechos fundamentales, como base del sistema democrático de gobierno; constituyen también un pilar elemental para la estabilidad política y social; y de armonización jurídica, con una posición prioritaria que se le otorga al Derecho Internacional.

recho Internacional con franca tendencia al desarrollo progresivo de su codificación. Ejemplo palpable de ello lo representa sin lugar a dudas el actual funcionamiento de la CPI, en cuyo Estatuto se establece la improcedencia de reservas en su adopción, es decir, que el Estado interesado en suscribirlo lo debe aceptar en sus letras, y por lo tanto, se convierte implícitamente en disposición imperativa al marco jurídico nacional.

El maestro Cassese visualiza dos métodos para asegurar la eficacia de las obligaciones que el Estado adquiere al otorgar su consentimiento de cumplir con lo dispuesto en los tratados internacionales, a través de la suscripción y la ratificación de los tratados internacionales, al señalar que generalmente es aceptado que el Derecho Internacional sólo pueda ser implementado por los órganos del Estado. Para ser más específico, la mayoría de las normas internacionales están dirigidas a los protagonistas de la comunidad internacional, es decir, a los estados, y únicamente se ponen en operación si los sistemas legales internos de los Estados se encuentran preparados para implementarlas.<sup>29</sup>

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la sola firma de los tratados previa a su ratificación ya genera obligaciones internacionales al disponer que un Estado deberá abstenerse de realizar actos que frustren el objeto o fin de un tratado ya firmado, a reserva de la ratificación, en tanto no manifieste su intención de no llegar a ser parte del tratado.<sup>30</sup>

En el caso de México, no existe una disposición legal específica que regule el sistema de incorporación de las diversas normas del Derecho Internacional al Derecho Interno, salvo la Ley sobre la Celebración de Tratados que no prevé más que su incorporación inmediata y su previa publicación para su entrada en vigor en el orden interno. Tampoco existe en el Derecho mexicano precepto alguno que faculte al Estado o a alguno de sus órganos la aplicación provisional de un tratado, aunque sí se precisa de manera categórica la improcedencia de la celebración de un tratado que altere las garantías y los derechos establecidos en su ley fundamental,<sup>31</sup> o que no estén de acuerdo con ella.<sup>32</sup>

Desde la idea de los DH, la incorporación del Derecho Internacional al

<sup>29</sup> Thomas Buergenthal, *Derechos humanos internacionales*, Gernika, México, 2002, p. 341.

<sup>30</sup> Artículo 18, inciso a de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>31</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 15.

<sup>32</sup> *Ibidem*, artículo 133.

Derecho Interno tiene un especial aditamento en razón del interés por asegurar la eficacia de las obligaciones internacionales en este campo. Buerghenthal, en su carácter de juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), sostuvo que también es relevante señalar que el principio postulado por primera vez en la Constitución de los EUA, en el sentido de que esta carta magna, al igual que las demás leyes que en virtud de ella se aprobaran y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad, será la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario.<sup>33</sup>

Posteriormente, este principio fue adoptado por México y otros estados del continente americano; sin embargo, en años recientes, el criterio cambió, estableciéndose que los tratados internacionales si bien se encuentran por debajo de la Constitución están por encima de las demás leyes internas. El criterio originalmente adoptado sobre la supremacía del Derecho Interno respecto del Derecho Internacional, y particularmente respecto de los tratados, está siendo rechazado gradualmente por un creciente número de estados.<sup>34</sup>

Los regímenes democráticos que aparecieron en la década de los noventa permiten constatar este hecho, tal como lo hemos precisado en los párrafos que anteceden, al recibir las obligaciones internacionales de manera más clara en sus leyes fundamentales. Algunos de los textos constitucionales especifican que los tratados internacionales se encuentran por encima de las leyes del Estado. México incorpora los tratados internacionales al régimen jurídico interno, dejando la facultad de establecer su jerarquía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante la interpretación que hace del marco constitucional.

En cumplimiento a esta función, el máximo tribunal mexicano coloca a estos instrumentos a un nivel supralegal al establecer que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal. Al considerar que la

<sup>33</sup> El texto original del artículo VI de que se trata, contiene literalmente: "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".

<sup>34</sup> Thomas Buerghenthal, *Derechos*, *op. cit.*, p. 212. El texto original establece: "It is also relevant to note that the principle, first enunciated by the U.S. Constitution and adopted by other states, the treaties and national statutes enjoy the same normative rank in the hierarchy of domestic law, is gradually being rejected by an increasing number of states".

doctrina ha formulado de manera persistente la interrogante respecto de la jerarquía de las normas en el Derecho mexicano, existe unanimidad con respecto a que la Constitución federal es la norma fundamental, aunque en principio la expresión “serán la Ley Suprema de toda la Unión” parece indicar que no sólo la carta magna es la suprema, y la objeción es superada porque las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano formal y jurídicamente instituido, como es el Congreso de la Unión, y los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Así lo ha definido el máximo tribunal de justicia de México en su sesión privada celebrada el 28 de octubre de 1999, bajo la tesis núm. LXXVII/1999, donde determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial, y cuyo texto se complementa de la manera siguiente: El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del Derecho federal frente al local, y la misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, con la existencia de “leyes constitucionales” y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano, inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del Derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia independiente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al Derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto por el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación este máximo tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/82, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, de diciembre de 1992, p. 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al Derecho federal. Esta tesis se encuentra reforzada con el criterio sustentado por la propia SCJN, el 20 de Marzo de 2007, mediante la diversa número IX/2007, que en su parte esencial establece que los tratados internacionales son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, fe-

Dado que el ER es un tratado internacional de tipo excepcional, que está en vías de ser una norma jurídica fundamental con carácter universal y no sólo por el número de países que lo han adoptado sino por la importancia de los bienes jurídicos que tutela, y dado que no admite reservas, como lo prevé su artículo 120, obliga a las partes a su aplicación sin condicionamiento alguno, y en ese sentido, su adopción es muestra inequívoca del deseo de cada Estado interesado en someterse totalmente a la jurisdicción de este tribunal, en los términos jurídicos que el propio instrumento internacional indica. Entendiéndose, bajo el principio del *pacta sunt servanda*, que al llegar el momento de otorgar cada Estado su consentimiento, debieron preceder algunos de los actos internos que establecen sus respectivas leyes fundamentales y, asimismo, que de ahí en adelante, toda acción legislativa posterior que implemente cada Estado para la recepción de este instrumento internacional debe abonar a una mejor aplicación de su contenido.

Actualmente, y conforme al Derecho Internacional, el incumplimiento de un tratado internacional por razones de inconstitucionalidad en el orden interno podría generar responsabilidad internacional del Estado en el ámbito internacional.<sup>36</sup> El impacto que produce una afirmación de esta naturaleza es insoslayable, la responsabilidad internacional en la que podría incurrir un Estado por incumplir el tratado no es excusable por invocar normas internas.<sup>37</sup> El ser parte del Estatuto de Roma plantea para el Estado mexicano importantes cuestionamientos, lo que será materia de análisis más adelante.

Para evitar situaciones jurídicas de esta naturaleza —como se precisó en párrafos anteriores— se llevaron a cabo previamente profundas revisiones de los tratados; como ejemplo señalábamos los mecanismos que tienen implementados Alemania, Andorra, Argentina, Colombia, Eslovenia, España, Francia, Portugal y Rusia.<sup>38</sup> Al ser el Derecho Internacional una limitación

derales y locales. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución mexicana permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución federal, los tratados internacionales y las leyes generales. A partir de esta interpretación, armonizada con los principios de Derecho Internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisa fundamentales de esa rama del Derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal.

<sup>36</sup> Thomas Buergenthal, *Derechos*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>37</sup> *Idem*, en relación a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados, al señalar que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 152 y 153.

aceptada por el propio Constituyente, se debe tener un método adecuado para determinar si los tratados a celebrarse están de acuerdo con la Constitución y con las obligaciones internacionales vigentes. Sin una adecuada revisión previa, se violentarían disposiciones del orden constitucional o el respeto a las normas de carácter internacional. Esta paradoja sólo puede resolverse mediante la práctica de una revisión responsable y oportuna de los tratados y del mismo Derecho Nacional.

#### LA RELACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA CON LOS DEMÁS ÓRDENES JURÍDICOS

La relación del ER con los sistemas jurídicos nacionales, comunitarios, regionales e internacionales constituye un fenómeno jurídico ineludible ante este nuevo orden mundial, derivado de una conformación político-jurídica que se caracteriza por una mayor interrelación de los estados. Este fenómeno conduce a la comunidad internacional a una dinámica sustentada en un importante desarrollo de la codificación del Derecho Internacional mediante la instrumentación de tratados que se adoptan a través de la manifestación de la voluntad de los estados, en el pleno goce de su soberanía.

La recepción del Derecho Internacional del Derecho Interno presupone la existencia de dos derechos distintos. En la doctrina dualista del Derecho Internacional se establece que éste y el nacional constituyen dos ordenamientos que existen de manera independiente uno del otro, lo cual se sustenta en que ambos ordenamientos tienen fuentes y mecanismos de aplicación propios y su particular justificación; es decir, que la validez del Derecho Internacional no depende del Derecho Nacional ni la existencia de éste depende de aquél,<sup>39</sup> aunque la eficacia del Derecho Internacional sí depende, muchas veces, del Derecho Interno.

A este respecto, la teoría monista internacionalista sostiene que el Derecho Internacional y el Derecho Nacional representan elementos interdepen-

<sup>39</sup> Cfr. Matthias Herdegen, *Derecho internacional público*, UNAM/Fundación Konrad Adenauer, México, 2005, p. 167. Por su parte, Kelsen señala que la teoría dualista sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional, son dos órdenes jurídicos separados, independientes entre sí, que regulan materias completamente diversas y tienen fuentes enteramente distintas. La teoría monista por su lado, consiste en el resultado de un análisis de las normas positivas del derecho internacional, que se refieren a los órdenes jurídicos nacionales, conformando de esta manera un orden jurídico universal. Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, 2a. edición, UNAM, México, 1988, p. 432.

dientes de un sistema cerrado que le atribuye primacía al Derecho Internacional, pues para esta teoría monista es imperativo que los órganos nacionales apliquen directamente el Derecho Internacional, incluso en el caso de que el Derecho Internacional contravenga a la Constitución o a una ley del Derecho Interno.

Otra corriente de la teoría monista que es la de corte nacionalista sostiene evidentemente la prevalencia del Derecho Interno, aunque actualmente reviste menor fuerza por pretender subordinar la validez del Derecho Internacional a la soberanía del Derecho de los estados; es decir, en esta corriente se imponen los doctrinarios que atribuyen primacía al Derecho Nacional; de tal manera que en los casos de contradicción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno consideran que se debe estar a lo dispuesto por este último.<sup>40</sup>

Más allá de estas controversias teóricas, a las que actualmente no se les atribuye mayor importancia, en el estudio que nos ocupa se considera que tanto el Derecho Internacional como el Derecho Interno son dos elementos imprescindibles para el adecuado desarrollo de la codificación del Derecho Internacional Público así como del funcionamiento y conformación del Derecho en general. De ninguna manera se puede considerar excluyente uno del otro, sino que más bien representan dos elementos que convergen en un objetivo común, y para lograr su máxima expresión cuentan con un medio coordinador a través de la comunidad internacional, por lo que, en tanto se logre la armonía entre ambos elementos, la evolución se apreciará con mayor claridad.

No se trata de dos ordenamientos que existen de manera independiente el uno del otro, no se espera que la validez de uno dependa de la validez del

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 167-169. También señala el autor que en varias disposiciones legales se aplican el principio de la interpretación de las leyes y otras disposiciones nacionales, de conformidad con el Derecho Internacional, con objeto de evitar los conflictos entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, y que en el caso de conflictos de normas, que aun persisten, desde la visión de los órganos jurisdiccionales domésticos, prevalece el Derecho Interno. Por el contrario, una corte internacional aplicará el derecho internacional. Como caso hipotético, indica Herdegen, de que Alemania, por virtud de una obligación contemporánea en un tratado internacional, se encuentre obligada a extraditar a un nacional, prevalecerá, desde el punto de vista de un juez alemán, la protección frente a la extradición contemplada en el artículo 16, número 2 de su Ley Fundamental —Establece en su parte conducente, que “ningún alemán podrá ser entregado al extranjero”— Para un tribunal internacional, prevalece el deber internacional de proceder a la extradición. El conflicto entre estas dos normas, podría ser solucionado, conforme a los principios del Derecho Internacional, mediante una modificación del tratado, y desde la perspectiva del Derecho Nacional, modificando la Ley Fundamental.

otro, ni tampoco estimamos necesario cuestionar sobre la prevalencia o primacía del Derecho Internacional sobre el Interno ni a la inversa. No constituyen materia de estudio en este trabajo, sino que nos inclinamos por sostener que el desarrollo del Derecho Internacional, y en especial el DPI, se debe sustentar en una armonización de ambos derechos, y en este contexto jurídico internacional nace el ER, en su carácter de tratado multilateral, que después de que la comunidad internacional le invirtió un considerable esfuerzo fue finalmente adoptado en un evento internacional con la representación de la mayoría de los estados que estuvieron de acuerdo con su implementación y funcionamiento.

La postura de los estados ante la CPI debe ser de forma tal que acepten o no la jurisdicción de este órgano de justicia internacional mediante una manifestación abierta y transparente, actuando con la convicción de que su competencia jurisdiccional es congruente con sus sistemas de gobierno y justicia, y que no obstruirán su objetivo, que finalmente constituye la irreversible tendencia universal en la ruta de la evolución del DPI. El objetivo ideal sería que los 204 países existentes en el planeta<sup>41</sup> y los que estén por surgir a la vida internacional se incorporen al ER en los términos que establece su contenido, haciendo suyos razonamientos como: “[...] los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” y “[...] poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”,<sup>42</sup> asumiendo como principio rector imperativo en este tema lo dispuesto en el artículo 120 de dicho instrumento internacional; esto es, que la manifestación de su voluntad en tal sentido se realice sin reservas al Estatuto.

Para complementar este contexto universal se requiere constatar que los principios generales del Derecho Penal aceptados universalmente expresen su máxima expresión, tal como se encuentra previsto en la parte III del mismo Estatuto;<sup>43</sup> y en un futuro cercano, que la CPI sea dotada de una absoluta

<sup>41</sup> Cfr. <http://www.astroseti.org/vernew.php?codigo=1179> y mediante un análisis comparativo con los 193 Estados miembros de la ONU, se destaca de aquellos que aun no se incorporan a la Organización son: Bermudas, Groenlandia, Guyana Francesa, Saint Kitts y Nevis, Taiwán, Palestina, Marianas del Norte, Niue, Tokelau y El Vaticano.

<sup>42</sup> Así lo consagra el Proemio del Estatuto de Roma de la CPI, en el que encontramos, entre otras consideraciones, afirmaciones como: “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad [...] que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

<sup>43</sup> En esta tercera parte del Estatuto de Roma de la CPI encontramos los principios generales del derecho penal, específicamente en los artículos del 22 al 33, en donde destacan los

autonomía en el ejercicio de su funcionamiento sustantivo, con lo cual se dispondrá de la confianza incuestionable para actuar con transparencia, objetividad, imparcialidad y autonomía, que seguramente satisfarán las necesidades primarias de la humanidad en materia de justicia penal a nivel nacional e internacional.

### *La Unión Europea y el Estatuto de Roma*

Desde el cierre de la primera mitad del siglo XX, Europa se ha caracterizado por una marcada línea progresista y una evolución constante en su estructura, buscando en todo momento un mejor nivel de vida.<sup>44</sup> En las políticas gubernamentales y supranacionales que sustentan este importante avance en los países europeos, se mantiene en sus listas de prioridades el compromiso de respetar y difundir universalmente los DH,<sup>45</sup> lo cual se constata en cada uno de los instrumentos adoptados para respaldar y sostener sólidamente su funcional estructura, tal como podremos apreciar en las páginas siguientes.

El sistema implementado por algunos países europeos para la integración de la UE les brindó sin lugar a dudas importantes satisfacciones, a

siguientes: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, irretroactividad ratione personae*, responsabilidad penal individual, improcedencia del cargo oficial, imprescriptibilidad, elemento de intencionalidad, circunstancias eximentes de responsabilidad penal, error de hecho o error de derecho, órdenes superiores y disposiciones legales.

<sup>44</sup> Recordemos que en la parte final de esta primera mitad del siglo XX, fue implementado en Europa, desde el mes de julio de 1947, el Plan Marshall, con una duración de cuatro años. Consistió en un importante apoyo norteamericano a la devastada economía europea, después de la Segunda Guerra Mundial, con un fuerte impacto en los campos social y político. El Plan Marshall, también conocido como Plan de Reconstrucción Europea, encontraba su razón de ser esencialmente en los aspectos siguientes: a) la preocupación del país norteamericano, de que la Europa Occidental fuera influida o controlada por la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas; b) la potencia industrial que adquirió EUA por el conflicto armado produciendo grandes cantidades de productos; y c) la incapacidad de Europa para comprar y producir. Con base en este proyecto estadounidense, el sector occidental tuvo un crecimiento económico superior al de la mayoría de sus países, en el periodo de la segunda postguerra mundial. Con motivo del apoyo que se encontró en el Plan Marshall, también se le considera hoy en día como uno de los factores que favorecieron la concepción y nacimiento de la Unión Europea.

<sup>45</sup> Ejemplo de esta actitud hacia los DH lo encontramos en el artículo I.2 de la Constitución, que a su vez lo extrae del artículo 6° del anterior Tratado de la Unión, que establece: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos".

juzgar por los resultados logrados hasta el momento, que se caracterizan por la búsqueda de un desarrollo integral, y que podemos constatar con una reseña de los trabajos efectuados durante este periodo mediante los instrumentos adoptados en esta ruta de integración regional.

La dimensión y esencia de la organización que ha nacido en Europa representa una institución sin precedente en la historia de la humanidad, y su propia estructura y esquema de crecimiento le otorgan la fortaleza necesaria para su decidida proyección, su persistente evolución, y sin lugar a dudas, su desarrollo. Representa un sistema de vida abierto a la sociedad internacional, ante el carácter incluyente con el que se ha manifestado desde su inicio; tal es el caso del espíritu del que extraemos el Estatuto del Consejo de Europa, que desde su firma ha establecido el compromiso de suscribir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950.<sup>46</sup>

En esta tendencia evolutiva, el Convenio Europeo se ha modificado progresivamente mediante diversos protocolos, ampliando los derechos y libertades que consagraba en sus orígenes, con el propósito de favorecer a los nacionales de los estados firmantes y de los extranjeros que se encuentren en territorios de éstos. En esta línea de desarrollo, se dio vida a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De los protocolos que destacan su aportación encontramos los números 1, 4 y 6, por el incremento de los derechos y libertades a proteger, y el Protocolo 11, del 1º de noviembre de 1998, que establece un cambio radical en los procedimientos de protección de los DH, que al suprimir la Comisión Europea, otorgó facultad al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para recibir directamente de las víctimas las demandas contra los estados que

<sup>46</sup> En el artículo 1º del Convenio Europeo establece literalmente en su parte conducente: Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I, del presente Convenio. Por otra parte, y a manera de dato histórico, vale la pena destacar el que nos proporciona la doctora Gómez Sánchez, que hace referencia el proyecto del Duque de Sully, Maximiliano de Béthune, proponiendo una liga de naciones, tomando en consideración la necesidad del equilibrio de las potencias, el cual contemplaba una unificación de estados europeos en la que Francia tendría un papel preponderante, debilitando la monarquía de los Habsburgo; asentando el Duque de Sully en dicho documento, que Europa estaría conformada por quince Estados; número al que llegó la UE en 1995, con la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia, y que fue incrementado el 1º de enero de 2004, con la adhesión de otros diez miembros. En realidad, la UE inició su construcción en la primera mitad del siglo XX, en la búsqueda de nueva cuenta de la paz interrumpida por las dos confrontaciones bélicas mundiales de ese siglo. Yolanda Gómez Sánchez, *La Unión Europea en sus documentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín oficial del Estado, Textos y Documentos, Madrid, 2000, pp. 24-29.

sean responsables de violaciones de los derechos que protege el Convenio Europeo.<sup>47</sup>

En 1957 se inició formalmente el proceso de unificación institucional comunitario que hoy caracteriza a la UE, mediante la suscripción de los siguientes tratados en Roma: el Tratado por el que se Instituye la Comunidad Económica Europea; el Tratado por el que se Establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica; la Convención relativa a las Instituciones Comunes a las Diversas Comunidades, y el Protocolo relativo a Privilegios e Inmunidades y al Tribunal de Justicia de estas dos últimas instituciones. Una vez que se efectuaron las ratificaciones correspondientes, estos tratados de Roma entraron en vigor al año siguiente de su adopción, específicamente el 1º de enero de 1958.<sup>48</sup>

En 1961 fue aprobada la Carta Social Europea, que entró en vigor casi cuatro años después, el 26 de febrero de 1965, con la cual se complementó el Convenio Europeo en materia de DH, clasificados como económicos, sociales y culturales. Se considera que la Carta Social Europea es el primer documento de enlace supranacional que sistematiza este grupo de DH, que se vislumbraba con una aplicación mediática de mayor efectividad al estar encaminado a un sector regional que se estaba incorporando a un sistema de vida que hace de los tratados el mecanismo natural para el establecimiento de sus reglas de convivencia y de desarrollo; no obstante que ya estuvieran incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Mediante este Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos nace propiamente la Nueva Corte Europea de Derechos Humanos, que entró en vigor el 1º de octubre de 1998. Se la considera la mayor reforma del sistema europeo de protección de los DH, desde que fue creado en 1950.

<sup>48</sup> Fernando Díez Moreno, *Manual de derechos de la Unión Europea*, 5a. edición, Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 39 y 40. Estos tratados fueron firmados el 25 de marzo de 1957. Los primeros países que suscribieron estos instrumentos fueron: Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo; iniciando de esta manera una historia de desarrollo en esta región europea, que hasta la fecha se siguen incorporando nuevos miembros, previo cumplimiento de algunas condiciones relacionados con su situación económica, y muy especialmente con su política de gobierno y respeto a los DH. El Tratado de Roma de 1957, que dio vida a las Comunidades Europeas, no obstante omitió contemplar el rubro de los DH, situación que fue superada parcialmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha impuesto a las autoridades comunitarias el respeto a los DH que forman parte de los principios generales del Derecho, incluyendo los que se encuentran contemplados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo cual fue confirmado por el Acta única europea de 1986.

<sup>49</sup> Cfr. Benito de Castro Cid, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 73.

En 1965 fue adoptado el Tratado de Bruselas, constituyendo un Consejo Único y una Comisión Única de las Comunidades Europeas, también se le conoce como Tratado para la Fusión de los Ejecutivos Europeos. De esta manera, se logra una mayor unificación de las funciones, ya que también se implementó un único presupuesto de funcionamiento y un solo protocolo sobre privilegios e inmunidades, que sustituyó a los protocolos de cada una de las comunidades. En este nuevo contexto se logra una mejor consonancia con las otras instituciones que ya eran comunes de las tres comunidades, conforme a lo establecido en el Convenio de Roma de 1957, como es el caso de la Asamblea y el Tribunal de Justicia, y como órgano auxiliar, el Comité Económico y Social de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.<sup>50</sup>

Esta nueva cultura de vida comunitaria se sustenta en la sucesiva adopción de tratados, primeramente en aquellos instrumentos de carácter constitutivo de la comunidad, y posteriormente, de aquellos de carácter adherente,<sup>51</sup> entre estos últimos destacan los siguientes: el Tratado de Adhesión de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, del 22 de enero de 1972, que entró en vigor

<sup>50</sup> Manuel Ahijado Quintillán, *Historia de la Unión Europea*, Pirámide, Madrid, 2000, pp. 198 y ss. Precisa el autor que de esta manera se continuó con el método comunitario supranacional, aunque con algunas diferencias entre la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, al estar orientada la primera en mayor medida al mercado libre frente a un cierto dirigismo de la segunda. El Tratado del primero se enfocaba más a los principios inspiradores de las políticas comunitarias, y el del segundo, se apegaba más a la actuación supranacional.

<sup>51</sup> Además de los Tratados de Adhesión, el 21 de abril de 1970, se decidió sustituir las contribuciones financieras por recursos propios, y se firmaron entre otros tratados, el de Luxemburgo del 22 de abril del mismo año; el Tratado de Bruselas el 22 de julio de 1975, relacionado con los poderes presupuestarios del Parlamento y la creación del Tribunal de Cuentas. Por otro lado, pero con el fenómeno de la sucesiva adopción de tratados, en 1989, fueron establecidos cuatro órganos regionales de derechos humanos, a saber: el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, mediante la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, cuya competencia contempla las visitas a todos los lugares de detención en el territorio de los Estados partes, el cual cuenta con un Grupo de Expertos desde 1998; el segundo órgano consiste en el Comité Europeo de Derechos Sociales, que tiene la encomienda de controlar la aplicación de la Carta Social Europea de 1965, cuyas recomendaciones son revisadas por el Comité de expertos gubernamentales, quien a su vez somete sus conclusiones a las consideraciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa; en tercer lugar se tiene el Comité asesor de la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, cuya vigencia inició en 1998, por último se tiene la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con facultades para recibir y atender las informaciones de las organizaciones de la sociedad civil, de los gobiernos y de los parlamentarios nacionales.

el 1º de enero del año siguiente. En 1981 entró en vigor el Tratado de Adhesión de Grecia. Cinco años después el de España y Portugal; en 1995, el de Austria, Finlandia y Suecia; en 2005, el Tratado de adhesión de diez nuevos miembros, y finalmente en 2006 se adopta el tratado de adhesión de los dos miembros más recientes.<sup>52</sup>

La Comisión Institucional del Parlamento Europeo aprobó el proyecto de Tratado de la UE por Resolución del 14 de febrero en 1984, que si bien no fue adoptado por los Estados miembros, influyó en la elaboración del Acta Única Europea en 1986 y en el Tratado de la UE en 1992. Documentos de gran importancia en la evolución de la Comunidad Europea, al grado tal que el primero de ellos afectó tanto a tratados fundacionales como a posteriores tratados modificativos.<sup>53</sup>

La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores fue aprobada en 1989 por todos los Estados miembros, a excepción de Reino Unido, que la aprobó en 1998. Los objetivos definidos por esta Carta se sustentan esencialmente en la Carta Social Europea de 1961, conocida también como Carta Social, al consagrar derechos laborales, formación profesional e igualdad de oportunidades.

El 1º de enero de 1993 entró en vigor el Tratado de la UE conocido también como el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, que evidentemente implicaba también la cesión de derechos soberanos de los miembros en favor de la organización supranacional, que si bien era un tema de importancia, tal situación provocó tan sólo un retraso de diez meses en su entrada en vigor, ya que esto se dio hasta el 1º de noviembre de 1993. Con este instrumento nace finalmente la UE, que hoy en día ha logrado avances importantes en su integración y desarrollo, dando vida a una nueva entidad política, de carácter plural e incluyente, sustentada en una conciencia cívica distinta, que ha logrado en un breve lapso una organización sin precedente.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> En 2005, a partir del 1º de enero, se incorporan a la UE diez nuevos estados, que son: Chipre, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa y República Eslovaca. El 1º de enero de 2006, los dos nuevos miembros fueron Bulgaria y Rumania.

<sup>53</sup> Cfr. Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñán Noguera, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5a. edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 47 y 48.

<sup>54</sup> Cfr. Virgilio Ruiz Rodríguez, *Democracia y derechos humanos, como fundamento de la Unión Europea*, Porrúa/Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 75, 113 y 115. El doctor Ruiz Rodríguez precisa: "Otro problema serio es el que representa la figura de la soberanía, ya que los Estados son muy celosos en esto. Tendremos que decir que la Nueva Europa, deberá respetar el sentimiento nacional de cada pueblo. No puede prescindir de la

El Parlamento Europeo aprobó en 1989 la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, que estudia informes anuales sobre la situación de los DH en el planeta. Cuenta con tres instituciones especializadas: la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, cuya competencia se limita en el contexto de la UE; en segundo lugar se tiene a la Comisión de Lucha contra el Racismo y la Xenofobia, y, en tercer lugar, cuenta con el Mediador Europeo, que tiene facultades para recibir quejas de particulares sobre la inadecuada administración de las instituciones comunitarias.

En diciembre de 2000, el Consejo Europeo aprobó, con un carácter declarativo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que concentra los DH comunes entre los estados miembros. Esta medida fue una respuesta a la negativa del Tribunal de Justicia para que la comunidad europea se adhiriera al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, a propuesta de la Comisión y el Parlamento Europeo, en razón de que en el artículo 6º del Tratado de Ámsterdam se dispuso que la UE se comprometía a respetar los derechos fundamentales consagrados en el convenio europeo de la materia.<sup>55</sup>

El 1º de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se modificó nuevamente la organización de la UE y se modificaron los tratados de la UE y de la Comunidad Europea, estableciéndose como instituciones de la Unión el Consejo Europeo, el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la UE, el Tribunal de Cuentas Europeo, el Banco Central Europeo, el Defensor del Pueblo Europeo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, entre los más destacados.

Asimismo, resulta necesario mencionar los principios rectores de la UE que le han regido y que de alguna forma son congruentes con el contenido

idea de nación, del Estado nacional. Europa no se puede construir contra el Estado nacional, tampoco contra la identidad nacional". Además, también se han implementado en Europa las instituciones necesarias para la promoción de los derechos humanos, tales como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, y la Comunidad de Estados Independientes, en donde destaca que respecto de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea, en materia de DH, el nombramiento en 1992, del alto comisionado para las minorías nacionales a quien se le encomienda la función preventiva de las tensiones derivadas de conflictos de minorías nacionales. Asimismo, se cuenta desde 1997 con un representante de esta organización supranacional para la libertad de información, quien tiene a su cargo dar respuesta urgente a las violaciones por parte de los estados miembros de los principios y compromisos relativos al derecho de la libertad de expresión y de información. Cfr. Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñán Nogueras, *Instituciones, op. cit.*, pp. 570 y ss.

<sup>55</sup> Este Tratado fue firmado el 2 de octubre de 1997, iniciando su vigencia el 1º de mayo de 1999 bajo el título de Tratado de Amsterdam, por el que se Modifican el Tratado de la UE, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos.

de las normas del Estatuto de Roma y que motivaron a que fuera aceptado dicho instrumento, tanto en el orden comunitario como en el interior de cada uno de los estados miembros de la Unión Europea.

### *Principios rectores de la Unión Europea*

El panorama que nos presenta en la actualidad la UE no constituye el resultado repentino de acciones circunstanciales de algunos estados que la conforman, sino que representa el producto de un conjunto de esfuerzos de medio siglo, en el cual se sigue trabajando para lograr mayores desarrollos; todo ello sustentado en principios claramente definidos, aunque no expresamente plasmados en ninguno de los múltiples instrumentos que conforman su marco jurídico; sin embargo, el maestro Díez Moreno los señala como la base de la construcción comunitaria que hoy apreciamos en una dimensión sin precedente, clasificándolos bajo los rubros de principios políticos, económicos y jurídicos bajo las consideraciones siguientes:<sup>56</sup>

1ª. En los principios políticos se encuentran clasificados los de continuidad, que parten de la base de que la UE de hoy nace originalmente de una Comunidad del Carbón y del Acero, que después de pasar de un mercado común libre de aranceles y de un mercado único consistente en la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, llegó a la etapa de la Unión Monetaria; evolución que no fue inspirada en un plano teórico, sino que encuentra sustento en un marco legal, como es el caso del artículo I.1 de la Constitución, al establecer que “[...] el presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión [...]”, y en el artículo IV.438.1 se establece: “La Unión Europea creada por el presente Tratado, sucede a la Unión Europea constituida por el Tratado de la Unión y a la Comunidad Europea”.

En estos principios del orden político Díez Moreno incorpora los que hacen referencia al respeto de las identidades nacionales, sustentado en el artículo 6.3 del Tratado de la Unión, al disponer que se respetará la identidad nacional de sus estados miembros, así como su identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales; de igual manera, se respetarán las funciones esenciales del Estado, como aquellas que garantizan su seguridad territorial, mantienen el orden público y salvaguardan la seguridad nacional (SN). Finalmente, se contempla en este rubro el aspecto democrático, que encuentra su base en los artículos I.2 y I.9 de la

<sup>56</sup> Fernando Díez Moreno, *Manual, op. cit.*, pp. 129 y ss.

Constitución, al establecer que la organización se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos.

El respeto y protección a los DH constituye un interés fundamental de la UE, de ahí que contempla en su interior una institución defensora de los DH como lo es el Defensor del Pueblo Europeo, completamente independiente e imparcial, que se encarga de investigar reclamaciones formuladas por una mala administración de parte de las demás instituciones y órganos de la UE, con excepción de los órganos jurisdiccionales de la Unión como lo son el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de la Función Pública, que cuando actúan en ejercicio de dichas funciones no están sometidos a la jurisdicción del Defensor del Pueblo.

2ª. En los principios económicos se ubican esencialmente los principios de economía de mercado y de solidaridad: el primero de ellos se desarrolla en una política de libre empresa o de economía de mercado, por lo que excluye los principios de las economías con planificación centralizada, y el principio de solidaridad se alude en el Tratado de la UE, como una de las características de las sociedades de los estados miembros junto a otras, como el pluralismo, la tolerancia, la no discriminación, la justicia o la igualdad entre hombres y mujeres; presupone, además, la existencia de países ricos y países pobres, manifestándose en la existencia de fondos estructurales de desarrollo, sociales, de orientación y de garantía agrícola.

3ª. Los principios jurídicos contemplan una clasificación de mayor amplitud, al abarcar principios de personalidad jurídica; de competencia, legalidad o atribución; de subsidiariedad, de proporcionalidad y de respeto al acervo comunitario. El primero de ellos lo sustenta Díez Moreno en el artículo I.7 de la Constitución, al establecer que la UE “tendrá personalidad jurídica”; el artículo III.426 complementa esta disposición al señalar que la organización gozará de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones de los estados miembros reconozcan a las personas jurídicas; inclusive, el Tribunal de Justicia sostiene que esta personalidad jurídica es de carácter internacional al proveerle capacidad de celebrar acuerdos, convenios o tratados internacionales.

En el rubro del principio de competencia, de legalidad o de atribución se destaca lo dispuesto en el artículo I.11.1 de la Constitución, en el sentido de que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución, las competencias no atribuidas a la UE corresponden a los estados miembros que actúan en los límites de sus competencias. Es en este término en el que se ha construido dicha organización, mediante sucesivas

cesiones de derechos soberanos o transferencia de competencias a favor de la comunidad europea.<sup>57</sup>

En cuanto al principio de subsidiariedad, se destaca lo dispuesto en dicho numeral, en el sentido de que el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de “subsidiariedad” y de “proporcionalidad”, lo cual se complementa con el apartado 3 de este propio precepto, al establecer que en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la UE intervendrá solamente en los casos y en la medida en que “los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor gracias a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”. Por la importancia que reviste el contenido de este numeral, se considera como una de las principales innovaciones del Tratado de la UE, ya que establece los lineamientos elementales para lograr un mejor resultado en la acción pretendida.

Respecto del principio de proporcionalidad, que complementa al de la “subsidiariedad”, la UE perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en la Constitución, el cual resulta aplicable al seleccionar los procedimientos de la intervención para que la comunidad europea esté en posibilidad de hacer uso de sus facultades normativas en cualquiera de sus formas o la técnica del reconocimiento mutuo entre los estados o fomentar la cooperación entre todos ellos.<sup>58</sup>

En lo que se refiere al principio de respeto al acervo comunitario, el artículo I.3 de la Constitución establece que sus disposiciones y el derecho adoptado por las instituciones de la UE en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen tendrán prioridad a las normas nacionales de los estados miembros. Este contexto jurídico se complementa con lo que añade el artículo

<sup>57</sup> En relación con este principio de competencia, de legalidad o de atribución encontramos también en el artículo I.12.1 de la nueva Constitución disposiciones como: “Cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes”. En el siguiente apartado, este número establece: “Cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito”.

<sup>58</sup> El maestro Díez Moreno agrega que el principio de *proporcionalidad* cuenta con antecedentes en la jurisprudencia alemana, desde antes del Tratado de Maastricht, y posteriormente, el Tribunal de Justicia ha sostenido que en materia de la libre circulación de mercancías el Estado tiene la obligación de acudir a los medios que provoquen las menores perturbaciones al mercado común.

lo 1.19.1 de la propia Constitución, al señalar sustancialmente que los actos de las instituciones, las decisiones y los acuerdos adoptados por los representantes de los gobiernos, las resoluciones y las jurisprudencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia constituyen los elementos del acervo comunitario, a efecto de su continuidad en vigor.<sup>59</sup>

Actualmente, la UE cuenta con 27 miembros, constituye la organización internacional subregional que ha logrado el mayor avance en la integración de soberanías, habiéndose dotado de diversos órganos ejecutivos, legislativos y judiciales, tal como se ha precisado en el párrafo anterior. Cabe mencionar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el órgano jurisdiccional que emite la decisión última de los asuntos legales de la UE, es el único facultado para interpretar el derecho comunitario y los tratados, velar por su aplicación uniforme —su cumplimiento es de carácter obligatorio— y, asimismo, junto con el Tribunal de Primera Instancia de las comunidades europeas, establece la jurisprudencia de la UE para cada uno de los estados miembros.<sup>60</sup>

Evidentemente, el surgimiento de la UE motivó la conformación de un nuevo sistema jurídico, el Derecho Comunitario, que es diferente de las normas del Derecho Internacional y de las normas nacionales; de ahí la importancia de referirnos también a la armonización del ER con las normas de Derecho Comunitario, dado que sus normas se pueden analizar desde dos ámbitos: por un lado, en su incorporación y reconocimiento dentro del Derecho Comunitario de la UE; y por otro, en su incorporación al Derecho Nacional de cada uno de los estados que la conforman.

El ER también le reconoce al individuo personalidad jurídica, e incluso su participación es mayor que la que le permite el Derecho Internacional. Por ejemplo, en el Derecho Comunitario europeo, las personas físicas y jurídicas pueden acudir ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

<sup>59</sup> Díez Moreno aclara que no es fácil definir al “acervo comunitario” ya que podría considerarse como el ordenamiento legal vigente integrado por las normas y la doctrina emanada del Tribunal de Justicia, los precedentes, etcétera. Aunque también forman parte del acervo la historia de la Comunidad, su evolución, sus crisis, las fases de su proceso, en síntesis, la experiencia global comunitaria.

<sup>60</sup> Cfr. Sentencia Costa/Enel, Asunto 6/64, de 15 de julio de 1964, que en su parte correspondiente establece: “[...] al constituir una comunidad de duración ilimitada, dotada de atribuciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica [...] y, con más precisión de poderes reales, surgidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, estos han limitado, aunque en ámbitos restringidos sus derechos soberanos y creado de esta manera un cuerpo de derecho aplicable a sus nacionales y a ellos mismos”.

peas, asimismo, los reglamentos comunitarios que expiden el Consejo y la Comisión europeos se aplican directamente a los individuos de todos los estados miembros.<sup>61</sup>

Por otra parte, a decir de Xavier Pons, la incorporación del contenido del ER en el Derecho Comunitario, si bien tiene implicaciones jurídicas, influyeron de una manera determinante en su armonización, su congruencia con principios y objetivos políticos y de seguridad común de la UE, tanto en el ámbito del respeto a los DH como del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.<sup>62</sup>

El reto en este momento lo encontramos en el ofrecimiento que le podemos hacer a esta nueva institución de justicia universal, de una auténtica e imprescindible autonomía jurisdiccional; de allí la importancia que reviste el hecho de establecer con precisión la actitud que podemos reconocer en la UE ante la conceptualización que en ella se tiene de la soberanía, por la autolimitación que se le establece en la adopción de cada uno de los tratados que conforman su Derecho originario, clasificando a esta organización subregional como un ente *sui generis* al no tener precedente en la organización de los pueblos como en ella se hace, buscando siempre un desarrollo integral, sustentado en el respeto de los Derechos Humanos.<sup>63</sup>

La preocupación de la UE por la observancia de los DH a nivel universal se reafirma con la implementación de sanciones contra terceros estados que pueden repercutir en la suspensión del tratado de cooperación; ejemplo de ello es la Convención de Cooperación entre la UE y los estados de África, el Caribe y el Pacífico. Esto se traduce en una cláusula de condicionalidad en función de los DH, cuya protección constituye una obligación irrenunciable.

El contexto general que tenemos de la UE nos permite establecer que la CPI ha tenido, en esta organización supranacional, un importante impulso para su establecimiento, un terreno fértil para sustentar la viabilidad de un desarrollo pleno de su encomienda y un valioso respaldo para lograr próximamente una auténtica autonomía jurisdiccional.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos precisamente en la formación y

<sup>61</sup> Cfr. Juan Pablo Pérez de León, "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, México, 2008.

<sup>62</sup> Cfr. Xavier Pons Rafols, "La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 16, 2003, p. 1071. (DE: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC\\_016\\_181.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_016_181.pdf)).

<sup>63</sup> Este cambio de paradigma también se presenta —en su justa dimensión— con la propia CPI, al no existir otro tribunal de naturaleza penal que se le asemeje en su función jurisdiccional de alcance planetario.

desarrollo de la UE, que mediante la libre manifestación del consentimiento de los estados para incorporarse a ella y, en consecuencia, de obligarse por los tratados que lo constituyen, sin condicionar sus obligaciones al cumplimiento por todos los estados miembros, ha logrado el establecimiento de un órgano jurisdiccional a través del Tribunal Europeo de Justicia, que realiza su función en un plano de autonomía en su encomienda, y sus resoluciones son acatadas por los estados, precisamente por el carácter vinculatorio de sus sentencias.<sup>64</sup>

En el territorio de cada uno de los estados miembros de la UE coexisten tres categorías de normas jurídicas, esto es, las normas jurídicas internacionales, comunitarias y estatales o nacionales; ordenamientos que deben ser aplicadas de manera coordinada, armónica y simultáneas en diversos casos; situación que el ER no ignora y, por tal motivo, se encuentra provisto de una estructura jurídica que expresa armonización con las legislaciones de los estados miembros ante el carácter complementario que tiene respecto de las normas nacionales.<sup>65</sup> En este mismo orden de ideas, cabe precisar que el pleno ejercicio de la soberanía de cada Estado no constituye obstáculo para el desarrollo de la función jurisdiccional, sino más bien un elemento de ventaja para dotar de eficacia a las normas internacionales penales dentro de los derechos nacionales, y en particular, a las normas contenidas en el citado instrumento.

En consecuencia, sostener la postura de que se refuerce la existencia y el funcionamiento de la CPI, como hace la UE con sus órganos supranacionales, es manifestar fundadamente que las líneas fronterizas no constituyen un factor importante como para impedir o restringir la función de este tribunal internacional.

En la actualidad, la UE constituye el principal sector mundial que impulsa este órgano jurisdiccional, lo cual no se debe a factores circunstanciales ni a la repentina idea de la implementación de un órgano de justicia de esta naturaleza, y menos aún, por establecer un punto referencial para confron-

<sup>64</sup> Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñán Noguerras, *op. cit.*, p. 390. Señalan en este sentido los autores que el Derecho Comunitario nace de las normas internacionales, no obstante que este marco jurídico tiene como destinatario a los nacionales y a las instituciones públicas de cada uno de los estados miembros. Es autónomo respecto del Derecho Interno, aunque se integra en los sistemas jurídicos nacionales sin perder su calidad de Derecho Comunitario, sin someterse a los principios ni a los modos de producción normativa que establecen las constituciones nacionales.

<sup>65</sup> Proemio del Estatuto de Roma, párr. 10: "La Corte Penal Internacional establecida por este Estatuto, será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales". Disposición que es reafirmada por el artículo 1 del instrumento internacional.

tarse en este contexto jurídico con otro sector del planeta, sino que la esencia de la función que se encomienda a este tribunal internacional resulta congruente con las características que presenta el marco jurídico-social que sustenta la organización y el desarrollo de esta organización subregional, tales como los que enseguida se describen:

La forma en la que interactúan los derechos nacionales y comunitarios patentiza los lineamientos que rigen a la UE. El maestro Díez Moreno realiza un interesante análisis en este aspecto,<sup>66</sup> destacando primeramente “la integración del Derecho Comunitario a los ordenamientos nacionales” de los países miembros, destacando que en la Constitución prevalece la concepción monista, que supone que el Derecho de la UE se integra al ordenamiento interno sin la necesidad de alguna ley que regule la recepción; que las normas comunitarias ocupan un nivel en la jerarquía de fuentes del Derecho Nacional y, por lo tanto, los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho de la Unión.

El segundo aspecto está relacionado con el “efecto directo” de las normas comunitarias, para lo cual se requiere que estas disposiciones legales sean claras y precisas; completas y jurídicamente perfectas, y que sean de carácter incondicional, esto es, que las normas no se encuentren sujetas a términos o condiciones. Este principio constituye uno de los factores que influyen en la autolimitación de la soberanía de cada uno de los estados miembros, ya que obliga a cada uno de ellos a cumplir con los compromisos contraídos. En estos términos lo ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que en el caso del “efecto directo”, lo encontramos en la sentencia del *Van Gend and Loos*, en la que se establece que el Tratado de la Comunidad Económica Europea tiene un alcance superior al de un acuerdo, ya que implementa órganos que institucionalizan derechos soberanos que repercuten en sus estados miembros y en sus nacionales.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Fernando Díez Moreno, *Manual, op. cit.*, pp. 257-270.

<sup>67</sup> Esta resolución del TJCE fue emitida el 5 de febrero de 1963, bajo el número de Caso 26/62, en el sentido de que: “El objetivo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que es el de instituir un mercado cuyo funcionamiento concierne directamente a lo sometido a la jurisdicción de la Comunidad, implica que ese Tratado constituye algo más que un acuerdo que se limitará a crear obligaciones mutuas entre los Estados contratantes [...] Esta concepción se encuentra confirmada por el preámbulo del Tratado que, más allá de los gobiernos, contempla a los pueblos y, de manera más concreta, por la creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos [...] La comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos”. El efecto directo del Derecho europeo fue

El tercer rubro es sobre la primacía del derecho de la UE, que establece la preferencia que los tribunales deben otorgar al derecho comunitario sobre las leyes nacionales de los estados miembros. Este criterio se sustenta en las jurisprudencias del caso 6/64 Costa/Enel,<sup>68</sup> y del asunto de Simmenthal<sup>69</sup> del 9 de marzo de 1978. El cuarto punto versa sobre la “aplicación y ejecución del derecho de la UE”, el cual se entiende que cuando la Ley de la Unión no contenga expresamente una sanción o reenvíe a disposiciones nacionales, el artículo I.5 constitucional impone a los Estados miembros la adopción de las medidas idóneas para asegurar su eficacia.

Finalmente, en el quinto rubro del análisis que nos ocupa se indica que consagrado por el Tribunal de Justicia en esa misma sentencia. En ella, el Tribunal declara que el Derecho europeo no sólo genera obligaciones para los estados miembros, sino también derechos para los particulares.

<sup>68</sup> El caso 6/64 Costa/Enel fue resuelto mediante la sentencia del 15 de julio de 1964, emitida por el TJCE, con la que finalizó la controversia entre el ciudadano italiano Flaminio Costa y una empresa del mismo país representada por la sigla ENEL, en el sentido siguiente: “[...] al constituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de atribuciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica [...] y, con más precisión, de poderes reales, surgidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, estos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado de esta manera un cuerpo de derecho aplicado a sus nacionales y a ellos mismos”. El TJCE realizó dos observaciones importantes en orden a la relación entre Derecho Comunitario y Derecho Nacional: a) Los estados han transferido de forma definitiva derechos de soberanía a la Comunidad creada por ellos. Y no pueden revocar dicha transferencia con medidas posteriores y unilaterales incompatibles con el concepto de comunidad. b) Uno de los principios de los Tratados es que ningún Estado miembro puede atentar contra la peculiaridad del Derecho Comunitario consistente en tener validez uniforme e íntegra en todo el ámbito de la comunidad. En consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los estados miembros deben aplicar la disposición europea. El Derecho nacional no se anula ni deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido. (DE: [http://europa.eu/legislatio\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114548\\_es.htm](http://europa.eu/legislatio_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114548_es.htm)).

<sup>69</sup> El asunto Simmenthal fue resuelto mediante la sentencia emitida por el TJCE, del 9 de marzo de 1978, en el sentido de que las normas de efecto directo deben ser aplicadas en tanto sean parte integrante del rango de prioridad, el ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de alguno de los estados miembros a partir de su vigencia, no obstante la preexistencia de una ley doméstica incompatible, o que se adopte posteriormente otra ley también en sentido contrario de la norma internacional. “El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”. (DE: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard.2htm>).

“las relaciones de los derechos nacionales y el derecho de la Unión Europea”, orientadas hacia las diversas formas de relación que se pueden presentar entre los ordenamientos nacionales y comunitarios, como consecuencia de la función que se asigna al derecho de la UE; para lo cual se apega al procedimiento de los cuatro caracteres siguientes: sustitución, armonización, coordinación y coexistencia.

Señala Díez Moreno que el primero de estos elementos se sustenta en los supuestos en que las competencias de los estados miembros se transfirieron a la Unión, como es el caso del arancel exterior común, en el que el Derecho de la Unión se incorpora a los ordenamientos nacionales como Derecho uniforme.

La segunda manera que tienen estas normas de relacionarse consiste en la “armonización”, y se caracteriza por una interrelación de ambas disposiciones, aunque el Derecho Nacional se ubica en una situación que le imposibilita determinar por sí misma sus objetivos; por lo que se ve obligada a evolucionar en función a las necesidades comunitarias. La tercera forma de relacionarse radica en el supuesto de que las normas nacionales subsisten, y las comunitarias intervienen sobre los efectos, para establecer un mecanismo de coordinación en beneficio de las personas que pudieran verse afectadas por ellas, es decir, que el Derecho Comunitario ejerce una influencia indirecta sobre las leyes nacionales para contribuir a su evolución hacia un marco jurídico uniforme.

Por último, la coexistencia que en un supuesto de regulación nacional y comunitaria de la misma materia, pero en ámbitos territoriales distintos, como es el caso del Derecho de la competencia, en el que los estados mantienen sus respectivas organizaciones administrativas y jurisdiccionales; lo cual no se traduce necesariamente en una confrontación de normas, sino en la implementación de medidas para evitar que las normas comunitarias tengan una influencia determinante sobre la configuración de los derechos nacionales.

Lo anterior nos permite establecer que la UE se encuentra inspirada en sólidos principios de integración y desarrollo sustentable, incorporando permanentemente en su estructura las normas protectoras de DH, no tan solo desde una visión interna sino también allende sus fronteras, impulsando la universalización de todos ellos, al establecer en el artículo I.2 de su Tratado Constitucional --aun ante su falta de vigencia-- que la UE tiene su fundamento en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los DH, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías.

*La Unión Europea como plataforma y custodia de la Corte Penal Internacional*

Toda vez que la UE tiene una personalidad jurídica internacional diferente de la de sus estados miembros, las acciones que despliega para dar un mayor impulso al ER pueden ser vistas desde dos ópticas: una como medidas implementadas a manera de institución regional, en tanto sujeto de Derecho Internacional y, por otra, las acciones individuales desplegadas por cada uno de los 27 estados que actualmente forman parte de la Unión Europea.

Como ya lo señalamos en capítulos anteriores, desde los inicios de la redacción del ER la postura de los miembros de la UE ha sido en el sentido de impulsar el proyecto, apoyados en el argumento jurídico de que el Estatuto es coincidente con los fines que se establecen en la misma normatividad comunitaria, ya que constituye una prioridad la consolidación del Estado de Derecho, el respeto de los DH, el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional de conformidad con la ONU y el artículo 11 del Tratado de la UE; y en tal virtud, la UE ha contribuido enormemente en la elaboración, negociación y entrada en vigor del ER mediante diversas acciones políticas y jurídicas para dotar de eficacia a la labor de este tribunal, no sólo con respecto de sus estados miembros sino en relación con los demás miembros de la comunidad internacional.

Como ejemplo de lo antes expuesto, cabe señalar las posiciones comunes que la UE adoptó con relación a la CPI: Posición común 2001/443/PESC,<sup>70</sup> de fecha 11 de junio de 2001, revisada y reforzada el 20 de junio de 2002, mediante la Posición Común 2002/474/PESC,<sup>71</sup> y posteriormente modificada por la Posición Común 2003/444/PESC,<sup>72</sup> de fecha 16 de junio de 2003; todas ellas con el fin de respaldar e impulsar la firma, ratificación, aceptación, aprobación y/o adhesión universal o la más amplia posible y, consecuentemente, la pronta entrada en vigor del Estatuto; la instauración, funcionamiento y plena eficacia del tribunal que de él deriva, a través de una serie de medidas por parte de la Unión y de sus miembros, tanto al interior de la Unión, como con respecto de terceros estados, así como con organizaciones regionales pertinentes; la adopción de iniciativas para promover la difusión de los valores, principios y disposiciones del Estatuto y de los instrumentos conexos; la cooperación con otros Estados, institucio-

<sup>70</sup> DE: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/icc0es.pdf>

<sup>71</sup> DE: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/ICC25ES.pdf>

<sup>72</sup> DE: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/1\\_15020030618es00670069.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/1_15020030618es00670069.pdf)

nes internacionales, organizaciones no gubernamentales y demás representantes de la sociedad civil interesados; la facilitación de asistencia técnica y, en su caso, financiera para los trabajos legislativos necesarios para la ratificación y aplicación del Estatuto en terceros estados, entre otras acciones.

Respecto de la Posición Común de 2003,<sup>73</sup> destacan entre sus objetivos el respaldo al funcionamiento efectivo de la Corte y a su independencia jurisdiccional, así como el exhorto a los estados miembros para transmitir la totalidad de su contribución correspondiente para lograr la firma y ratificación por los estados miembros del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte lo antes posible y promover dicha firma y ratificación por los demás estados; y esforzarse por respaldar apropiadamente el desarrollo de la formación y de la asistencia de los jueces, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la Corte.<sup>74</sup>

Por otra parte, cabe señalar que el artículo 9 de la Posición Común 2003/444/PESC, fue importante por el impulso que la UE dio a la Corte Penal Internacional y a su Estatuto, ya que en ella se dispuso que los países que se encontraban en vías de adquirir la membresía de la UE, así como los países asociados a la misma, adoptaran dicha posición, tal como lo comenta Xavier Pons, quien refiere que en esta Posición Común se planteó que los países adherentes a la UE también aplicaran la Posición Común desde el día de su adopción y que se sumaran a ella los países asociados.<sup>75</sup>

Asimismo, derivado de la posición 2003/444/PESC, del 4 de febrero de 2002, la UE desarrolló un plan de acción<sup>76</sup> que se dividió en tres secciones: a) coordinación de las actividades de la UE, b) Universalidad e integridad del Estatuto de Roma y c) Independencia y eficacia del funcionamiento de la CPI. Por lo que hace a este último inciso, en este plan de acción se reafirmó el deseo de la Unión de apoyar el funcionamiento efectivo de la Corte y por obtener el apoyo universal y la mayor participación posible en dicho tratado; el establecimiento de medidas por parte de la UE para contribuir a su establecimiento con base en los más altos estándares de credibilidad y eficiencia; para su efectivo e independiente funcionamiento, la realización de cursos o apoyo en la adopción de medidas legislativas necesarias para la

<sup>73</sup> Posición Común 2001/443/PESC del Consejo de la UE relativa a la CPI, de 11 de junio de 2001; Posición Común 2002/474/PESC del Consejo de 20 de junio de 2002 por la que se modifica la posición Común 2001/443/PESC relativa a la CPI; y Posición Común 2003/444/PESC del Consejo relativa a la CPI de 16 de junio de 2003.

<sup>74</sup> Artículo 3 de la Posición Común 2003/444/PESC.

<sup>75</sup> Xavier Pons Rafols, *La Unión Europea, op. cit.*, p. 1085.

<sup>76</sup> DE: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/ICC48EN.pdf>

formación y capacitación de jueces y demás personal que se requiera para el efectivo funcionamiento de la Corte.

Más adelante, el 10 de abril de 2006, en Luxemburgo, la ministra austriaca de Relaciones Exteriores, su excelencia señora Ursula Plassnik, en representación de la Presidencia del Consejo de la UE, y el Presidente de la Corte, el magistrado Philippe Kirsch, concluyeron un acuerdo sobre cooperación y asistencia.<sup>77</sup> Este acuerdo fue aprobado por la Decisión<sup>78</sup> 2006/313/PESC<sup>79</sup> del Consejo de 10 de abril de 2006.

Este acuerdo sobre cooperación y asistencia se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de la UE y el ER, estableciendo que cooperarán estrechamente, en su caso, entre sí y se consultarán sobre materias de interés común. Para facilitar dicha cooperación y asistencia, las partes acordaron el establecimiento de contactos periódicos adecuados entre la Corte Penal Internacional y el Centro de contacto de la Unión Europea para la Corte Penal Internacional. Asimismo, el acuerdo comprende algunos ámbitos de cooperación y asistencia relativos, entre otras cosas, a la concurrencia a reuniones, la promoción de los valores en que se funda el Estatuto, el intercambio de información, la adopción de medidas de protección, la clasificación de la información y su protección, el testimonio del personal de la UE, la cooperación entre la Unión Europea y el Fiscal, así como un régimen de privilegios e inmunidades acordes con el derecho internacional.

La adopción del ER por parte de los miembros de la UE, en tanto que constituyen un bloque regional importante jurídica y políticamente hablando, nos permite establecer que en los hechos este acto internacional tiene una gran significación para el establecimiento y funcionamiento de la CPI, así como desde el punto de vista de su eficacia en la protección de los DH y del combate a la impunidad a nivel internacional, y en ese sentido, la UE ha tenido un papel determinante en que la Corte funcione y sea un instrumento al servicio de la protección de estas prerrogativas.

<sup>77</sup> Este acuerdo entró en vigor el 1 de mayo de 2006. Publicado en *Diario Oficial*, L 115 du 28.04.2006. (DE: <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=628&lang=es>).

<sup>78</sup> El alcance de las decisiones de la UE se encuentran reguladas en el artículo 15 (artículo III-298) del Tratado de la UE que a la letra dispone: “El Consejo adoptará decisiones que definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático. Los estados miembros velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones de la Unión.” (DE: [http://www.unizar.es/union\\_europea/files/document/Tratado%20de%20Lisboa/A-Tratado\\_de\\_%20la\\_%20Union.pdf](http://www.unizar.es/union_europea/files/document/Tratado%20de%20Lisboa/A-Tratado_de_%20la_%20Union.pdf)).

<sup>79</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la UE*, L 115 de 28.4.2006. (DE: <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=628&lang=es>).

Recordemos que desde el nivel comunitario se estableció el deber de proteger los DH y, en ese sentido, las normas comunitarias y nacionales han sido armonizadas con ese fin; y por cuanto hace al ER, al suscribirlo cada uno de los estados partes, se ha impuesto no sólo vía el Estatuto, sino también vía derecho comunitario y vía la normatividad internacional Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, pues todos los estados partes tienen el deber de realizar las adecuaciones legislativas necesarias para el efecto de dar cumplimiento a dicho tratado internacional dentro de sus respectivos ordenamientos nacionales.

De manera que estos estados, en tanto que miembros de un bloque regional, se encuentran coordinados y mediante la implementación de legislaciones y procedimientos comunes en todo el territorio de la UE, y constituyen un frente importante de apoyo a la CPI en su lucha contra la impunidad en una amplia región del mundo al facilitar dentro de sus territorios, y con la colaboración de sus autoridades nacionales, que los presuntos criminales internacionales sean investigados, detenidos y entregados a dicho tribunal para su enjuiciamiento y, en su caso, para la aplicación de la pena correspondiente.

### *La Unión Europea como garante de la evolución mediática de la Corte Penal Internacional*

El contexto jurídico analizado nos permite sostener que la UE, además de representar desde su creación una plataforma de proyección de la CPI y un custodio de su incipiente funcionamiento, se le atribuye implícitamente una nueva encomienda partiendo de la base de que en la actualidad debemos ubicarnos esquemáticamente ante este Tribunal, en una etapa superior a los dos primeros resultados que se lograron. En la primera parte, ubicamos los trabajos de su implementación, que hoy en día deben formar parte de la historia jurídica mundial, y en la segunda etapa, ubicamos la puesta en marcha de la función jurisdiccional de este tribunal, con el marco jurídico que establece su Estatuto de 1998, con el vínculo ya conocido que presenta con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La etapa que se propone consiste en la continuidad de los trabajos que impulsaron a la CPI, buscando una real autonomía jurisdiccional, al margen de todo factor externo por muy elemental que éste sea y, en este tenor, se visualiza a la UE como la fuente más importante de inspiración para encaminar estos nuevos esfuerzos. No hay otro sector convincente

para este nuevo objetivo en virtud de que la UE es la organización supranacional que se encuentra provista de la calidad moral y de los principios que se requieren para demostrar a la comunidad internacional la viabilidad de un órgano de justicia universal con verdadera autonomía jurisdiccional.

Este conjunto de atributos que presenta la UE, y los valores que se le reconocen a cada uno de ellos, conforman una circunstancia que permiten instituir la de manera ineludible como el ente garante para la evolución mediática de la CPI en su ruta natural para lograr una auténtica autonomía jurisdiccional, en virtud de que ante la trayectoria de la organización y desarrollo de esta organización subregional se estima que sus estados miembros no soslayarían ni obstruirían la encomienda judicialmente autónoma de este tribunal penal internacional sino, por el contrario, se considera que en el seno de la UE encontrará el respaldo necesario para un desempeño jurisdiccional en esos términos.

Esto nos conlleva a señalar que a los estados miembros no les provocaría mayores cambios a su esquema jurídico ni a su política exterior por el hecho de que se dotara a la Corte de una auténtica autonomía jurisdiccional, ante la concepción de la soberanía nacional que hoy en día se tiene en su seno, trasladando parcialmente este valor a la organización supranacional y ésta, a su vez, la transforme en elementos de consolidación de su estructura y funcionamiento para lograr un desarrollo integral de sus miembros.

La integración de la UE la visualiza Ferrajoli como la progresiva disolución de la soberanía nacional, y que derivado de ello podría implementarse un constitucionalismo global, lo que suscitaría fenómenos como “ausencia de garantías judiciales a nivel internacional”, pronunciándose incluso a favor de un tribunal internacional que garantice la paz y los DH, y con facultades para decidir acerca de la constitucionalidad de las deliberaciones de NU y de las responsabilidades en materia de guerra, amenazas a la paz y violaciones de los DH. Una segunda cuestión se encuentra relacionada con “el cambio de lugar de las respectivas garantías constitucionales” como consecuencia del debilitamiento de la soberanía estatal, lo cual implica el desplazamiento de la toma de decisiones fuera de los estados nacionales y que, en este sentido, correspondían a sus respectivos poderes soberanos; la UE es un particular actor político que opera sin una Constitución. La tercera cuestión la enfoca Ferrajoli sobre “la posibilidad de un derecho de asilo como contrapeso”, catalogándola como un fenómeno que crecerá exponencialmente en el futuro cercano, y que “la antinomia entre la universalidad de

los derechos y la ciudadanía, sólo se resolverá mediante la superación de la ciudadanía y la desnacionalización de los derechos humanos”.<sup>80</sup>

Los razonamientos formulados por Ferrajoli en este planteamiento resultan inicialmente congruentes con las consideraciones efectuadas en el presente trabajo; sin embargo, cuando el tratadista señala que la concepción actual de la soberanía resulta equivalente a “un agujero negro legal, siendo su regla la ausencia de reglas” o, en otras palabras, que predomina la ley del más fuerte, se aprecia que su enfoque toma un camino distinto en razón de que en este trabajo se sostiene que la UE se integra y desarrolla mediante la cesión de derechos soberanos que efectúan sus miembros en favor de la organización supranacional, que algunos tratadistas consideran que constituyen una cesión parcial de soberanía.

La materialización de este otorgamiento sucesivo de derechos soberanos se realiza a través de los tratados, con los que asumen determinados compromisos bajo reglas precisas y principios rectores asequibles a sus intereses, y de manera recíproca, los estados miembros presentan ante la sociedad internacional una expectativa de crecimiento sustentable que se puede constatar objetivamente en este breve lapso de su funcionamiento que por el desarrollo integral que presentan todos ellos la organización cuenta con una lista de estados aspirantes para ingresar al grupo, y de los miembros actuales no se tiene petición alguna para abandonarlo.

Trasladando este contexto general al campo del establecimiento y funcionamiento de la CPI, podemos reiterar la certeza de que en la UE encuentra su mayor salvaguarda, lo cual basamos en las circunstancias específicas, señaladas en páginas anteriores, de que países como Alemania, Dinamarca y Francia encabezaron la iniciativa y los trabajos primarios para la creación de este tribunal; así, el proyecto fue aceptado y en breve tiempo impulsado por la mayoría de los estados a grado tal que en poco más de dos años del cierre de las firmas entró en vigor, ante la pronta ratificación de los 60 países que exige el artículo 126 de su Estatuto.<sup>81</sup>

Este fenómeno jurídico mundial lo podemos constatar con el análisis que enseguida se presenta, primeramente por cuanto hace a la postura asu-

<sup>80</sup> Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 9, octubre de 1998, pp. 189-192.

<sup>81</sup> Recordemos que finalmente, la etapa de los primeros ratificantes fue de 66 Estados partes, lo cual permitió que entrara en vigor el Estatuto de la CPI el 1º de julio de 2002, al disponer el artículo 126 que el Estatuto 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 la NU, el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

mida por los países europeos frente a la facultad jurisdiccional con la que nació la CPI, sin que se presentara de manera determinante, por los miembros de la UE, alguna acción que frustrara el objeto y fin del ER, en los términos que lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sino, por el contrario, se apreció en términos generales un apoyo permanente para su establecimiento y la puesta en marcha de su función jurisdiccional, pero que ahora le corresponde inspirarse en la evolución de la UE para impulsar las acciones que le permitan a la Corte desempeñar su encomienda con una auténtica autonomía jurisdiccional.

Este panorama internacional lo podemos también visualizar desde otra perspectiva, posiblemente más objetiva tomando en cuenta que de los 51 países europeos que existen 42 de ellos se incorporaron al Estatuto de la CPI y representan 82.35 por ciento, a saber: Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldova, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Rumania, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza y Tayikistán.

El porcentaje que alcanzan los países de Europa no lo iguala ninguna de las regiones restantes, ya que en América los estados ratificantes o adherentes alcanzan el 68.42 por ciento;<sup>82</sup> En África, el porcentaje es del 59.25 por ciento;<sup>83</sup> en Asia/Pacífico es un porcentaje mínimo de 24.59 por ciento, ya

<sup>82</sup> De los 38 estados que se encuentran en el continente americano, han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional los 26 siguientes: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y Las Granadinas, Santa Lucía, Saint Kitts y Nevis, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. En México, el Poder Constituyente Permanente concluyó el 4 de mayo del 2005 un trabajo de reforma mediante el cual adiciona un párrafo al art. 21 de su Constitución Política con el texto siguiente: "El Ejecutivo Federal podrá, con aprobación del senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la CPI", lo cual permitió su incorporación el 1 de enero de 2006.

<sup>83</sup> De los 54 países que conforman la región de África han aceptado la competencia jurisdiccional de la CPI los 32 siguientes: Benin, Bostwana, Burquina Faso, Burundi, Chad, Comoros, Congo (Brazzaville), Djibouti, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Jordania, Kenya, Lesoto, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Mauricio I, Namibia, Níger, Nigeria, República Central Africana, República Democrática del Congo, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Sudáfrica, Tanzania, Uganda y Zambia. A mediados de 2008, la CPI giró una orden de arresto en contra del presidente de Sudán, el señor Omar Hassan Ahmad al-Bashir, como probable responsable de crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, cometidos en la región de Darfur de ese país, pero que mediante una declaración de los cancilleres integrantes de la

que de los 61 estados que lo componen sólo se han incorporado 15 al Estatuto Roma.<sup>84</sup>

Junto a la clara actitud de los países europeos para la evolución del Derecho Penal Internacional a través de la CPI, y muy especialmente por parte de los que conforman la Unión Europea, podemos agregar algunas consideraciones derivadas de otros fenómenos en torno a la CPI, tales como:

1ª. El hecho de que los países que conforman la UE<sup>85</sup> aceptaran la competencia jurisdiccional de la CPI, es una referencia mundial que se traduce en un elemento que fortalece la convicción de aquellos estados que han ratificado o se han adherido al ER, y para los que aún no lo adoptan esta actitud generalizada de los miembros de la UE se puede traducir como la señal que indica el camino a una convivencia armónica mundial.

2ª. Todos los miembros de la UE rechazaron el convenio bilateral que impulsa EUA alrededor del mundo, que se puede traducir en una acción para contrarrestar los efectos de la jurisdicción de la CPI, y posteriormente para brindar inmunidad, tanto a sus nacionales como a los que no lo sean, pero que realicen misiones encomendadas por dicho país.<sup>86</sup>

3ª. Con el propósito de fortalecer la unidad de postura ante la promoción del convenio bilateral por parte de EUA y, en consecuencia, unificar criterio para brindar una respuesta congruente, los miembros de la UE establecieron como principios rectores respecto del tribunal del ER lo siguiente:<sup>87</sup>

1. Los acuerdos deben incorporar el principio de no inmunidad; 2. El ámbito de las personas protegidas en el texto de Estados Unidos de América es demasiado amplio... La exención no debe extenderse a todos los ciudadanos de la Unión

Unión Africana se manifestó que apelarán a todas las gestiones para que no se cumpla ese mandato de detención, argumentando que tal mandato judicial podría estimular a los insurgentes en vez de disuadirlos de abandonar las armas. (DE: <http://www.prensalatina.com.mx/Article.asp?ID=%7BF8BFE2B5-2661-4DCF-BDC9-F0>).

<sup>84</sup> Los 14 Estados asiáticos/pacíficos que lo han aceptado son: Afganistán, Australia, Camboya, Chipre, Islas Cook, Islas Marshall, República de Corea, Fiji, Japón, Jordania, Mongolia, Nauru, Samoa y Timor Oriental.

<sup>85</sup> Hasta 2011, los países miembros de la UE son los 27 siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia. (DE: <http://www.astroseti.org/espanol/list-rat.htm>).

<sup>86</sup> Kenneth Roth y Richard Dicker, *Acuerdos bilaterales de inmunidad*. (DE: [http://www.iccnw.org/espanol/articulos/hrw\\_art98.pdf](http://www.iccnw.org/espanol/articulos/hrw_art98.pdf), p. 4).

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 2.

Europea que estén de visita en su territorio nacional; 3. Los acuerdos bilaterales podrían incluir una cláusula de limitación temporal; 4. La inmunidad otorgada en los acuerdos no debe ser recíproca; 5. Los acuerdos existentes entre un gobierno y la Unión Europea pueden hacer innecesaria la adopción de un acuerdo bilateral separado; y 6. La aprobación de todo nuevo acuerdo o de toda modificación de un acuerdo existente, debe ajustarse a los procedimientos constitucionales de cada Estado.

De acuerdo con lo anterior, podemos establecer que el ER encuentra en los países europeos, y muy especialmente en los que integran la UE, un custodio cada vez más grande para su fortalecimiento y evolución, ya que de conformidad con el análisis desarrollado en esta postura regional se percibe la decisión de poner fin a la impunidad respecto de los autores de los crímenes más graves que conmueven la conciencia humana. De igual manera, se visualiza la disposición de ejercer sin obstáculos la jurisdicción penal contra los responsables directos de tales conductas, y se reafirman los principios de la CNU para abstenerse de recurrir al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado.<sup>88</sup>

Sin lugar a dudas, en esta postura europea encontramos la voluntad unánime de no repetir la historia,<sup>89</sup> tomando en cuenta que en su territorio tuvieron lugar dos confrontaciones armadas de gran impacto, por el número de víctimas y la magnitud de sus atrocidades.<sup>90</sup> De tal manera que la CPI también podrá encontrar en los países europeos el mayor impulso para aspirar a que en las próximas conferencias de Revisión de los estados partes, que convoque el secretario general de las Naciones Unidas, sean consideradas las enmiendas necesarias al Estatuto,<sup>91</sup> encaminadas a otorgarle las fa-

<sup>88</sup> Cfr. Proemio del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

<sup>89</sup> Es inevitable recordar con estos razonamientos el adagio atribuido a Marco Tulio Cicerón, en el sentido de que “el pueblo que olvida su historia, está condenado a repetirla”.

<sup>90</sup> En cuanto al número de víctimas, se tienen datos en el sentido de que éstas superaron los cincuenta millones; y por cuanto hace a los daños, el monto supera los \$ 276 750 millones de dólares, correspondiendo a: EUA \$ 84 500 millones; la entonces Unión Soviética \$48 000 millones; Gran Bretaña \$28 000 millones; Canadá \$4 000 millones; Francia \$ 3 750 millones; países latinoamericanos \$1 250 millones; Bélgica \$750 millones; Polonia \$250 millones; Holanda \$ 250 millones; Checoslovaquia \$250 millones; otros aliados y neutrales \$ 250 millones; Alemania \$68 000 millones; Italia \$ 23 500 millones; y Japón \$14 000 millones. Disponible en: [www.exordio.com/1939-1945/paises/economia.html](http://www.exordio.com/1939-1945/paises/economia.html)

<sup>91</sup> A este respecto, el artículo 123.1 del Estatuto de Roma de la CPI dispone: “Siete años después de que entre en vigor el presente Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto”.

cultades que requiere para ejercer su competencia jurisdiccional con cabal autonomía.

Este conjunto de factores nos permite establecer que el concepto de soberanía nacional en los países que conforman la UE no limita a la CPI para desplegar su facultad jurisdiccional, respecto de aquellos crímenes de su competencia; sin embargo, será ante los eventos específicos que pudieran derivar en la comisión de los crímenes de su competencia, en los que se estaría en posibilidad de confirmar objetivamente la actitud que asuma el Estado miembro ante un inminente ejercicio de la facultad jurisdiccional de este órgano jurisdiccional, en contra de alguno de sus nacionales.

Evidentemente que se antepone a toda esta situación jurídica el deseo de que no se actualice en la UE, ni en ningún otro punto del planeta, alguna de las hipótesis criminosas que contiene el ER en sus artículos 6, 7 y 8, en razón de que implicaría un acontecimiento de extrema gravedad, que incidiría en un retroceso de los esfuerzos invertidos en este conjunto de medidas, encaminadas precisamente a evitar los hechos de esta magnitud; sin embargo, a diferencia de otras épocas, actualmente se cuenta con un vigilante de la justicia internacional de naturaleza penal, el cual se encuentra legalmente establecida aunque políticamente influida.

En ese sentido, es evidente que existe un deseo generalizado de que haya un adecuado funcionamiento de la CPI y su Estatuto con todas sus consecuencias, respetando los esfuerzos de los diversos sectores de la comunidad internacional y nacionales para su implementación a fin de que este órgano de justicia constituya la esperanza de un reclamo mayoritario para erradicar la inmunidad y la impunidad en los crímenes de mayor gravedad que ha sufrido la familia humana a través de la historia. Asimismo, se pretende una justicia penal internacional convincente, sin limitaciones territoriales o argumentos falaces sustentados en guerras preventivas.

Por otra parte, en este trabajo no se pretende establecer si una u otra sección del planeta es buena o mala, en razón de la política internacional de protección a los DH, sino tan sólo se trata de establecer argumentos y razonamientos objetivos que nos permitan arribar a ideas concretas, que definan las razones por las que cada uno de estos dos sectores —EUA y la UE— presentan posturas antagónicas respecto de la Corte; primeramente por cuanto hace a su nacimiento, posteriormente, para desplegar su facultad jurisdiccional. Si bien ambos aspectos constituyen temas de importancia, por la actualidad que tienen para la comunidad internacional, hoy en día se encuentran separados gracias al compromiso común de brindar a la humanidad, por primera vez en su historia, un tribunal internacional de justicia de naturaleza penal.

LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ante el surgimiento de la CPI, se aprecia una interesante diferencia en la política internacional de EUA y en el esquema implementado por la UE, al soslayar aquél los tratados internacionales que impliquen compromisos con la comunidad internacional en el rubro de los DH, tal como quedó asentado en el tema que antecede, al efectuar un breve recorrido respecto de sus principios rectores, que extrae Louis Henkin en el procedimiento que implementa el Senado estadounidense para la adopción de los tratados internacionales de dicha materia.<sup>92</sup>

Durante los primeros trabajos realizados para la creación de este tribunal, EUA tuvo una activa participación, inclusive desde las negociaciones para la elaboración del borrador del Estatuto, mediante la presentación de propuestas que impulsaban estos trabajos; ejemplo de ello lo encontramos en las negociaciones relacionadas con la naturaleza y método de su establecimiento. En estas negociaciones se presentaron propuestas que favorecían la creación de un *órgano internacional autónomo*, así como las contrapropuestas que sugerían que el tribunal formara parte de las NU, en calidad de órgano principal o subsidiario.<sup>93</sup>

Al definirse que la Corte debía ser una institución permanente que funcionara de manera continua, para fomentar la estabilidad y la uniformidad de la jurisprudencia y el desarrollo continuo del Derecho Internacional,<sup>94</sup> y de manera específica al proceder al debate sobre el proyecto del artículo 10 del borrador del Estatuto, relacionado con “la independencia de los magistrados”, EUA sugirió: En los incisos a y b del párrafo 4, añádase “de plena dedicación” después de “cargo o empleo”, de tal manera que con esta aportación el texto quedó de la manera siguiente:<sup>95</sup>

- 1º. En el desempeño de sus funciones, los magistrados son independientes; y
- 2º. Los magistrados no realizarán ninguna actividad que pueda obstaculizar

<sup>92</sup> Los principios rectores del gobierno estadounidense, y especialmente del Senado de este país norteamericano, tienden a velar en mayor medida por sus intereses nacionales ante los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal como lo precisamos en el tema que antecedió. Cfr. Louis Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Boston y Londres, 1995, pp. 58-71, y 180 y ss.

<sup>93</sup> UN.Doc. A/51/22, suplemento núm. 22A, vol. I, 1996, párr. 21, p. 8.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párr. 22.

<sup>95</sup> UN.Doc. A/51/22, suplemento núm. 22A, vol. II, 1996, pp. 28 y 29.

el ejercicio de sus funciones judiciales o que pueda menoscabar la confianza en su independencia [...] 4º. Por recomendación de la Presidencia, los Estados partes podrán decidir, que el volumen de trabajo de la corte requiere la plena dedicación de los magistrados. En tal caso: a) Los magistrados ya elegidos que opten por prestar servicios de plena dedicación, no desempeñarán ningún otro cargo o empleo; y b) Los magistrados que sean elegidos con posterioridad a esa decisión, no desempeñarán ningún otro cargo o empleo.

Posteriormente, la postura estadounidense se tornó ambivalente, al vislumbrar el inminente establecimiento de este tribunal internacional, con una estructura y facultad jurisdiccional; como se ha descrito en este trabajo, pasó de ser de uno de los principales impulsores de la Corte a su contrincante más poderoso,<sup>96</sup> bajo los argumentos de que afecta su soberanía y que se contrapone con su Constitución, al no contemplar el proyecto del Estatuto el “apropiado proceso”.<sup>97</sup>

La postura inicial se presentó durante la administración de William Clinton, quien sostuvo en diversas ocasiones la necesaria implementación de un órgano internacional que se hiciera cargo de la persecución de los crímenes más graves que ha sufrido la humanidad. A través de este planteamiento, EUA pugnó seriamente para alcanzar este objetivo tan importante, aunque no dejó en ningún momento su deseo de obtener en las negociaciones un trato preferencial en la función jurisdiccional del tribunal que se buscaba.<sup>98</sup>

Conforme avanzaban los trabajos, la postura estadounidense fue transformándose paulatinamente hasta tornarse en una posición claramente antagónica al entusiasmo que predominaba en el entorno de los trabajos. La aclamación por el tribunal no dejó de ganar terreno frente a las circunstancias adversas que se incrementaron ante la posición estadounidense, la cual sugería una continuidad de la política de implementación sucesiva de tribunales *ad hoc*, es decir, con el claro mensaje de que la sociedad internacional debía sentirse satisfecha con los tribunales especiales.

La obstrucción de las labores en favor de este tribunal sin precedente, a juzgar por las facultades jurisdiccionales que se le otorgan y el alcance territorial de su competencia, no pueden tolerar que sean soslayados los principios universales que rigen el Derecho Penal, ya que constituyen las bases

<sup>96</sup> Cfr. H. David Scheffèr, “Sexto Comité de la Asamblea General de la ONU en su 53º periodo de sesiones”, 21 de octubre de 1998, comunicado de prensa número 179, p. 98.

<sup>97</sup> Cfr. Leigh Monroe, “The United States and the Statute of Rome”, *The American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 1, enero de 2001, p.124.

<sup>98</sup> A/CONF.183/10, consistente en la explicación del voto y aceptación del acta final de la Conferencia de Roma, de 17 de julio de 1998.

para cuestionar y desvalorizar a los tribunales especiales, hasta que pierdan credibilidad, y de no diseñar un sistema de justicia objetivo y eficaz, persistirá el “resquicio a la impunidad”<sup>99</sup> por los crímenes de extrema gravedad.

En la cúspide de los cuestionamientos que se hacen a los tribunales *ad hoc*, encontramos, sin lugar a dudas, aquellos que versan sobre su carácter *post facto* respecto de los hechos que son sometidos a su jurisdicción, en cuya implementación se manifestó de acuerdo EUA, tal como lo destaca David Scheffer al sostener que dicho país estuvo impulsando seriamente los esfuerzos que se realizaron para la creación de los tribunales internacionales de la ex Yugoslavia y de Ruanda, en el seno del CS de las Naciones Unidas,<sup>100</sup> ante la exigencia de la comunidad internacional para la activación de una justicia internacional de naturaleza penal, que sea capaz de juzgar a los individuos directamente responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ante la evidente incapacidad de los tribunales nacionales para actuar de manera objetiva e imparcial.

La inclinación hacia la creación sucesiva de los tribunales especiales por parte del gobierno estadounidense la consideramos una política adversa al desarrollo sustentable del Derecho Penal Internacional en los términos que se hace alrededor del planeta, a juzgar por el contenido de las constituciones modernas de los estados democráticos, con la clara idea de brindar el adecuado desarrollo del debido proceso. A diferencia de los tribunales *ad hoc*, que se caracterizan por su frágil base jurídica, se diluye en gran medida su efectividad precisamente por su nacimiento *post facto* en relación con el evento probablemente criminoso que se pone a su conocimiento.

Mantener por tiempo indefinido a la justicia penal internacional al margen de alguno de los principios universales que rigen esta materia, no se puede visualizar como una medida aceptable. Los tribunales internacionales

<sup>99</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, p. 39. Así lo precisa el juez Garzón cuando alude al principio de la jurisdicción universal —como un sistema más para la administración de la justicia penal internacional— considerándolo no tan sólo como el derecho de los estados para investigar los delitos de considerable gravedad, sino también como la obligación de todos ellos para cubrir de justicia todo espacio humano y que no se tenga un punto territorial sin derecho, ni situaciones como en las que se encuentran los detenidos en Guantánamo, que como se mencionó en el capítulo que antecede, son consideradas por Garzón como Derecho perverso, en donde la justicia mantiene su distancia.

<sup>100</sup> David Scheffer, “La política de Estados Unidos ante los tribunales penales internacionales”, *College of Law, American University*, Washington, marzo 31, 1998.

les *ad hoc* que hasta la fecha se implementaron cumplieron satisfactoriamente su cometido, ya que además de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los crímenes por los que se les dio competencia, hicieron historia en la vida del DPI, constituyendo una etapa trascendental en la evolución y codificación progresiva de esta materia, especialmente por los principios que rigieron el Tribunal de Núremberg.

Es de explorado derecho sostener esta postura, en virtud de que estos tribunales especiales representaron un factor importante en el desarrollo del DPI, pero dicha circunstancia debe considerarse como parte de esa historia jurídica, y no encontraríamos en este mundo tan interdependiente argumentos convincentes para justificar un estancamiento de la comunidad internacional en esa etapa, ya que se estaría en un sistema de vida gravemente conformista, sin la mínima aspiración en mantener el necesario desarrollo del DPI, lo que se ha convertido hoy por hoy en un imperativo ético universal para los doctrinarios y los gobiernos comprometidos con la protección de los derechos humanos.

Evitar el óptimo funcionamiento de un tribunal penal de alcance mundial, con una idea de desarrollo pleno, como lo pretende el gobierno estadounidense, equivale a soslayar las experiencias que la humanidad ha tenido con los órganos jurisdiccionales *ad hoc* y consecuentes. Tal posición se traduce en una obstrucción al desarrollo del fenómeno de la “progresividad”,<sup>101</sup> en la protección de los DH allende las fronteras estadounidenses, o cuando menos, impide la expansión iniciada por la comunidad internacional al implementarlos, con el propósito de lograr constituir un *corpus juris* universal.<sup>102</sup>

La tendencia actual es mantener una línea progresista, en la que se han incorporado la mayoría de las constituciones del planeta, trasladando a las legislaciones secundarias de la materia el procedimiento de la plena observancia de cada uno de los principios que rigen el procedimiento penal aceptados universalmente; por lo que el establecimiento del “juez natural” y la realización de la función de éste al margen de toda influencia por muy elemental que ésta sea, constituyen las garantías judiciales más preciadas en la encomienda de la administración de la justicia. Así, la continuidad de tribunales especiales se traduce en un estancamiento jurídico viciado, al estar

<sup>101</sup> Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1987, p. 36.

<sup>102</sup> Sergio García Ramírez, “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXIV, núm. 101, UNAM, México, mayo-agosto de 2000, pp. 657 y 658.

destinados a conocer de hechos o de situaciones graves de violación de derechos humanos que preceden a su establecimiento, y que su trabajo jurisdiccional se desarrolle bajo fuertes cuestionamientos, por no ajustarse cabalmente a los principios elementales del Derecho Penal.

Se considera que de haberse mantenido las NU en el esquema del establecimiento de los tribunales *ad hoc*, se llegaría al momento en que la sociedad internacional le perdería la confianza a este máximo organismo mundial para establecer y garantizar la paz internacional; por lo que la decisión de instituir la CPI es el paso importante que podría darse en materia de procuración y administración de la justicia penal en el planeta. Entonces, una actitud distinta a esta tendencia de vida universal no puede ser considerada positiva para la convivencia armónica a ese nivel.

Es comprensible que ante una novedosa propuesta exista diversidad de criterio entre un grupo de 193 integrantes, que en este caso se trata de aquellos que se encuentran incorporados a las NU,<sup>103</sup> y, en consecuencia, al fijar

<sup>103</sup> Con la incorporación de la República de Montenegro en el 2006, los países miembros de la ONU llegaron a la cifra de 192 países. (Cfr. DE: <http://www.un.org/spanish/aboutun/growth.htm>). Previamente, en 2002, la suma era de 191, con la suscripción de la Confederación de Suiza y la República Democrática de Timor Oriental. (Cfr. DE: <http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>). Los primeros 189 estados miembros son los que enseguida se enlistan en orden alfabético y de acuerdo con el año en que fueron incorporados a dicha Organización: 1945: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Belarús, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Etiopía, EUA, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, India, Irán, Irak, Líbano, Liberia, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Siria, República Dominicana, Sudáfrica, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia. 1946: Afganistán, Islandia, Suecia, Tailandia. 1947: Pakistán, Yemen. 1948: Myanmar. 1949: Israel. 1950: Indonesia. 1955: Albania, Austria, Bulgaria, Camboya, España, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Jordania, Nepal, Portugal, República Democrática Popular Lao, Rumania, Sri Lanka. 1956: Japón, Marruecos, Sudán, Túnez. 1957: Ghana, Malasia. 1958: Guinea. 1960: Benin, Burkina Faso, Camerún, Chad, Chipre, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Madagascar, Malí, Níger, Nigeria, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Senegal, Somalia, Togo. 1961: Mauritania, Mongolia, Sierra Leona, República Unida de Tanzania. 1962: Argelia, Burundi, Jamaica, Ruanda, Trinidad y Tobago, Uganda. 1963: Kenya, Kuwait. 1964: Malawi, Malta, Zambia. 1965: Gambia, Maldivas, Singapur. 1966: Barbados, Botswana, Guyana, Lesotho. 1967: Yemen Democrático. 1968: Guinea Ecuatorial, Mauricio, Swazilandia. 1970: Fiji. 1971: Bahrein, Bhután, Emiratos Árabes Unidos, Omán, Qatar. 1973: Bahamas, República Democrática Alemana, República Federal de Alemania. 1974: Bangladesh, Granada, Guinea-Bissau. 1975: Cabo Verde, Comoras, Mozambique, Papua Nueva Guinea, Santo Tomé y Príncipe, Suriname. 1976: Angola, Samoa, Seychelles. 1977: Djibouti, Vietnam. 1978: Dominica, Islas Salomón. 1979: Santa

sus posturas, que bien pueden tener carácter transitorio en tanto se realiza un análisis más profundo. Resulta claro que ante la transparencia con la que se propuso la implementación de un órgano jurisdiccional con facultades específicas, objetivas y expresamente plasmadas en un instrumento internacional, se podría asumir una postura menos antagónica al proyecto; sin embargo, el gobierno estadounidense lleva a cabo acciones impactantes y trascendentes: primeramente, para evitar su nacimiento y, posteriormente, para excluir a sus nacionales, civiles y militares, de su facultad jurisdiccional.

En el conjunto de acciones que implementó el gobierno estadounidense respecto de la CPI para lograr la inmunidad de sus nacionales ante esta nueva facultad jurisdiccional, bajo el argumento de su participación en las operaciones de mantenimiento de la paz autorizadas por las NU, se destacan: el “retiro de su firma”, mantener un estrecho control de la competencia de la Corte por conducto del Consejo de Seguridad (CS), promover acuerdos bilaterales de extradición que prohíban la extradición de estadounidenses a la Corte Internacional Penal, eliminar la ayuda militar a los estados que ratifiquen el Estatuto y la suspensión de apoyo en las operaciones para el mantenimiento de la paz.

Se considera que la inquietud que le origina a EUA un tribunal de la magnitud que representa la CPI radica en que en un futuro mediato se desvincule estructural y jurídicamente del CS y desarrolle su encomienda jurisdiccional en un marco de auténtica autonomía, que es precisamente en donde radica la esencia de este estudio. Posiblemente este punto toral inquieta al país más poderoso del planeta por su política exterior, al considerar que sus nacionales, civiles o militares, son los más susceptibles de adecuar sus conductas en los crímenes que describe el Estatuto que le da vida a la Corte.

Con el propósito de abarcar las acciones más importantes implementadas por EUA en contra de la CPI que nos ocupa, primeramente para obstruir la creación de este tribunal, y posteriormente para evitar el efecto de su facultad jurisdiccional, nos permitimos enlistar y analizar enseguida cada una de ellas, a saber:

1ª. Limitar el ejercicio jurisdiccional de la Corte Penal Internacional.

Lucia. 1980: San Vicente y las Granadinas, Zimbabue. 1981: Antigua y Barbuda, Belice, Vanuatu. 1983: Saint Kitts y Nevis. 1984: Brunei Darussalam. 1990: Liechtenstein, Namibia. 1991: Estados Federados de Micronesia, Estonia, Letonia, Lituania, Islas Marshall, República de Corea, República Popular Democrática de Corea. 1992: Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Georgia, Kazajstán, Kirguistán, República de Moldova, San Marino, Tayikistán, Turkmenistán, Uzbekistán. 1993: Andorra, Eritrea, la ex República Yugoslava de Macedonia, Mónaco, República Checa, República Eslovaca. 1994: Palau. 1999: Kiribati, Nauru, Tonga. 2000: Tuvalu, Serbia.

2ª. Retirar su firma del Estatuto de Roma.

3ª. Presentar un proyecto de resolución ante el CS de las NU para excluir permanentemente de la jurisdicción de la CPI a los nacionales de los estados no partes, que participen en operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas.

4ª. Promover un acuerdo bilateral para que los estadounidenses (civiles o militares), o contratistas, sean entregados a este país y no a la Corte Penal Internacional.

5ª. Expedir la Ley H.R. 4775 American Servicemember's Protection Act, mediante la cual prohíbe, entre otros rubros, ayuda militar a los países que ratifiquen el Estatuto de Roma.

En virtud de la importancia que tiene este rubro para el establecimiento y puesta en marcha de la CPI, y por provocar, estas medidas, efectos de fondo en lo que se refiere a los objetivos del presente trabajo, consideramos necesario presentar el escenario de cada uno de estos puntos, en el mismo orden en que se encuentran enlistados:

#### *El retiro de la firma de Estados Unidos de América del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*

Al no obtener EUA los resultados que esperaba en la etapa de la elaboración del “borrador” final del estatuto del tribunal penal internacional que se procuraba, y manteniendo su objetivo de evitar esta jurisdicción internacional, desplegó su segunda acción, consistente en el “retiro de su firma” del Estatuto.

Con esta segunda medida se confirmaba que la postura del gobierno estadounidense era de total oposición a este tribunal, ya que si bien es cierto que firmó el Estatuto el 31 de diciembre de 2000 tal acción no se puede considerar como determinante para compartir la voluntad del nacimiento y el funcionamiento de este tribunal internacional, en virtud de que su firma no fue respaldada por algún otro indicio de ese país en tal tendencia, sino por el contrario, se demostró con acciones muy concretas que en realidad EUA no pretende ser parte de su Estatuto.<sup>104</sup>

No obstante que el Derecho Internacional no autoriza el retiro de firmas en los instrumentos internacionales, los EUA lo llevaron a cabo en febrero

<sup>104</sup> La asumida inicialmente por EUA para firmar el ER y posteriormente retirar la firma, lo destaca Baltazar Garzón señalando que era mejor controlar el ER desde adentro que desde fuera.

de 2002, y si bien tal acto internacional se desapega de las normas que rigen esta materia, el conjunto de acciones que ha implementado sugieren que no pretende de modo alguno buscar una armonización en el contexto mundial respecto de la CPI, ya que tales acciones violentan el mandato del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, al disponer que un Estado deberá abstenerse de actos que frustren el objeto y el fin de un tratado.

Contextualizando en estos términos la política exterior de los EUA en materia de derechos humanos, se puede establecer, de manera categórica, que no se aprecia, en un futuro mediano, la intención por parte de este país norteamericano de incorporarse al ER de 1998, sino por el contrario, pareciera que sus acciones estuvieran encaminadas a inhibir, incluso boicotear su funcionamiento.

Lo expuesto hasta aquí resulta congruente con los principios que rigen al Senado estadounidense en cuanto a la adopción de los tratados internacionales en materia de DH, y todo esto, a su vez, se impone en su sistema de justicia, al considerarse que el Estado en su conjunto debe regirse bajo un esquema bien definido, con una política interna en materia de derechos humanos, que si bien es cerrada también es clasificable como protectora de estos derechos.

Esta circunstancia no es el resultado de acciones desarticuladas o derivadas de medidas circunstanciales, sino que constituyen los lineamientos que rigen a su Cámara de Senadores para autorizar la incorporación del país a los instrumentos internacionales, no permiten la implementación de mecanismos distintos a los que puedan conducir los principios que destaca Louis Henkin como rectores del Senado estadounidense ante los tratados internacionales en materia de DH, como los siguientes:<sup>105</sup>

<sup>105</sup> Cfr. Louis Henkin, *International Law, op. cit.*, pp. 58-71, y 180 y ss. Presenta el autor en esta obra un estudio de los aspectos importantes y los acontecimientos relacionados con los DH a nivel internacional, destacándose en este caso algunos rubros relacionados con los EUA, al señalar literalmente entre otros aspectos, que: "The United States, did not wish the issues adjudicated. It denied the Court's jurisdiction. The court's decision that it had jurisdiction and its determination to proceed with the case fed national resentment [...] Treaties are expressly declared to be the law of the land, binding on the states of the Union and to be given effect by state courts [...] International law generally is referred to only in a clause giving Congress power to define offences against the law of nations [...] Congress will not commonly knowingly enact a law that is inconsistent with United States obligations under a treaty. If fairly possible, the courts will interpret an Act of Congress so that it will not be inconsistent with United States treaty obligations [...] The constitutional jurisprudence of the United States has enjoyed continuing development and it has changed in important res-

1°. Los EUA no se someterán a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para resolver conflictos relacionados con la interpretación o aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

2°. Los acuerdos internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos deben ser *no auto-ejecutivos*.

3°. Los tratados que en materia de DH adopte EUA deben contener una cláusula federal que le permita dar un amplio espacio de aplicación de todos ellos a los estados.

4°. Los EUA no admitirán obligación alguna que provenga de un tratado, por estar imposibilitado en su cumplimiento al no ser congruente con su Constitución.

5°. La adopción de un tratado internacional en materia de DH por parte de EUA no debe afectar o comprometer cambios en sus leyes o en su política.

También resulta congruente este conjunto de principios, con los razonamientos que sustentó la postura final del gobierno estadounidense ante el ER, al señalar que la CPI afecta la soberanía de los EUA y a su Constitución, destacando incluso que el apropiado proceso que contempla su carta magna no será aplicado por dicho tribunal internacional.<sup>106</sup>

*Acuerdo bilateral para que los estadounidenses  
sean entregados a su país  
y no a la Corte Penal Internacional*

Por cuanto hace a la cuarta medida que implementó EUA para boicotear la facultad jurisdiccional de la CPI, consistente en el acuerdo bilateral que empezó a promover desde la entrada en vigor del ER, el 1 de julio del 2002, pretendiendo con este acuerdo impedir la entrega a la Corte de ciudadanos estadounidenses, civiles o militares, incluso de los contratistas de ese gobierno que no tengan la ciudadanía estadounidense, al establecer en su parte correspondiente: “*For purposes of this agreement, ‘persons’ are current or former government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of the United States of America*”.<sup>107</sup>

pects since the Second World War. But the jurisprudence governing the status of treaties and international law has not changed or even been re-examined”.

<sup>106</sup> Cfr. Leigh Monroe, *loc. cit.*, vol. 95, núm. 1, enero de 2001, p. 124.

<sup>107</sup> En un mayor contexto del documento que promueve EUA, se destaca literalmente que: “Considering that the expressed intention to investigate and to prosecute where appropriate acts within the jurisdiction of the International criminal court... For purposes of this

El proyecto de EUA se sustenta en el artículo 98.2 del Estatuto, que en su esencia dispone: “La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado”. Desde nuestro punto de vista, el fundamento al que recurre el gobierno estadounidense no es aplicable para todos los estados por las siguientes razones:

1ª El supuesto planteado por este precepto consiste en que el país que es invitado por EUA no tuviera el contacto procedimental que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, respecto del ER; en ese sentido el Estado invitado por EUA para suscribir el acuerdo bilateral que nos ocupa, no podría realizar actos encaminados a frustrar el objeto y el fin de un tratado,<sup>108</sup> es decir, que no lo suscribieran y menos aún lo ratificaran, aceptaran o adhirieran, ya que si bien este precepto dispone que no se dará curso a una solicitud de entrega en la cual el Estado requerido deba actuar apegado a un acuerdo internacional, mediante el cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la CPI a una persona; es evidente que el espíritu de esta disposición legal consiste en no quebrantar algún compromiso contraído con anterioridad.

Como se puede apreciar, mediante este Convenio bilateral EUA busca otorgar a sus nacionales y no nacionales, respecto de la facultad jurisdiccional de la Corte, quedar excluidos, tomando en cuenta que del propio documento no se desprende el compromiso de someter a juicio al individuo que le sea entregado mediante este instrumento, ya que en su esencia expresa tan sólo *the intention to investigate and prosecute*.<sup>109</sup>

agreement, “persons” are current or former government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of the United States of America [...] When the government of X extradites, surrender, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the government of X will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by a third country, absent the expressed consent of the government of the United States of America”. Kenneth Roth y Richard Dicker, *Acuerdos, op. cit.*

<sup>108</sup> Este artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone literalmente: “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) Si se ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado”.

<sup>109</sup> Kenneth Roth y Richard Dicker, *op. cit.*

2ª Al no encontrarse el Estado invitado al margen del Estatuto, y al acceder a la suscripción del convenio propuesto por el gobierno estadounidense, podría estar actuando contra lo consagrado en el citado artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El deber de no ir contra el objeto o fin del ER, surge en el momento en que el Estado firma el tratado y hasta antes de su entrada en vigor; por tanto, la suscripción de un convenio como el que promovió Estados Unidos se encontraría en el supuesto previsto por el citado artículo 18 de la Convención de Viena.

3ª En el supuesto de que la suscripción del convenio promovido por los EUA fuere posterior a la entrada en vigor del ER, por parte de un Estado parte de dicho instrumento, constituiría una flagrante violación al mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la citada Convención.<sup>110</sup>

4ª La protección que pretende el gobierno estadounidense, se estima que no corresponde al espíritu del artículo 98.2 del ER, ya que este precepto le brinda a los estados interesados en incorporarse a este tratado la libertad de dar prioridad a sus compromisos internacionales contraídos con anterioridad a su firma, ratificación, aceptación o adhesión.<sup>111</sup> De no ser así, podríamos establecer un escenario poco alentador para el DPI, al mantener los estados su libre albedrío para suscribir tratados internacionales, no obstante los compromisos contraídos previamente para ello y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>112</sup> en virtud de que la interpretación de EUA, podría conducir a la comunidad internacional a un reiterado quebrantamiento de sus compromisos internacionales, sin consecuencia alguna.

<sup>110</sup> El artículo 26 contiene el principio de *pacta sunt servanda*, que a la letra dice que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, de tal manera que la firma de un convenio de este tipo contraviene el Estatuto de Roma y denota un actuar de mala fe del Estado que se comprometiera en tales términos.

<sup>111</sup> Tal como se desprende del texto del ER: "La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad".

<sup>112</sup> Este artículo 32 dispone que se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Actualmente, este escenario resulta inadmisibile por la existencia de instrumentos internacionales que así lo establecen, ya que en la mayoría de los casos los aceptaron bajo el principio *pacta sunt servanda*,<sup>113</sup> y dado que en los principios que rigen a organizaciones como las NU encontramos razonamientos en el sentido de que: “Los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional [...] a convivir en paz como buenos vecinos”.<sup>114</sup>

De acuerdo con lo anterior, se puede establecer que con la interpretación que pretende el gobierno estadounidense dar al artículo 98.2 de que se trata, podría detener el desarrollo del DPI,<sup>115</sup> ya que con ese enfoque se soslayan los principios y normas internacionales vigentes y se estaría en el supuesto de que los estados partes justifiquen el incumplimiento de sus compromisos internacionales con base en ese acuerdo bilateral, lo cual podría conducir a innecesarios conflictos entre estados, o entre éstos con NU, o con alguna otra organización internacional. Esto implica que con la interpretación estadounidense de este precepto legal, en un caso hipotético originado por la comisión de un crimen de extrema gravedad, se estaría clasificando en un problema de mayor dimensión, y ante las experiencias adquiridas a través de la historia sobre las consecuencias de los conflictos internacionales, se estima que sería más conveniente la práctica de la tolerancia, promover el pleno respeto de los tratados y dar estricto cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos.<sup>116</sup>

### *La expedición de la Ley H.R. 4775 American Servicemember's Protection Act*

Por último, procedemos al análisis de una acción más de EUA en contra de la CPI, consistente en la emisión de la Ley H.R. 4775 American Service-

<sup>113</sup> El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 establece literalmente: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>114</sup> Así se destaca en el Proemio de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>115</sup> Como se ha precisado en el capítulo primero, en el siglo xv apareció el proyecto de Jorge de Podebrady, Rey hussita de Bohemia, en el que propuso un tribunal con la idea de extender territorialmente su facultad investigadora y administradora de justicia; aunque carente de competencia para juzgar individualmente por asuntos de índole penal, sino que su alcance se limitaría a las relaciones entre algunas ciudades.

<sup>116</sup> Proemio de la Carta de las Naciones Unidas.

member's Protection Act, al haber sido aprobado el ER, destacándose el señalamiento del embajador David Scheffer en el sentido de que no podía firmar el Estatuto por no haberse logrado algunos de los objetivos de negociación de su país, por lo que consideraba que las fuerzas multinacionales de mantenimiento de la paz que operan en determinado país pueden ser expuestas a la competencia de este tribunal internacional, aun cuando el país de que se trata no sea parte del ER. Los nacionales de EUA también podrían ser sometidos bajo la jurisdicción de la CPI aun cuando el país no es parte del Estatuto, lo que podría inhibir la capacidad de sus fuerzas armadas para cumplir con sus obligaciones en las operaciones multinacionales, además de que esta situación, subrayó el señor Scheffer, se contrapone a los principios más fundamentales de los derechos de los tratados.<sup>117</sup>

No obstante las preocupaciones expuestas por el embajador Scheffer, el presidente Clinton dispuso que los EUA firmarían el ER, presentando una declaración en el sentido de que no remitiría el Tratado al Senado y que tampoco recomendaba que su sucesor lo hiciera, en tanto no fueran superados los aspectos que les preocupaban. En este contexto, la preocupación también radicaba en la falta de protección procesal a los estadounidenses que por razón de la Carta de Derechos de la Constitución estadounidense tienen el derecho a un juicio con jurado, el cual no les otorga el procedimiento establecido en el Estatuto de Roma.<sup>118</sup>

<sup>117</sup> American Servicemember's Protection Act, SEC. 2002. FINDINGS. Congress makes the findings: [...] (4) During testimony before the Congress following the adoption of the Rome Statute, the lead Unites States could not sign the Rome Statute because certain critical negotiation objectives of the United States had not been achieved. As a result, he stated: "We are left with consequences that do not serve the cause of the international justice". (5) Ambassador Scheffer went on to tell the Congress that: Multinational peacekeeping forces operating on a country that has joined the treaty can be exposed to the Court's jurisdiction even if the country of the individual peacekeeper has not oined the treaty [...] Not only is this contrary to the most fundamental principles of treaty law, it could inhibit the ability of the United States to use its military to meet alliance obligations and participate in multinational operations".

<sup>118</sup> *Ibidem*. En este rubro, el documento señala literalmente: "(6) Notwithstanding these concerns, President Clinton directed that the United States sign the Rome Statute on December 31, 2000". In a statement issued that day, he stated that in view of the unremedied deficiencies of the Rome Statute, "I will not, and do not recommend that my successor submit the Treaty to the Senate for advice and consent until our fundamental concerns are satisfied". (7) Any American prosecuted by the International Criminal Court will, under the Rome Statute, be denied procedural protections to which all Americans arte entitled under the Bill of Rights to the United States Constitution, such as the right to trial by jury".

En la sección 2003, titulada *Waiver and Termination of Prohibitions of this Title*, otorga facultades al presidente de EUA para renunciar a la participación de su país en determinadas operaciones de mantenimiento de la paz de las NU, y a prohibir asistencia militar a los estados parte del ER, y estableciendo como condición que el presidente estadounidense notifique al menos quince días antes de su decisión a las comisiones del Congreso para prohibir a la CPI ejercer su jurisdicción sobre los estadounidenses o nacionales de países aliados encubiertos.<sup>119</sup>

En la sección 2004, el Congreso de EUA determinó prohibir toda cooperación con la CPI, exceptuando en esta prohibición a los tribunales estatales establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y tampoco prohíbe la facultad de su país para liberar a su personal militar y a otros detenidos por disposición del citado tribunal internacional, y con una redacción un tanto ambigua, también se establece en esta sección 2004, de la ley que se analiza, que tampoco se prohíbe la comunicación de los EUA de su política con respecto a un conflicto, al disponer literalmente: *Sec. 2004 [...] (2) shall not prohibit: (A) (B) communication by the United States of its policy with respect to a matter.*

En la sección 2005 de esta ley se establecen las facultades de EUA para restringir su participación en determinadas operaciones de mantenimiento de la paz ordenadas o autorizadas por las NU, haciendo valer su decisión a través de su voto en el seno del CS de la propia organización internacional. En la siguiente sección se dispuso la prohibición de transferencia directa o indirecta de información clasificada de Seguridad Nacional (SN) y la ley de información a la Corte.

En la primera parte de la sección 2007 se otorga al presidente estadounidense la facultad de negar ayuda militar al país que coopere con la CPI,<sup>120</sup> y en la sección 2008 se autoriza a su mandatario a hacer uso de los recursos necesarios para liberar a militares estadounidenses o encubiertos por los EUA, es decir, que la acción propuesta en esta ley también incluiría a per-

<sup>119</sup> *Ibidem*. "Sec. 2003 Waiver and termination of prohibitions of this title. (a) Authority to initially waive sections 5 and 7. (1) [...] (2)[...] (A) prohibits the International Criminal Court from seeking to exercise jurisdiction over the following persons with respect to actions undertaken by them in an official capacity: (i) covered United States persons; (ii) covered allied persons; and (iii) individuals who were covered United States persons or covered allied persons".

<sup>120</sup> *Ibidem*. "Sec. 2007. Prohibition of United States Military Assistance to parties to the International Criminal Court. (a) Prohibition of military assistance. Subject to subsections (b) and (c), and effective 1 year after the date on which the Rome Statute enters into force pursuant to article 126 of the Rome Statute, no United States military assistance may be provided to the government of a country that is a party to the International Criminal Court".

sonas que no tengan la ciudadanía estadounidense, siempre y cuando estén realizando funciones o misiones en favor de dicho país, en el momento en que incurran en los delitos que les llegara a imputar la CPI, o que sean condenados y estén purgando la sentencia que haya emitido.<sup>121</sup>

A diferencia de las acciones anteriores, esta medida tiene características peculiares que la ponen en la cúspide de todos los elementos que permiten ubicar la postura estadounidense ante este tribunal, destacándose su carácter unilateral, ya que si bien la primera de ellas, que versa sobre su propósito de limitar la facultad jurisdiccional de este tribunal de alcance mundial para juzgar exclusivamente a los nacionales cuyos gobiernos otorguen su consentimiento para ese efecto, y posteriormente la decisión que tomó para retirar su firma del Estatuto, ambas acciones no imponen determinada acción u omisión a una tercera persona, Estado u organización, sino que tan solo representa su posición ante la existencia de una institución susceptible de ser o no aceptada por los estados que conforman la sociedad planetaria, pero no necesariamente debe constituirse en blanco de acciones internacionales para disminuirla en su encomienda, o restarle capacidad de funcionamiento.

Esta acción hacia la CPI, estimamos que es la de mayor impacto, por las consideraciones siguientes:

El carácter unilateral que reviste la Ley H. R. 4775 American Servicemember's Protection Act es de una considerable trascendencia por la influencia que tiene EUA en un importante número de países, prácticamente en todos los sectores del mundo, de tal manera que resulta preocupante una disposición legal en el sentido siguiente: "*Prohibition of United States military assistance to parties to the international criminal court. A) prohibition of military assistance*", o la segunda parte que establece: "*Authority to free members of the Armed Forces of the United States and certain other persons detained or imprisoned by or on behalf of the International Criminal Court*"; toda vez que podría provocar reacciones en los países que tienen interés en conservar el apoyo que les brinda EUA en materia de asisten-

<sup>121</sup> *Ibidem*. "Sec. 2008, Authority to free members of the Armed Forces of the United States and certain other persons detained or imprisoned by or on behalf of the International Criminal Court. (1) Authority. The president is authorized to use all means necessary and appropriate to bring about the release of any person described in subsection (b) who is being detained or imprisoned by, on behalf of, or at the request of the International Criminal Court. (b) Persons authorized to be freed. The authority of subsection (a) shall extend to the following persons: Covered United States persons Covered allied persons. (2) Individuals detained or imprisoned for official actions taken while the individual was a covered United States person or a covered allied person and in the case of a covered allied person upon the request of such government".

cia militar, tecnología, adiestramiento, armamento, transporte, economía, entre otros recursos. En cuanto a la CPI, el aspecto que preocuparía consiste en el efecto inhibitorio que pudiera transmitir esta disposición legislativa en aquellos países que se sintieran afectados en sus intereses.

Es una “ley versátil”, desde luego, acorde a los intereses del país emisor, aunque con alcance restringido, que se debe precisamente a la naturaleza del documento y objetivo del Estado interesado al tener una estructura que le permite al gobierno estadounidense accionar de manera práctica ante las circunstancias que se le presenten, al conceder a su presidente la facultad de disponer que se deje sin efecto la suspensión de apoyo que se hubiere decretado respecto de algún país, sin que el presidente tenga la obligación de informar previamente al Congreso. Circunstancia específica que debe ser considerada como medida positiva para dar respuesta inmediata a determinada actitud que asuma el tercer Estado de que se trate. Pero, en su contexto general, el único beneficiado es el emisor.

En cuanto al rubro de la “eficacia”, podemos establecer que ésta, al igual que las dos características anteriores, no puede ser catalogada como satisfactoria ya que existe un bloque de 114 países que ya ratificaron, aceptaron, aprobaron o adhirieron al tratado internacional que le da vida a la Corte Penal Internacional.<sup>122</sup>

Seguramente existe otro sector que se encuentra interesado en incorporarse a este instrumento; también habrá, sin lugar a dudas, otro grupo que no tendrá interés en ajustarse a la Ley H. R. 4775 American Servicemember’s Protection Act, para no presentar una postura contraria a la mayoría de la comunidad internacional. De tal manera que los países que por cuestiones

<sup>122</sup> Hasta el inicio de 2011, se han incorporado al Estatuto de Roma los 114 países siguientes: *África*: Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Chad, Congo (Brazzaville), Comores, Djibouti, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Kenya, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Islas Mauricio, Namibia, Níger, Nigeria, República Centro Africana, República Democrática del Congo, Senegal, Sierra Leona, Sudáfrica, Tanzania, Uganda, Zambia. *América*: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Surinam, República Dominicana, Trinidad & Tobago, Uruguay. *Asia/Pacífico*: Afganistán, Australia, Camboya, Chipre, Islas Cook, Fiji, Japón, Jordania, Islas Marshall, Mongolia, Nauru, República de Corea, Samoa, Timor-Leste. *Europa/Ceí*: Alemania, Andorra, Austria, Albania, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Macedonia, Montenegro, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rumania, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza. (Cfr. DE: <http://www.iccnw.org/documents/CICCFs-RatificationsbyUNGroupl8July08-sp.pdf>).

económicas o de política exterior con el gobierno estadounidense se sientan comprometidos con la ley que nos ocupa, constituirían un bloque reducido, el cual podría verse más disminuido si tomamos en cuenta que algunos de ellos, no obstante los compromisos que pudieran tener con los EUA,<sup>123</sup> consideramos que se inclinarán hacia la tendencia que marca el sector mayoritario de los cinco continentes,<sup>124</sup> de un total de 193 países que actualmente se encuentran incorporados a la Organización de las Naciones Unidas.

Del breve análisis efectuado a las acciones desplegadas por las instituciones gubernamentales de los EUA para expresar su postura ante el ER, consideramos que no se traducirán en el número de estados que este país espera sean subordinados a la Ley H. R. 4775 American Servicemember's Protection Act, ya que habrá gobiernos que incluso con los compromisos con ese Estado decidirán incorporarse al ER para sentirse parte de la evolución universal e irreversible del DPI, hasta lograr que esta codificación progresiva le brinde a la CPI un estado de funcionamiento con auténtica autonomía jurisdiccional.

Esto es así, y para ello, el principio de la autonomía en el campo de la función judicial ha constituido el anhelo histórico para lograr el debido proceso en todas las latitudes del planeta, al grado de que la Asamblea General (AG) de las NU ha hecho suyos los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en 1985, en cuyo primer punto se establece: "La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución y la legislación del país. Todas las instituciones guber-

<sup>123</sup> México es de los países que por su ubicación geográfica respecto de EUA mantiene compromisos esencialmente en materia de combate al narcotráfico; sin embargo, el 7 de septiembre de 2000 suscribió el ER de la CPI. Al siguiente año, envió al Senado de la República una propuesta de adición al artículo 21 de su Constitución Política, con el propósito expreso de aceptar la competencia de dicha Corte, que fue debatida y autorizada el 14 de diciembre del 2002; dos años después hizo lo propio la Cámara de Diputados, y el 4 de mayo del 2005 fue emitida la Declaratoria de mayoría por parte de los Congresos locales, concluyendo de esta manera el trabajo legislativo para presentar su solicitud de ratificación ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>124</sup> El porcentaje que arrojan los 108 estados que han *ratificado, aceptado, aprobado*, o en su caso, *adherido* al Estatuto de la CPI, en relación con los 192 miembros de las Naciones Unidas, es de 56.25 por ciento. Hasta el inicio de 2009, el panorama se encuentra constituido de la manera siguiente: Europa, de sus 51 Estados han aceptado el Estatuto 40; América, de sus 38 Estados se han incorporado 24; África de sus 54 Estados lo han aprobado 30; Asia/Pacífico de sus 61 Estados, lo han adoptado solamente 14.

namentales y de otra índole, respetarán y acatarán la independencia de la judicatura".<sup>125</sup>

El encontrar este principio elemental de los tribunales en el instrumento que se transcribe, y constatar su presencia prácticamente en todas las constituciones políticas del mundo, nos permite establecer que se ha convertido en un imperativo y en una obligación irrenunciable de alcance universal, ya que de un recorrido que hacemos en los cinco continentes lo encontramos en las constituciones de un importante número de países, ejemplo de ellos lo tenemos en América: Argentina (114), Bolivia (116), Chile (76), Colombia (228), Costa Rica (9 y 54), El Salvador (86 y 172), Guatemala (141 y 203), Honduras (4 y 303), México (94, 100 y 116), Nicaragua (129 y 165) y Panamá (2 y 207), por citar algunos. En Europa podríamos mencionar a Estados, como Alemania (97), Armenia (94), Bélgica (151), España (117.1), Francia (64), Grecia (87), Italia (108) y Rusia (120). En África: República de Sudán (101), en Guinea Ecuatorial (83), incluso en el Reino de Marruecos se asienta en su Constitución este principio, mediante la práctica de la división de poderes.<sup>126</sup>

En Asia, observamos la independencia de los jueces, entre otras, en la nueva Constitución de Irak (84 y 85), en la de Líbano (20) y en la de India.<sup>127</sup> En la Constitución de la República de China no se encontró algún precepto que establezca literalmente la independencia de los jueces.<sup>128</sup> Por

<sup>125</sup> Cfr. UN.Doc. A/40/32 y UN.Doc. A/40/146, del 29 de noviembre y 13 de diciembre de 1985, respectivamente. En el concepto de que el señalado Séptimo Congreso de las Naciones Unidas se llevó a cabo en Milán, del 16 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

<sup>126</sup> En cuanto a la Constitución del Reino de Marruecos, podríamos destacar que no obstante su reducido número de artículos, que escasamente llegan a 17, tiene como objetivo establecer una democracia auténtica, inspirada en el Islam, reconoce la igualdad de derechos y deberes, la libertad y dignidad personales, al tiempo que se compromete a asegurar la justicia evitando el abuso mediante la puesta en práctica del mecanismo de la división de poderes, señalando expresamente la necesaria independencia de los magistrados y todas las demás garantías democráticas. (Cfr. DE: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_131\\_129.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_131_129.pdf)).

<sup>127</sup> La Constitución de este país señala que el poder Judicial es independiente con facultades para rechazar la legislación decretada con extralimitación por la Asamblea Legislativa, o que contradiga a ciertos derechos fundamentales que en ella se encuentren consagradas. (Cfr. DE: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_092\\_015.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_092_015.pdf)).

<sup>128</sup> Por el sistema político que predomina en esta República popular de China, no se cuenta con un poder judicial independiente. Por otro lado y de acuerdo con el Informe 2009 de Amnistía Internacional, en este país se sigue reprimiendo con mano férrea a quienes critican sus políticas y prácticas oficiales. Cfr. Amnistía Internacional, *El estado de los derechos humanos en el mundo*, Artes Gráficas Enco, Madrid, 2009, p. 15.

último, observamos en Oceanía este principio, en la Constitución de Nueva Zelanda (23) y en la de Australia, que establecen este principio a través de la inamovilidad de los jueces, frente a las facultades del gobernador general.<sup>129</sup>

Este panorama mundial nos permite establecer que existe una voluntad generalizada, o cuando menos mayoritaria a nivel mundial, en el sentido de que los servidores públicos que tienen la encomienda de administrar la justicia, en este caso, de naturaleza penal, deben cumplirla con la independencia necesaria, e incluso, el propio ER lo establece como condicionante para no intervenir en el conocimiento de un asunto, al disponer en su artículo 17.3.c que para determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta el principio de un proceso adecuado, reconocido por el Derecho Internacional, si se da, entre otras circunstancias: que el proceso no fue o no es sustanciado de forma independiente o imparcial, o si dadas las circunstancias es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona señalada como probable responsable ante la justicia.

De igual manera, cuando el ER reitera la subsistencia de la garantía procedimental de *no bis in idem*, disponiendo en su artículo 20.3.b que la Corte no procesará a nadie que ya fue procesado por otro tribunal respecto de delitos que prevé y sanciona dicho instrumento internacional, salvo que el proceso ante el otro tribunal: “No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

En caso de que el Estado correspondiente no garantice cabalmente este principio en la función jurisdiccional de sus tribunales, la CPI intervendrá en consecuencia para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar al responsable del crimen de que se trate.

Lo anterior nos permite establecer que si este tribunal se instituye como el órgano garante de la justicia penal supranacional, tiene la ineludible obligación de realizar dicha función poniendo por delante su propia autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional, y de no ser así, su posición ante los tribunales domésticos puede sufrir una considerable disminución que afectaría seriamente su imagen, que en este caso el artículo 16 del ER no le

<sup>129</sup> En este país, los jueces fueron designados con carácter vitalicio hasta 1977, como resultado del referéndum constitucional de ese año y que deberán retirarse a los 70 años de edad. (DE: <http://www.fedcourt.gov.au/aboutct/jj.html>).

beneficia de manera alguna al disponer que la Corte se encuentra bajo las disposiciones que le comunique el CS, al estar obligada a iniciar o suspender un juicio: esto, con independencia de que disponga o no de los elementos que la ley establece para condenar o absolver al acusado.

Con este panorama jurídico, podemos considerar que si EUA se ha manifestado abiertamente como adversario de un tribunal que aún se está esforzando por lograr su autonomía jurisdiccional, y no obstante que aún se encuentra en desarrollo este proceso de evolución, EUA hace valer su poder en el planeta para soslayar la competencia de este órgano de justicia; de tal manera que, de lograrse una autonomía jurisdiccional de la CPI, se considera que dicho país implementará medidas adicionales que conlleven a que sus ciudadanos, civiles y militares, no sean sometidos a su jurisdicción.

Se podría considerar que cuando la Corte sea desvinculada del CS, se estaría hablando previamente de una posición política estadounidense profundamente transformada, y el análisis de sus acciones nos permite establecer que mientras no haya en el planeta un país con el grado de poder que presenta EUA, la autonomía de la CPI se antoja lejana. Sin embargo, se estima necesario retomar fuerzas en los propios antecedentes de esta colosal tarea e invocar reiteradamente el “principio de la persistencia”.

#### *El Estado mexicano y el Estatuto de Roma*

Tras el establecimiento de la CPI se presentaron diversos cuestionamientos técnicos sobre su contenido. Entre los cuales destacamos los aspectos siguientes:

1º. La independencia de la CPI fue un rubro en el que México puso especial atención desde el inicio de los debates en el seno de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, oponiéndose al otorgamiento de facultades al CS, por considerar que influyen en la función jurisdiccional de la CPI, en las que se incluye el texto del artículo 16 del ER que otorga la capacidad de disponer sobre la suspensión de alguna investigación durante un término de 12 meses; petición que puede ser renovada por un número indefinido, afectando evidentemente la autonomía que debe caracterizar a todo órgano jurisdiccional.

2º. La interacción de la CPI con las jurisdicciones nacionales, que sólo podrá actuar cuando el Estado parte no ejerza su competencia de manera independiente e imparcial, o que no esté dispuesto a realizar el enjuiciamiento

to, o no pueda realmente hacerlo, y en el supuesto de imponer una pena que no satisfaga a la CPI, podrá someterse al sentenciado a un nuevo juicio.

3°. La definición de los crímenes de la competencia de la CPI ya que como se precisó, hasta ese momento no se encontraban determinados los elementos constitutivos del delito de agresión, no obstante que desde 1974 la AG de las NU había adoptado por consenso su definición.<sup>130</sup>

En el entorno de esta polémica jurídica, el Estado mexicano suscribió el ER el 7 de septiembre de 2000, manifestando que su decisión se basa en que los principios que sustentan la iniciativa de la CPI constituyen también sus convicciones esenciales, y reconoce su establecimiento como la culminación del esfuerzo de la comunidad internacional para disponer de una jurisdicción penal internacional. En ese acto se hizo entrega al secretario general de las NU de una nota oficial, en la que manifestó que la firma fue realizada *ad referendum*, debido a que para la ratificación se requiere la aprobación del Senado de la República y la realización de reformas a la ley fundamental.

### *La recepción del Estatuto de Roma*

Después de que México firmó el Estatuto se escucharon voces encontradas, señalando la falta de armonización entre este instrumento internacional y la Constitución mexicana; sin embargo, mediante algunas acciones que se implementaron después de la firma, el 28 de octubre de 2005, el Estado mexicano efectuó el acto internacional, consistente en el depósito del instrumento de ratificación ante las NU,<sup>131</sup> no obstante las contradicciones subsistentes

<sup>130</sup> El crimen de agresión ha sido definido el 11 de junio de 2010, mediante la Resolución RC/Res.6 de la Asamblea de los estados parte de Estatuto, que más adelante será descrita, por lo que se estima que en breve será incorporado a este instrumento para su debida aplicación. Por otro lado, efectivamente, desde el año 1974 la AG de las NU, mediante la Resolución núm. XXIX/3314 y con base en la recomendación de la Comisión Especial. UN.Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (segunda parte), 1996 estableció literalmente: "La Agresión consiste en el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la ONU, tal como se enuncia en la presente definición".

<sup>131</sup> Al llevarse a cabo el depósito del instrumento de ratificación, la Secretaría de Relaciones Exteriores informó lo siguiente: "el día de hoy fue depositado ante la oficina de Tratados de la ONU en Nueva York, el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma que estableció la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998. El tratado internacional fue firmado por nuestro país en septiembre del año 2000, y aprobado por el H. Senado de la República el 21 de junio de 2005. Para su adopción fue necesario modificar la

con respecto al marco constitucional, derivadas del superficial trabajo legislativo que sustentó la solicitud del Estado mexicano para su incorporación a dicho tratado, a juzgar por el contenido de la adición que se le efectuó al artículo 21 constitucional, en los términos siguientes: “El Ejecutivo Federal podrá, con aprobación del senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.

Esta situación jurídica podría presentar para el Estado mexicano algunas discordancias con las normas internacionales, por las consideraciones siguientes:

1ª. El acto internacional de la ratificación se encuentra viciado de origen en virtud de que el marco constitucional mexicano es muy preciso en los casos de la adopción de instrumentos internacionales al señalar en su artículo 15 que no se autoriza la celebración de tratados que alteren las garantías y derechos que consagra la propia carta magna. Este mandato constitucional se halla reforzado por el contenido del artículo 133 del propio ordenamiento fundamental al disponer que los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados por el presidente de la República con la aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión,<sup>132</sup> lo que implica que si el tratado contiene disposiciones contrarias a la Constitución no podrá incorporarse al cuerpo de leyes fundamentales que tengan vigencia en el territorio mexicano.

2ª. El incumplimiento de una obligación internacional sería inminente con este contexto jurídico, en el supuesto de que el fiscal de la Corte iniciara una investigación en contra de un ciudadano mexicano y de que el Senado se negara a reconocer la jurisdicción de la CPI, invocando el texto del octavo párrafo del artículo 21 de su ley fundamental (“El Ejecutivo Federal podrá, con aprobación del senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”) debido a que, por un lado, esta disposición constitucional se contrapone con el artículo 120 del ER, al establecer que este instrumento internacional no admitirá reservas, de manera que con la

constitución, lo cual se concretó el 20 de junio de este mismo año [2005]. Con el depósito del instrumento, México se vincula formalmente al ER, cuya vigencia en territorio nacional comenzará el 1 de enero de 2006 y se convierte en la nación número 100 en ratificarlo”. (DE: <http://www.scribd.com/doc/13245510/La-Politica-Exterior-del-Sexenio-Fox>).

<sup>132</sup> Este precepto constitucional establece literalmente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”.

lectura del precepto constitucional mexicano se aprecia, en su esencia, que constituye una reserva; considerando además lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>133</sup>

3ª. Ante la improcedencia jurídica de invocar las disposiciones del Derecho Interno para solventar el incumplimiento de una obligación internacional, lo que es una realidad, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 27 que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado. El artículo 46 de la citada convención señala que el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado sea en violación de una disposición de su Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento salvo si es una violación manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno.

El Estado mexicano se incorporó al ER con este panorama jurídico, que en el campo legislativo podría transmitir una imagen del Estado mexicano dudoso en el tema de los DH ante la comunidad internacional, contrariando en gran medida la política internacional que tradicionalmente lo ha caracterizado, tal como lo establece el artículo 89, fracción X, de su ley fundamental, al establecer, entre otros principios, la cooperación internacional, lo cual se demuestra mediante la adopción de más de 2 000 tratados internacionales, desde aquel primer instrumento que suscribió en 1823 con la República de Colombia,<sup>134</sup> 72 en materia de DH y DIH,<sup>135</sup> que le permiten estar a la vanguardia en el contexto internacional, junto con los países que también se distinguen por su convicción por la protección, respeto y promoción de los derechos fundamentales. De tal manera que en el rubro del DPI, específicamente en el de la CPI, México está en deuda con la sociedad internacional, por lo que se considera ineludible la implementación de las acciones legislativas necesarias para mejorar dicha situación.

<sup>133</sup> Recordemos que el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>134</sup> De este importante número de tratados que ha suscrito México, 646 son bilaterales y se encuentran vigentes; 894 son multilaterales, de los cuales 605 están vigentes, y con organismos internacionales se ha adoptado 141, de los cuales 134 se encuentran vigentes. (DE, junio-julio, 2007: [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx)).

<sup>135</sup> Jaime Antonio López Portillo Robles Gil, “Dirección General de Derechos Humanos”, *Revista del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos*, Órgano de Divulgación Militar, México, época IV, año 102, enero de 2008, p. 11.

*Las contradicciones del Estatuto de Roma  
con la Constitución mexicana*

De un breve análisis que se realice al ER con nuestro marco constitucional, se puede establecer con suficiente claridad que la adición que se efectuó a la Constitución mexicana, en su artículo 21, no coadyuva a superar las contradicciones existentes entre ambos cuerpos de leyes, tal como se aprecia en los puntos siguientes:

1ª. Se contraviene el principio *non bis in idem* que consagra el artículo 23 constitucional; también se contrapone con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta contradicción se presenta al facultarse a la CPI, con base en el artículo 20 de su Estatuto, en someter a un segundo juicio a una persona que ha sido juzgada por los mismos hechos, ya sea por un tribunal de su propio Estado o por algún otro órgano jurisdiccional competente de un Estado distinto.<sup>136</sup>

2ª. La aplicación analógica de la ley se actualiza en los delitos que aplicará la CPI, ya que el ER, en sus artículos 7 y 8, emplea términos subjetivos como “grandes sufrimientos”, “sufrimientos graves”, entre otros, contraviendo así al principio de exacta aplicación de la ley, contemplado en el artículo 14 de la ley fundamental mexicana.

3ª. La facultad del fiscal de la CPI para iniciar “investigaciones oficiosas” sobre la base de información acerca de un crimen de su competencia conforme lo disponen los artículos 15 y 53 del ER, contraviene el artículo 16 constitucional, por ser un acto inquisitorio. En México, todo inicio de indagatoria de hechos probablemente delictivos requiere de la denuncia o querrela correspondiente, tal como lo establece el artículo 16 constitucional.

4ª. La facultad jurisdiccional de la CPI no se limita con la inmunidad de los altos funcionarios, conforme al artículo 27 de su Estatuto; situación que se contrapone con los artículos 108 y 111 de la Constitución mexicana, considerando que este tribunal puede ejercer su competencia, sin que se le exija un procedimiento previo por el cargo oficial que estuviera desempe-

<sup>136</sup> Cfr. Manuel Ollé Sesé, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, en Josep Tamarit, *Justicia Penal internacional y Justicia Universal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 233. Refiere el autor como ejemplo el caso Jesuitas en el que se plantea la ineficacia de este principio de cosa juzgada bajo ciertas condiciones fraudulentas, al haberse celebrado en El Salvador un juicio contra los mismos querrelados en España y por los mismos hechos, pero carentes de las garantías del debido proceso, como es el caso de la Ley de Amnistía dictada después del juicio, por ser contraria entre otros a los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

ñando el inculpado, y la Constitución de México exige en estos casos una previa declaración de procedencia.

5ª. El ER establece en sus artículos 55 y 67 la posibilidad de excluir el derecho de presencia del defensor al señalar que se podrá poner al inculpado un defensor cuando no tenga uno particular, estableciendo respectivamente estos artículos: “A ser asistida por un abogado defensor [...] siempre que fuere necesario en interés de la justicia [...] A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho de asistencia letrada”. Y “[...] El acusado tendrá derecho a [...] ser asistido por un defensor de su elección [...] siempre que el interés de la justicia lo exija”. De tal manera que puede darse el caso de que en su interrogatorio no cuente con un defensor, lo cual resulta contrario al artículo 20 constitucional mexicano al establecer en la fracción XVII de su apartado A, que “tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

6ª. El Estatuto de la CPI establece en su artículo 77 la “condena a perpetuidad”, la cual presenta una seria inconsistencia con el artículo 22 del marco constitucional de México, al prohibirse en éste las penas inusitadas.

7ª. Finalmente, el ER contempla en su artículo 89 la entrega de personas a la CPI,<sup>137</sup> y la Constitución de México prevé en su artículo 15 la extradición únicamente entre países, sin contemplar la posibilidad de la extradición con algún organismo supranacional, aun en caso de que el tribunal se encuentre provisto de personalidad jurídica internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de su legislación.<sup>138</sup>

La ratificación del ER por el Estado mexicano bajo estas circunstancias va más allá de la idea de expresar a la comunidad internacional la convicción de los órganos de gobierno por el respeto de los derechos fundamentales, ya que mediante dicha ratificación se ofrece a la CPI el territorio nacional para el ejercicio de su facultad jurisdiccional, no obstante las contradicciones que han sido ya precisadas.

<sup>137</sup> El artículo 89 del ER establece: “Entrega de personas a la Corte: 1. La Corte podrá transmitir junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno”.

<sup>138</sup> El artículo 4 del ER, establece: “La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos”.

La situación jurídica adversa con la que el Estado mexicano efectuó la ratificación del ER provocó que algunos órganos del Estado mexicano se privaran de la oportunidad de llevar a cabo trabajos de mayor profundidad que les permitieran efectuar una reforma constitucional de un alcance superior en torno al citado Estatuto en el marco jurídico-penal mexicano. Por tal motivo se considera ineludible y urgente la implementación de las medidas legislativas necesarias, para estar en condiciones de lograr una adecuada recepción del Derecho Internacional al Derecho Interno.

#### EL DERECHO PENAL ESTATAL Y LA EXTRATERRITORIALIDAD DE SU APLICACIÓN

La expresión “Derecho Penal Estatal” nos ubica en un primer momento en el sistema de justicia doméstico; sin embargo, podemos apreciar, con base en lo que hemos tratado hasta el momento, que ese Derecho Penal Interno tiene una proyección más allá de las respectivas fronteras de los estados, y que de la interacción jurisdiccional de los estados nace el DPI mediante la expresión externa de esa potestad, ya que no se podría concebir de una manera distinta, al igual que tampoco podría materializarse con un Estado único mundial, ni con un conjunto de estados sustraídos al Derecho Internacional Positivo. Por tal motivo se estima que actualmente sería inconcebible un sistema de justicia penal estatal al margen de la necesaria cooperación de la comunidad mundial en esta función,<sup>139</sup> independientemente del sistema que prevalezca en cada uno de los estados.<sup>140</sup>

En la actualidad, la interrelación del Derecho Penal Estatal con el DPI es real e imperativa en virtud de que el sistema globalizado contemporáneo así lo exige, a tal grado de que las normas internacionales son consideradas en muchos casos parte integrante del Derecho Estatal. Esto es así desde el

<sup>139</sup> Kai Ambos, *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, España, 2002, p. 318.

<sup>140</sup> Efectivamente, en la sociedad internacional existen diversos sistema de procuración y administración de la justicia penal; podemos hacer referencia a cuatro de ellos como los más importantes, a saber: el “anglosajón”, que se sustenta en la capacidad del encargado de administrar la justicia para crear leyes a través de la costumbre y de los casos que son sometidos a su jurisdicción. El “europeo”, que representa el sistema romano, dogmática jurídica y judicialista. El “socialista”, que se caracteriza por el rígido control de su estructura social y de los medios de producción; y por último, el sistema predominante en Latinoamérica, que por su descubrimiento posterior a las viejas civilizaciones, se conoce como el sistema de *las naciones latinoamericana*, que sustenta su procedimiento en los valores y tradiciones propias de sus pueblos.

momento en que se establece su reconocimiento en las normas nacionales de cada Estado. Es decir, que su vigencia depende de la aceptación de su obligatoriedad por parte de los estados a los que está dirigido su marco jurídico y, de no ser así, dicha vigencia perdería fuerza paulatinamente, conforme los estados manifiesten su desinterés de adoptarlo.<sup>141</sup>

Es precisamente en esta circunstancia donde radica nuestro razonamiento para sustentar que el Derecho Penal Estatal tiene implícito un carácter internacional, toda vez que en determinados casos el ejercicio jurisdiccional estatal desarrolla una investigación o un juicio, con una idea internacionalista, en razón de la naturaleza de los hechos, por los delitos que se tipifican, la nacionalidad del inculpado, el lugar de comisión de los delitos y el país en el que se lleva acabo la detención, así como la nacionalidad de la víctima; esto, independientemente de la petición que le formule el tribunal de otro Estado para activar el procedimiento de la extradición o la cooperación internacional, mediante alguna otra figura jurídica.<sup>142</sup>

Esta faceta internacionalista del Derecho Penal Estatal no constituye necesariamente un ejercicio de reciente aplicación, sino que desde la antigüedad, en el año 1280 antes de la Era cristiana, encontramos antecedentes en la civilización egipcia, mediante un tratado de extradición;<sup>143</sup> más adelan-

<sup>141</sup> Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura, op. cit.*, p. 225. También señala el autor que al no apreciar el Derecho Internacional como una parte integrante del orden jurídico estatal, y concebirlo como un orden jurídico de carácter supra-ordenación a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez, no se parte de la primacía del orden jurídico de un Estado sino de la primacía del orden jurídico internacional.

<sup>142</sup> Cfr. Juan Carlos Puig, *Derecho de la comunidad internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 71. En el campo del Derecho Internacional, la figura más recurrida es el tratado, mediante el cual los estados manifiestan su voluntad para adquirir determinados compromisos, y regularmente sustentados en el Derecho Interno; de tal manera que el Derecho Nacional habilita al derecho internacional en la medida en que establece, faculta o regula la celebración de tratados internacionales, pero que en cuanto al procedimiento a seguir en el orden interno de cada Estado para concluir la celebración de los tratados, ya que una vez que haya sido ratificado el tratado, los efectos, en cuanto a derechos y obligaciones y la responsabilidad de las partes contratantes, se rigen por el Derecho Internacional y no por el Interno. En este sentido, se cuenta desde 1969 con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuyo Preámbulo se destaca su función fundamental en la historia de las relaciones internacionales y los principios del libre consentimiento de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda*, y en su artículo 9º. establece que la adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los estados participantes en su elaboración, salvo que tal adopción se materialice en una conferencia internacional, que en este caso se efectuará por mayoría de dos tercios de los estados presentes y votantes.

<sup>143</sup> Cherif M. Bassiouni, *International Extradition and World Public Order*, Sijthoff, Lyden, 1974, p. 341.

te, en el Derecho romano, observamos conductas de carácter delictivo por atentar contra el Imperio, y durante el absolutismo renacentista, en el siglo XV, aparece por primera vez el término “Derecho Penal Internacional”,<sup>144</sup> el cual se convalida de manera progresiva para tener la fuerza que hoy le conocemos, pero que con las discusiones en diversos foros, en este siglo XXI, da la impresión de que la dimensión internacional del Derecho Penal Nacional está naciendo en este tercer milenio; sin embargo, podemos constatar que la aplicación de este Derecho Penal Estatal tiene un alcance que supera los límites territoriales de cada país.

Se estima que la activación del Derecho Penal de diversos estados se ha presentado de manera importante a partir del siglo XIX, en donde se aprecian algunas coordinaciones para someter a juicio a determinados individuos, así como la existencia de textos penales que presuponen circunstancias que deben ser solventadas mediante el compartimiento de la competencia o de la facultad jurisdiccional de cada Estado, lo cual adquiere mayor fuerza en el siglo XX, en especial después de las dos confrontaciones armadas más importantes, de donde derivan los acuerdos para el establecimiento de los dos primeros tribunales internacionales *ad hoc*; y posteriormente se empezó a trabajar sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,<sup>145</sup> y sobre un tribunal internacional que conociera de esos delitos. Por último, los resultados de esos esfuerzos permitieron la adopción del ER y, con éste, el establecimiento y funcionamiento de la Corte Penal Internacional.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> Antonio Quintano Repolles, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1957, p. 117. También se sostiene que el concepto de Derecho Penal Internacional surge a finales del siglo XIX y principios del XX. Sin embargo, el jurista Guillermo J. Fierro, sostiene que el primero en utilizarlo en el campo académico fue el autor Jeremy Bentham, en su obra *Principles*, quien incluso se inclinó por la admisión de Derecho de Gentes en los tratados generales.

<sup>145</sup> UN.Doc. A/Res/II/177, 21 de noviembre de 1947.

<sup>146</sup> Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, “El derecho internacional penal y la justicia penal internacional en el tercer milenio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2001, pp. 367 y ss., agrega el autor que en esta semblanza cabe hacer referencia algunos refuerzos históricos en esta materia, con base en la información extraída de la obra de Guillermo J. Fierro, *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1977 y de la obra de Rafael Garófalo, *La criminología*, Alianza Universidad, Madrid, 1980. Se destacan en estos esfuerzos los trabajos siguientes: algunas obras de Jeremy Bentham, que tocan el tema del DPI, durante los años de 1820 a 1825; proyecto de Código Penal Universal de 1890, por Von Litz; Constitución de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, de 1899, en materia penal; Concreción de un Código Internacional de 1900, promovido por el Congreso Internacional Penitenciario;

Lo anterior resulta congruente con el razonamiento de Giuseppe Maggiore, al sostener que el Derecho Penal no es un sistema de justicia que se implementa mediante mecanismos restrictivos, sino que más bien constituye un factor organizacional, que además de considerar a las sociedades nacionales e internacionales como un todo orgánico y unitario, considera su estructura como un cuerpo cuyos miembros se encuentran en una misma frecuencia jurídica, por tener todos ellos un fin común. Así funciona el Derecho Penal Estatal con proyección internacional, porque también tiene la privilegiada facultad de crear al individuo jurídico mediante el reconocimiento que la estructura jurídica le da a esa existencia individual, y de esta manera se estima que se haya acuñado la frase de “El hombre, como sujeto jurídico, es una creación del derecho”,<sup>147</sup> la cual se complementa posteriormente con el reconocimiento del individuo como ente jurídico internacional y, en consecuencia, susceptible de ser sometido a juicio ante los tribunales internacionales y de ser acreedor a sanciones penales de manera individual.

Una vez superada aquella etapa del surgimiento del Estado moderno a raíz de la Revolución francesa 1789,<sup>148</sup> en el siglo XX aún subsistía la doctrina de que el DPI en realidad se sustenta en normas de carácter interno de cada Estado, de lo cual resulta coincidente el jurista español Antonio Quintano Repollés, al señalar que se trata de un aspecto procedimental, especialmente aquellos asuntos jurisdiccionales; que, en razón del objetivo de nuestro tema, también resulta importante subrayar el argumento que presenta Francesco Antolisei en el sentido de que el DPI tiene como fin primordial combatir la delincuencia o la criminalidad en cada uno de los estados y más allá de sus fronteras.<sup>149</sup>

máximas para la formación de un Código Internacional Penal, de 1905, por el jurista Rafael Garófalo; Convenciones de Ginebra sobre leyes y costumbres de guerra de 1907; iniciativa para la constitución de un tribunal internacional, de 1919, por la Conferencia Preliminar de la Paz, aunque se prefirió para lo criminal un organismo interaliado *ad hoc*, para juzgar a los probables responsables de la guerra y sus crímenes; Proyecto de Estatuto de una alta corte de justicia internacional penal, de 1920, por el escritor belga Barón Descamps y el español Altamira, el cual fue rechazado por la Asamblea de la Sociedad de Naciones, calificándolo de prematuro.

<sup>147</sup> Giuseppe Maggiore, *Derecho penal. El delito*, Themis, Bogotá, 1954, vol. I, pp. 8 y ss.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 11. Destaca el autor que la medida del poder son el efecto y el éxito; de ahí que se conciba al Estado como un simple hecho, fuera de derecho y por encima de él. Si así no fuera, vendría a menos su soberanía y desaparecería la esencia misma del Estado.

<sup>149</sup> Cfr. Antonio Quintano Repollés, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1957, p. 117. Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal. Parte general*, Themis, Bogotá, 1988, p. 8; y Manuel Duguit, *Manuale de droit constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris, 1918.

Este carácter estatista que se otorga al DPI, de acuerdo con las precisiones de Francisco Antolisei, no se encuentra del todo alejado de la realidad jurídica penal internacional, tratándose de los mecanismos como la jurisdicción universal, el principio del *aut dedere aut judicare*, el de personalidad activa y el de personalidad pasiva, por las razones siguientes: el ejercicio de la jurisdicción penal interna es una forma de aplicar el Derecho Penal, desde el momento en que cruza la frontera con algún efecto jurídico —en razón de la gravedad del delito, la nacionalidad del inculpado, del cómplice, o de la víctima—; el ejercicio del Derecho Penal reviste por ese solo motivo un carácter internacional,<sup>150</sup> lo que permite un paulatino enriquecimiento y un convincente fortalecimiento.<sup>151</sup>

Son coincidentes en estos términos juristas como Bentham y Von Rohland; el primero por acuñarlo y el segundo que lo define como la facultad de cada Estado para determinar el alcance territorial de sus normas penales; abona en el mismo sentido el jurista francés Martitz al señalar que el DPI es un sistema de reglas de Derecho, concernientes a la aplicación al extranjero del Derecho Penal Nacional. El maestro Meili coincide también en la extraterritorial de las normas penales internas al catalogarlas como el conjunto de leyes y principios

<sup>150</sup> Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal. Parte general*, Themis, Bogotá, 1988, p.1. Advierte este autor respecto de algunos pensamientos jurídicos en materia penal de nuestra época que cuando se presentó la posibilidad de establecer un Derecho Penal más allá de las fronteras de los países surgieron distintas posturas por parte de especialistas en diferentes puntos del planeta.

<sup>151</sup> Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1992, pp. 1145 y ss., al hacer referencia al tratadista italiano Pozzolini nos indica que la defensa contra el crimen no podrá realizarse ni hoy ni mañana, y que la sustitución del principio de territorialidad del Derecho Penal, por esas concepciones cosmopolitas, se logrará paulatinamente. El autor G.B. Mauro señala, por su parte, que la tarca de internacionalizar el Derecho Penal debe ser realizada con propósitos moderados; debe ser entendida con la colaboración activa de los estados que se pronuncien en contra de la criminalidad, ya sea mediante la celebración de tratados de extradición o de alguna otra forma que sea efectiva para sancionar y prevenir los delitos de considerable gravedad, incluyendo los de carácter internacional; subraya que no implica con ello llegar a una concepción utópica de un Derecho Penal universal. Jiménez de Asúa hace también referencia al criterio del jurista De Illés en el sentido de que la internacionalización de la justicia punitiva es ambiciosa, inclusive utópica, ante la existencia de una organización político-social que tolera el nacionalismo agresivo y particularistas, por lo que resulta, en su criterio, que la tarea puede ser limitada a la unificación de legislaciones penales en su parte general y a la definición de los delitos de mayor trascendencia; así como a la precisión de los delitos que afecten a la comunidad humana y al establecimiento de un procedimiento eficaz, mediante acuerdos internacionales, que permitirán reducir la función que se le pretende dar a la Corte Penal Internacional.

de Derecho que resultan de actos delictivos que se adecuan a leyes penales de estados políticamente independientes.<sup>152</sup>

Bousat y Jean Pinatel plantean que el DPI define los conflictos que tienen su origen en la infracción a la ley penal estatal, tomando en consideración los aspectos antes mencionados, como son la nacionalidad del autor, coautor o cómplice, la nacionalidad de la víctima, el lugar de los hechos, etcétera, pero que comúnmente son resueltos con normas nacionales.<sup>153</sup> Sin embargo, la experiencia histórica nos indica que el Derecho Penal Interno no siempre solventa de manera satisfactoria la atención o juzgamiento de los delincuentes en los crímenes de extrema gravedad, como es el caso de aquellos que se juzgaron por el Derecho Penal alemán al término de la Segunda Guerra Mundial, imponiéndoles sanciones que no correspondían a la gravedad de sus conductas.

Es evidente que el Derecho Penal ha evolucionado en los últimos años, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, lo cual se estima que responde a la versatilidad de la materia para adaptarse a las necesidades de la sociedad. En este caso, la tendencia mundial de su desarrollo condujo a la convergencia de dos disciplinas distintas: el Derecho Penal y el Derecho Internacional. Alicia Gil Gil sostiene que nos encontramos ante el Derecho Penal por su contenido, al abocarse a la protección de bienes jurídicos; y es internacional por su objeto, al pertenecer esos bienes jurídicos al Derecho Internacional, y revestir una importancia que trasciende las fronteras estatales, que tienen el fin último de conservar el orden internacional a través de la regulación de las conductas individuales, prácticamente en cualquier punto del planeta.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> Guillermo J. Fierro, *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 5. El concepto íntegro que nos aporta Von Rohland del Derecho Penal Internacional es en el sentido de que éste constituye el “conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos”.

<sup>153</sup> Cfr. Lucinda Villarreal Correales, *La cooperación internacional en materia penal*, Porrúa, México, 1997, pp.116 y ss. Esta postura la sostiene con base en los medios de comunicación con los que se cuenta hoy en día, que facilitan la comisión de delitos de un Estado a otro, y con cierta facilidad, y los autores encuentran refugio a países distintos y distantes.

<sup>154</sup> Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 52 y 53. Agrega la autora que sin pronunciarse sobre la intervención del Estado en el delito internacional, el carácter de *ius cogens* puede aplicarse para crímenes de agresión, genocidio, etcétera, que tienen prevista una responsabilidad penal del individuo directamente involucrado. Coincide con este criterio el maestro Antonio Fernández Tomás, *Derecho internacional público. Casos y materiales*, 2a. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 219 y 220.

Este es el momento histórico en el que nos encontramos y que nos permite constatar el desarrollo del Derecho Penal con los acontecimientos jurídicos actuales, y de manera privilegiada visualizar su dirección; pero consideramos que lo más interesante de este proceso es el ser testigos de los debates entre los legisladores que velan para que las leyes nacionales se armonicen con el Derecho Internacional; de las discusiones entre los fiscales que deben investigar los hechos y formular las acusaciones, con un panorama de ofrecimiento y presentación de pruebas posiblemente más complejas; de la polémica entre los defensores que deben explorar nuevos terrenos y argumentos; de la situación que se presenta con los jueces ante la ampliación del marco legislativo que deben considerar para estudiar y resolver los asuntos sometidos a su conocimiento. Este fenómeno también se presenta entre los funcionarios públicos que por razón de su encargo les corresponde atenderlos y, en consecuencia, se sienten comprometidos a una actualización integral sobre las normas y principios internacionales, de carácter convencional o consuetudinario, para establecer y mantener un óptimo nivel de comunicación entre los diferentes actores del Estado, incluyendo a los miembros de la sociedad civil que velan por la defensa y promoción de los DH, así como a los ciudadanos que desean una mayor comprensión del orden jurídico internacional.<sup>155</sup>

Para que la comunidad internacional se mantenga en esta nueva tendencia, consideramos necesario que el marco jurídico esté conformado con normas internacionales imperativas y vigentes, que aun ante la inexistencia de un órgano legislativo dotado expresamente de las facultades para la promulgación de tales normas, se estime superable esta situación, y que todas ellas estuvieran ajustadas a los principios generales del Derecho Internacional como el de *ius cogens*, el de *pro homini*, así como el de la igualdad de los estados soberanos, la libre autodeterminación de los pueblos y la no injerencia en sus asuntos internos.

Esto es así ya que la tendencia de los estados a privilegiar los DH es evidente y se logra a través de mecanismos que la propia comunidad internacional establece, como es el caso de la incorporación de las normas internacionales a sus legislaciones internas, aun cuando hay conciencia de una modificación sustancial de su ordenamiento interno, incluso a nivel constitucional, sin soslayar desde luego la concesión de derechos soberanos que se efectúa en tales términos; además de que conlleva implícitamente a la colocación de los tribunales internacionales por encima de toda la estructura judicial de un país.

<sup>155</sup> Cfr. UN. Doc. A/56/677, 4 de diciembre de 2001, "Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal", pp. 6 y 10.

LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL  
DEL DERECHO PENAL ESTATAL  
MEDIANTE EL PRINCIPIO  
DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El marco jurídico que hoy ofrecen algunos países como Alemania, Bélgica y España, así como el criterio asumido por la CIJ ante este dinámico y ahora controvertido principio de “jurisdicción universal”, nos aportan interesantes elementos para considerarlos como prototipos legales en la cuestión práctica del análisis que desarrollaremos en este tema, en razón de que la jurisdicción universal —tal como lo hemos precisado en el capítulo primero— es el mecanismo más cercano al principio de “jurisdicción internacional” que ejerce la CPI para el cumplimiento de su encomienda.

Los elementos didácticos que nos aportan las legislaciones de estos países y la jurisprudencia de la CIJ, estimamos que nos permitirán lograr el objetivo que nos hemos propuesto en el presente tema, en el sentido de exponer la dimensión que pueden alcanzar los tribunales estatales a través de sus resoluciones, partiendo de la base legal que les ofrecen sus respectivos estados, destacándose en este sentido España, que ha recurrido seriamente a este mecanismo conforme se lo ha permitido su ley interna y bajo los principios rectores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para complementar el estudio del principio de jurisdicción universal y su posición ante la jurisdicción internacional de la CPI, analizamos también el criterio sostenido a este respecto por la CIJ, a través de la sentencia que emitió en el caso Congo-Bélgica,<sup>156</sup> que por el sentido de sus resolutivos ha preocupado a un importante sector de la comunidad internacional.

Además del marco jurídico que nos ofrecen Alemania,<sup>157</sup> Bélgica<sup>158</sup> y

<sup>156</sup> Esta sentencia la emitió la CIJ el 14 de febrero de 2002 y se encuentra relacionada con el señor Yerodia Ndombasi, cuando se desempeñaba como ministro de Asuntos Exteriores de la República del Congo.

<sup>157</sup> El artículo 1 del Código Penal Internacional de Alemania, de 26 de junio de 2002, *Boletín Oficial Federal I*, p. 2254, establece: “Esta ley se aplica a todos los delitos enunciados en ella [...] aun cuando el acto se haya cometido en el extranjero y no tenga relación con Alemania”. En los artículos 6 al 12 de este Código se describen los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra.

<sup>158</sup> El artículo 1.4 de la Ley Penal de Bélgica, dispone que “en aras de una buena administración de la justicia y respecto de las obligaciones internacionales de Bélgica, el caso deba ser llevado ante jurisdicciones internacionales, o bien ante el juez del Estado de donde el sujeto activo es nacional o el del lugar en donde se encuentre”.

España<sup>159</sup> sobre el principio de jurisdicción universal existe un importante número de códigos penales, de procedimientos penales o leyes orgánicas que regulan puntualmente este principio, tales como: el Código Penal de Alemania (artículo 1º), de Austria (artículo 64), de Bolivia (artículo 1.7), el Código Penal de Brasil (artículo 7), el Código Penal de Croacia (artículo 14.1), el Código Penal de Portugal (artículo 5.2) y el Código Penal Federal de México (artículo 6). En cuanto a las violaciones graves del DIH también se cuenta con interesantes regulaciones nacionales, encabezadas precisamente por Alemania con su CPI, en sus artículos del 6 al 12, la Ley belga sobre esta materia en sus artículos 1.3 y 7; en Dinamarca, en el artículo 8 de su Ley sobre los Crímenes Internacionales y la CPI; y en general, sobre las leyes respecto de las convenciones de Ginebra, de países como Botswana, Canadá, India, Irlanda, Kenia, Malasia, Nigeria, Reino Unido, Singapur y Zimbabwe.<sup>160</sup>

Se puede apreciar, por lo tanto, que el principio de jurisdicción universal constituye un mecanismo reconocido en un importante número de países; sin embargo, en esta ocasión analizaremos especialmente los elementos de las legislaciones alemana, belga y española, así como la jurisprudencia de la CIJ. De esta manera consideramos disponer de un marco jurídico integral que requerimos para nuestro propósito de plantear objetivamente la situación de este principio en el panorama internacional para la administración de la jus-

<sup>159</sup> El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España establece “para conocer de los hechos cometidos por [...] extranjeros fuera del territorio nacional [...] como algunos de los siguientes delitos: a) genocidio, b) terrorismo”.

<sup>160</sup> Ángel Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 87-94. El autor hace un detallado análisis de estas legislaciones y destaca que el principio de jurisdicción universal también está incorporado en las legislaciones siguientes: artículo 8.5 del Código Penal de Dinamarca, artículo 5.5 del Código Penal de Guatemala, artículo 5.5 del Código Penal de Honduras, artículo 2 del Código Penal de Perú, artículo 113 del Código Penal de Polonia de 1997, artículo 6 bis del Código Penal de Suiza y artículo 10.7 del Código Penal de Uruguay. De manera más flexible, también lo encontramos entre otros, en los códigos penales de Bielorrusia en su artículo 6.3, en el de Etiopía de 1957, en su artículo 17.1.a, en el de Finlandia, en su artículo 7, en el de Panamá, en su artículo 10, en el de Rusia de 1997, en su artículo 12.3. La activación del principio de jurisdicción universal específicamente respecto al delito de Tortura, destaca Sánchez Legido el Código Penal de Azerbaiyán, el Código Penal de Finlandia, en su artículo 7 en relación con el Decreto 627/96, el Código de Procedimiento Legal francés, en su artículo 689, la Ley Penal de Holanda y la Ley Penal de Italia, ambas de 1988, sobre el desarrollo en la incorporación de la Convención de 1988, la Ley de Justicia Penal del Reino Unido del mismo año de 1988, y respecto de acciones civiles de responsabilidad, se tiene la Ley norteamericana sobre la Protección de Víctimas por Tortura de 1991.

ticia penal por los delitos de extrema gravedad, ante el incipiente funcionamiento de la CPI con el principio de jurisdicción internacional.

En este análisis sobre la dimensión que pueden alcanzar los tribunales estatales a través de sus resoluciones, en función del principio de jurisdicción universal, se precisa la imposibilidad jurídica para la intervención de la CPI en los casos que aquí se describen, no obstante la gravedad de los delitos que en ellos fueron tratados; de igual manera, se precisa que la improcedencia de la participación de la CPI en estos asuntos es en atención al principio de la no retroactividad de la norma —el Estatuto de Roma de la CPI—, en virtud de que su competencia tiene vigor a partir del primer día de julio de 2002, y los hechos que motivaron estos casos, tuvieron lugar en las repúblicas de Chile, de 1973 a 1990, de Argentina, de 1976 a 1983, y de Guatemala de 1978 a 1983.<sup>161</sup>

Ante la resolución de la Audiencia Nacional de España del 5 de noviembre de 1998<sup>162</sup> —a poco más de tres meses de haberse aprobado el ER, el 17 de julio—, España se posesionó rápidamente de la vanguardia del movimiento internacional para investigar, enjuiciar y, en su caso, castigar a los responsables de los delitos graves que tuvieron lugar en los países citados.

El planteamiento jurídico que perseguimos se sustenta en las legislaciones de tres estados europeos, y se ve enriquecido con los juicios penales que derivan de los problemas políticos de tres países americanos; evidentemente que en este examen no se busca la coincidencia aritmética ni cuestiones de carácter geográfico, sino que se pretende conformar un marco integral de hecho y de derecho que nos permita establecer con la suficiente claridad el desarrollo que ha tenido el principio de jurisdicción universal y la situación que actualmente presenta en el contexto del DPI. Para ello se examinan los debates que se han llevado a cabo para sustentarla y las penas que se han aplicado a través de este mecanismo, que en el caso Scilingo el tribunal español le impuso hasta 640 años de pena privativa de libertad al considerarlo responsable de crímenes de lesa humanidad.<sup>163</sup> En el entendido de

<sup>161</sup> DE: [http://lasa.international.pitt.edu/LARR/prot/fulltex/vol44no2/Errazuriz\\_44-2.pdf](http://lasa.international.pitt.edu/LARR/prot/fulltex/vol44no2/Errazuriz_44-2.pdf) y <http://www.megov.ar/efeme/24demarzo/dictaura.html>

<sup>162</sup> Mediante sentencia de fecha 5 de noviembre de 1998, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España asumió por unanimidad la competencia de sus tribunales para conocer de los hechos que tuvieron lugar en Chile y Argentina durante el periodo comprendido de 1983 a 1990.

<sup>163</sup> Mediante sentencia núm. 16/2005, de fecha 19 de abril de 2005, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española, dentro del sumario 19/97, condenó a Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, por el delito de lesa humanidad, por 30 muertes

que, más allá de los términos en los que fueron resueltos los casos que aquí se revisan, se estima que todos ellos han efectuado aportaciones en el enriquecimiento del Derecho Penal Internacional.

En el caso de la legislación alemana, se nos presenta de entrada una redacción clara y contundente al disponer que las reglas generales del Derecho Internacional Público tienen primacía sobre sus leyes;<sup>164</sup> sin embargo, de una revisión más detallada de su marco jurídico, se aprecian ciertas reglas que constriñen esa “disposición legal” para el ejercicio del principio de jurisdicción universal. Por su parte, España, que se ha caracterizado desde 1998 en la activación de este mecanismo con la idea de evitar la impunidad respecto de los delitos especialmente lesivos para la humanidad, ahora decide establecer lineamientos que restringen a sus tribunales desplegar su competencia a partir de este principio de jurisdicción universal.

Tomando en cuenta que el principio de jurisdicción universal se inspira en el bien común ante la comisión de delitos graves, en los daños que esos delitos ocasionan a la comunidad internacional, y en la coincidencia de la idea de investigarlos y en sancionar al responsable, es consecuencia natural, por tanto, que le reste importancia al lugar de los hechos, a la nacionalidad del sujeto activo, a la del sujeto pasivo y a cualquier otro aspecto que vincule a un determinado Estado con los hechos. Sánchez Legido sintetiza magistralmente la idea al señalar que con este procedimiento los tribunales de un Estado asumen la competencia de enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que ese Estado pueda considerarse especialmente lesionado.<sup>165</sup> Esto implica que, con el principio de jurisdicción universal, se trata de extraer en todas las latitudes del

alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una; cinco años de prisión por privación ilegal de libertad, y otros cinco años por tortura; sustentándose para en el artículo 607 bis, incorporado en su ley penal en el 2004.

<sup>164</sup> Artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Die Grundgesetz*) del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, p. 1) (BGBl III 100-1), enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001 (*Boletín Oficial Federal 1*, p. 3219), que en su parte correspondiente y transcrita establece: “Die allgemeinen Regeln des Volksrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes”. ([DE: constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstituciónAlemana.html](http://de:constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstituciónAlemana.html)).

<sup>165</sup> Ángel Sánchez Legido, *op. cit.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 38, coincide en este sentido con Mercedes García Arán y López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal, el caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 64, al señalar la viabilidad de la persecución de determinados delitos por un Estado cometidos fuera de su territorio, con independencia de la nacionalidad de sus autores o de sus víctimas.

planeta la convicción natural del hombre y la obligación fundamental de las instituciones de evitar la impunidad.

Estamos conscientes de que la función jurisdiccional constituye uno de los ejercicios de la potestad soberana de los estados —a través de sus tribunales—, y que corresponde a ellos establecer las bases para la aplicación de sus leyes penales allende sus fronteras,<sup>166</sup> bajo parámetros de justicia que exija la convivencia social. Sin embargo, la coincidencia del sentimiento internacional para la investigación de los delitos lesivos para la humanidad debe también considerarse como elemento de carácter imperativo, que exige decisiones concretas en un marco de cooperación de los tribunales nacionales del mundo. Es decir, que bajo esta tesis se descarta todo argumento de violación al principio internacional de “no intervención”, ya que la persecución y sanción de los principales crímenes clasificados como graves universalmente, tales como genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, constituyen interés de toda la humanidad.<sup>167</sup>

### *El marco jurídico alemán ante el principio de jurisdicción universal*

Una vez contextualizado nuestro objetivo, entramos en materia para analizar primeramente la legislación alemana, en la que se aprecia un esquema jurídico que nos ubica en la justa dimensión en que se encuentra el principio de jurisdicción universal en esta segunda década del siglo XXI, ante la polémica que ha motivado, por la diversidad de criterios que se han expresado entre los miembros de tribunales constitucionales o cortes supremas

<sup>166</sup> La Corte Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia de fecha 7 de septiembre de 1927, dentro del caso Lotus sostuvo que si bien en la aplicación extraterritorialidad de la ley nacional el Derecho Internacional Público regula el ejercicio del poder estatal entre estados, esta situación no constituye necesariamente una prohibición general de que los estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio.

<sup>167</sup> Cfr. Kai Ambos, *La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, de 5 de noviembre de 2005, pp. 17:6 y ss. También se desprende de este artículo (DE: <http://criminet.ugr.es/recpc>) que el ejercicio del principio de justicia universal constituye por sí mismo un legítimo punto de partida para la ejecución de los intereses comunes de los estados, el cual no se encuentra sustentado en reflexiones de soberanía tradicionales, sino que se desprende del desvalor del hecho.

de justicia nacionales<sup>168</sup> y de tribunales internacionales,<sup>169</sup> así como entre legisladores<sup>170</sup> y doctrinarios.<sup>171</sup> Para efectos prácticos, presentamos este

<sup>168</sup> Así por ejemplo lo podemos apreciar en la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, de fecha 12 de diciembre de 2000, en la que se sostiene que el genocidio es de los delitos más graves que afectan a la humanidad, y que el principio de jurisdicción universal posibilita la persecución de este tipo de delitos. También se tiene la sentencia del Tribunal Supremo francés en el caso Klaus Barbie, del 3 de julio de 1987, que fue el primer caso de crímenes contra la humanidad que se conoció en Francia y en el que determinó que los crímenes contra la humanidad deben ser perseguidos y castigados internacionalmente, en razón de su naturaleza y, por tanto, pueden ser perseguibles por los tribunales franceses, cualquiera que haya sido la fecha o el lugar de su comisión. De igual manera, en el Reino Unido de la Gran Bretaña se tiene la sentencia del Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores, de fecha 24 de marzo de 1999, en el caso Pinochet, señalando que los autores de delitos como genocidio son enemigos de la humanidad y, por este motivo, todas las naciones deben perseguirlos, enjuiciarlos y, en su caso, castigarlos. En España encontramos un mayor número de casos en los que sus tribunales han asumido la competencia para conocer por ejemplo el de Scilingo, Guatemala, Pinochet, Cavallo, entre otros, de los cuales nos ocuparemos más adelante.

<sup>169</sup> En el contexto de los tribunales internacionales, tenemos por ejemplo la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, del 11 de julio de 1996, en el caso Bosnia vs. la República Federal de Yugoslavia. Asimismo, tenemos el art. 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), que establecen en síntesis que un tribunal internacional tiene prioridad sobre los tribunales nacionales. Por su parte el ER de la CPI establece en su art. 1 que este tribunal tendrá el carácter de complementario respecto de las jurisdicciones nacionales, y que de esto último se ha señalado que los tribunales estatales sean considerados en este contexto como cortes penales internacionales, con el propósito de garantizar un mejor resultado en la administración de la justicia penal internacional.

<sup>170</sup> Ejemplos de los legisladores belgas, al emitir la Loi relative aux Violations Graves du Droit International Humanitaire de 5 de agosto de 2003. (DE: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/site/legislationfiles%20du%205%20out%202003%20texte%20de%20loi.pdf>). También lo encontramos en los legisladores españoles con las reformas efectuadas a la Ley Orgánica del Poder Judicial, específicamente en su artículo 23.4. (DE: [www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17492.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17492.pdf)). De igual manera lo encontramos en los legisladores alemanes, que conforman un marco legal notoriamente restrictivo para la activación de este principio de jurisdicción universal, ya que si bien contempla este principio respecto de algunos delitos graves, en el artículo 1º, en relación con los numerales del 6 al 12, todos de su Código Penal Internacional del 26 de junio de 2002 —que promulgó para incorporar a su legislación nacional el ER de la CPI—, y el artículo 153 de su Ley Procesal Penal establece un conjunto de lineamientos que prácticamente decretan el desuso de este principio de jurisdicción universal por parte de sus tribunales.

<sup>171</sup> En el campo doctrinario, se aprecia que la polémica sobre este principio versa esencialmente sobre dos rubros: a) Respecto de los extremos que se deben cubrir para justificar su activación, que tratando de consolidarlos podríamos señalar los siguientes: 1. Se trate de delito grave. 2. No importa la nacionalidad del sujeto activo. 3. No importa la nacionalidad

esquema, en tres rubros: la disposición legal, la “disposición real” y la “disposición anfibológica”.

En cuanto al primer rubro, mencionábamos en párrafos anteriores, sobre la existencia en Alemania de una disposición legal “categóricamente positiva”, al señalar de manera clara y precisa que las reglas del Derecho Internacional Público tienen prioridad sobre sus leyes internas;<sup>172</sup> esta aseveración podría considerarse también como de los aspectos que colaboran al desarrollo del Derecho Penal Internacional.

Además de esta importante disposición, los trabajos efectuados en Alemania para armonizar su legislación con el ER de la CPI, lo hace a través de leyes especiales —una sustantiva y otra adjetiva—. En la materia sustantiva expidió el Código Penal Internacional, en el que incorporó los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, previstos en los artículos 6, 7 y 8, respectivamente, del ER, y en la materia adjetiva, expidió la ley para

del sujeto pasivo. 4. No importa el lugar de los hechos. 5. No importa el lugar en el que se encuentra el sujeto activo. 6. Que cause agravios a la humanidad, y 7. Que exista la coincidencia de la comunidad internacional de la gravedad del delito y de la necesidad de investigarlo y sancionar al responsable. b) Otro aspecto que se debate en el marco del principio de jurisdicción universal versa sobre la naturaleza de los delitos susceptibles de ser perseguidos bajo este mecanismo, en el sentido de si deben o no estar previstos en los tratados internacionales. Entre los juristas que analizan esta cuestión podríamos destacar a Alicia Gil Gil, “Informes Nacionales/España”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino, *Persecución Penal Nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, p. 359. David Ordóñez Solís, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global: Globalización, derecho y jueces*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 79. Magdalena Martín Martínez, *Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales*, University of Miami International & Comp. Law Review, 2000-2001, p. 169. Manuel Ollé Sesé, *op. cit.*, pp. 234 y 235. Carmen Lamarca Pérez, “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”, en Luis Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Cuenca, España, Universidad de Salamanca 1987-1988, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1099. Ángel Sánchez Legido, *Jurisdicción*, *op. cit.*, pp. 253 y ss. Juan José Díez Sánchez, *El Derecho Penal Internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, Colex, México, 1990, p. 72. Kenneth Randall, “Universal Jurisdiction under International Law”, *Texas Law Review*, núm. 785, 1987, p. 787. Beth Van Schaack, “The Justice Cascade in Latin America”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 348-359. Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja, Valencia, 2005, pp. 337, 344 y ss., que si bien no alude literalmente a este principio, sí contextualiza su activación por los tribunales nacionales frente a la competencia de la CPI, e incluso considera que el carácter complementario de este tribunal ante este mecanismo constituye una garantía de respeto a la soberanía estatal.

<sup>172</sup> Nos referimos al artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *op. cit.*

la implementación de este instrumento internacional; además, el legislador alemán le otorga expresamente a la CPI el nivel de órgano supranacional con base en lo dispuesto por el artículo 24 de su Constitución; esto implica que sus actos tienen efectos inmediatos en el ordenamiento alemán.<sup>173</sup>

Derivado de este esquema jurídico, también se ha establecido una excepción a su principio constitucional contenido en el artículo 16 de su ley fundamental, que prohíbe la extradición de ciudadanos alemanes a los países miembros de la UE y a tribunales internacionales; sin embargo, deja abierta la posibilidad para que se lleve a cabo la extradición hacia algún país miembro de la UE o para la atención de algún tribunal internacional, en la medida en que se respeten los principios del Derecho fundamental.<sup>174</sup>

La disposición real la extraemos del marco jurídico alemán que se conforma con los propios artículos precisados en el párrafo anterior, en relación con su Código Penal Internacional y el artículo 153 de la Ley Procesal Penal; tomando en cuenta que, por un lado, el artículo 1 del citado Código Penal Internacional de Alemania contempla la jurisdicción universal respecto de graves violaciones a los derechos humanos, al establecer su aplicación, “aun cuando los hechos hayan tenido lugar en el extranjero y que no tengan relación con Alemania”;<sup>175</sup> sin embargo, para la participación de sus tribunales en un contexto de esta naturaleza, se deben considerar una serie de circunstancias jurídicas, que por cuestiones de carácter cualitativo y cuantitativo, por sus restricciones, alejan la posibilidad de que los tribunales alemanes participen en la activación del principio de jurisdicción universal.

Esto es así en razón de que en la lista de sus prioridades legales, Alemania pone en primer término la participación de los tribunales de los países en los que haya tenido lugar el evento criminoso, mediante el principio de territorialidad; o, tratándose del lugar en el que es originario el autor o la víctima, accede ante el principio de personalidad activa, o de personalidad pasiva, dependiendo de cada caso; posteriormente, y en esta idea de la prioridad escalonada de competencias, le da paso a los tribunales de los estados más cercanos al lugar del evento, precisamente a través del mecanismo de juris-

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 17:4. Este artículo 24, establece en su primer párrafo, que la Federación alemana puede transferir por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales.

<sup>174</sup> Este artículo 16 establece en su segundo párrafo que ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero, si bien se podrá hacer valer legítimamente una reglamentación contraria a esta disposición relativa a la extradición hacia algún país miembro de la UE o hacia algún tribunal internacional, en la medida en que se respeten los principios del Derecho fundamental.

<sup>175</sup> El texto original del artículo 1 establece: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

dicción universal, o a la competencia de la CPI, a través del principio de jurisdicción internacional.

A este respecto, Alemania incorpora a su Código Penal Internacional los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra en sus diferentes modalidades, previstos en sus artículos del 6 al 12, esto es, los de mayor gravedad, y por lo tanto, los ubica como los más susceptibles de ser investigados a través del principio de jurisdicción universal, para lo cual establece en la Ley Procesal Penal algunos lineamientos específicos,<sup>176</sup> a saber:

a) Que el delito tenga un punto de conexión nacional, esto es, que exista una obligación fundamental de persecución penal.

b) Abstenerse de perseguir a un alemán, cuando el asunto ya es conocido por un tribunal penal internacional, por el Estado de comisión del hecho o por el Estado de la víctima.

c) Si no existiere alemán involucrado, ni como víctima ni como autor, y si el inculcado no se encontrare en territorio nacional, es posible la abstención en la persecución.

d) También es procedente abstenerse en los hechos que hayan tenido lugar en el extranjero y que el probable responsable no se encuentre en territorio nacional, ni que alguna otra jurisdicción nacional se declare dispuesta a iniciar una persecución.

e) Considera que se le debe dar prioridad a los tribunales nacionales del país más cercano al lugar del evento criminoso.

Por último, la “disposición anfíbológica” la ubicamos en las justificaciones argumentativas que se formulan en esta legislación nacional, en el sentido de que el esquema jurídico que presenta no corresponde a una retracción del principio de jurisdicción universal, sino que con estas medidas se pretende evitar investigaciones innecesarias, para estar en posibilidad de abocarse solamente en los casos que tengan mayores posibilidades de éxito.<sup>177</sup>

Como se puede apreciar, si bien se destaca primeramente de la legislación alemana un efecto atractivo para el DPI, ante su propositiva actitud jurídica para sostener que los actos de la CPI tienen efecto inmediato en su ordenamiento jurídico, se percibe también de este conjunto de lineamientos el condicionante de que se cumpla con los principios básicos del Estado de Derecho —entre los cuales se exigen los tribunales imparciales, autónomos, competentes, etc., es decir, que cumplan con los principios del debido proceso—. Se puede apreciar que el predominio de las dos últimas “disposiciones” relativiza seriamente la “disposición legal” alemana; que en un

<sup>176</sup> Artículo 153 de la Ley procesal penal de Alemania.

<sup>177</sup> *Idem.*

contexto general se puede traducir en un estancamiento de la evolución del DPI, y de manera particular, en una retracción del principio de jurisdicción universal.

*El marco jurídico belga  
frente al principio de jurisdicción universal*

La jurisdicción universal en la legislación belga presenta un panorama *sui generis*, que por el marco jurídico que conforma podría considerarse que restringe su activación al establecer en el artículo 13.1 de su Ley Penal que se excluye la realización de actuaciones judiciales por parte de sus tribunales, respecto de los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores extranjeros y durante el periodo en que ejerzan su función, así como de otras personas cuya inmunidad es reconocida por el Derecho Internacional, así como a las personas que disponen de una inmunidad, total o parcial, basada en un tratado que vincula a dicho país. De igual manera, también establece este numeral que de acuerdo con las normas internacionales no se puede llevar a cabo ningún acto de coacción relativo al ejercicio de la acción pública durante la residencia de cualquier persona que haya sido oficialmente invitada a permanecer en su territorio, ya sea por las autoridades belgas o por una organización internacional establecida en el país y con la cual Bélgica haya celebrado un acuerdo de sede.<sup>178</sup>

El planteamiento que apreciamos en la legislación del Reino de Bélgica, evidentemente que se desapega de la tendencia internacional para la protección de los DH; tan es así que no se tiene registro de algún tratado internacional que armonice con la esencia de esta disposición legal, sino por el contrario, encontramos opiniones en el seno de la CDI en el sentido de que la trascendencia del principio de jurisdicción universal se encuentra en que el cargo oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no puede invocarse como circunstancia eximente de su

<sup>178</sup> El texto original del artículo 13 establece sustancialmente: "13. 1er bis. § 1er. Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard: Des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères, pendant la période où ils exercent leur fonction, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international; des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique. paragraphe 2. Conformément au droit international, nul acte de contrainte relatif à l'exercice de l'action publique ne peut être posé pendant la durée de leur séjour, à l'encontre de toute personne ayant été officiellement invitée à séjourner sur le territoire du Royaume par les autorités belges ou par une organisation internationale établie en Belgique et avec laquelle la Belgique a conclu un accord de siège".

responsabilidad, o como circunstancia que le confiera cualquier tipo de inmunidad, incluso cuando el funcionario pretenda que los hechos constitutivos del crimen representaban un caso de ejercicio de sus funciones.<sup>179</sup>

Este razonamiento quedó plasmado en el ER de manera clara, precisa y completa al establecer que será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial, ya sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, y en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para que se le reduzca la pena.<sup>180</sup> En este sentido, sostienen algunos autores que no se puede soslayar esta evolución del DIDH, ya que sus efectos se pueden percibir hoy en día en la relativización del concepto de soberanía nacional de los estados.<sup>181</sup>

También se dispone en la legislación penal que nos ocupa que podrá ser perseguido en Bélgica el extranjero que haya cometido fuera del territorio del Reino una violación grave al DIH previsto en el libro II título 1 bis, de su Código Penal, pero establece la condicionante de que el sujeto pasivo sea ciudadano belga, y de no ser así, se exige que tenga una residencia efectiva, habitual y legal en el país de cuando menos tres años; y en su caso, las diligencias solamente se podrán efectuar a petición del procurador federal, e incluso coloca a las jurisdicciones internacionales y nacionales de manera prioritaria para la investigación de los hechos, ya sea del lugar de los hechos, del Estado de donde el sujeto activo es nacional o del lugar en el que se encuentre; además, tratándose de este supuesto y de que los hechos hayan acontecido después del 30 de junio de 2002,<sup>182</sup> el ministro de Justicia deberá informar a la CPI sobre el particular.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, 1988, vol. II (segunda parte), consistente en el Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su cuadragésimo período de sesiones. p. 77.

<sup>180</sup> Cfr. artículo 27.1 del ER. En el segundo párrafo este precepto señala que: “Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve al cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

<sup>181</sup> Santiago Torres Bernárdez, “Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en el Derecho Internacional y sus límites”, en *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 638 y ss.

<sup>182</sup> Esta medida que establecieron los legisladores belgas responde al hecho de que con fecha primero de julio de 2002, nació en el mundo jurídico la CPI, cuya competencia fue aceptada previamente por Bélgica al haber ratificado el ER desde el 28 de junio de 2000.

<sup>183</sup> Cfr. artículo 16 del Código Penal de Bélgica, cuyo texto original establece en su parte conducente: “Hormis dans les cas visés aux articles 6 et 7, § 1er. pourra être poursuivi en

Del análisis efectuado al marco jurídico belga sobre el punto que nos ocupa se desprende que no constituye la convicción histórica de este país, sino que es el resultado de su actitud receptiva a la sentencia emitida por la CIJ el 14 de febrero de 2002, en el caso Congo vs. Bélgica relacionado con la orden de arresto que un juez belga giró en contra del señor Yerodia Ndombasi cuando se desempeñaba como ministro de Asuntos Exteriores de la República del Congo, como probable responsable de los crímenes de guerra y contra la humanidad; señalando dicho tribunal que el Derecho Internacional consuetudinario establece que ciertos altos cargos del Estado, como lo es el de ministro de Asuntos Exteriores, gozan de inmunidad de jurisdicción en otros estados.<sup>184</sup>

Belgique l'étranger qui aura commis hors du territoire du Royaume... 1° bis. Une violation grave du droit international humanitaire visée au livre II, titre Ibis du Code pénal, commise contre une personne qui, au moment des faits, est un ressortissant belge ou une personne qui, depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique. Les poursuites, en ce compris l'instruction, ne peuvent être engagées qu'à la requête du procureur fédéral qui apprécie les plaintes éventuelles. Il n'y a pas de voie de recours contre cette décision. Saisi d'une plainte en application des alinéas précédents, le procureur fédéral requiert le juge d'instruction d'instruire cette plainte sauf si 1° la plainte est manifestement non fondée; ou 2° les faits relevés dans la plainte ne correspondent pas à une qualification des infractions visées au livre II, titre Ibis, du Code pénal; ou 3° une action publique recevable ne peut résulter de cette plainte; ou 4° des circonstances concrètes de l'affaire, il ressort que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans le respect des obligations internationales de la Belgique, cette affaire devrait être portée soit devant les juridictions internationales, soit devant la juridiction du lieu où les faits ont été commis, soit devant la juridiction de l'État dont l'auteur est ressortissant ou celle du lieu où il peut être trouvé, et pour autant que cette juridiction présente les qualités d'indépendance, d'impartialité et d'équité tel que cela peut notamment ressortir des engagements internationaux relevant liant la Belgique et cet État [...] lorsque ces faits ont été commis après le 30 juin 2002, le ministre de la Justice informe la Cour pénale internationale de ces faits". Estas condiciones legales podrían ser interpretadas como un retroceso o acercamiento a las situaciones comunes del siglo XVIII, respecto de los cuales refiere Ferrajoli que en aquellos tiempos Bélgica, Italia, Austria, España y Alemania contemplaban en sus respectivas legislaciones el principio de "garantía administrativa", mediante el cual se prohibía hacer comparecer ante los tribunales a las personas que conformaban los "cuerpos administrativos". Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a. edición, Trotta, Madrid, 1999, pp. 571 y 648.

<sup>184</sup> Sentencia de CIJ de fecha 14 de febrero de 2002, en el caso Congo vs. Bélgica, Reportes del 2002, párr. 78.2, p. 29, cuyo texto original establece: "Ont constitué des violations d'une obligation juridique du Royaume de Belgique à l'égard de la République démocratique du Congo, en ce qu'elles ont méconnu l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont le ministre des affaires étrangères en exercice".

Asimismo, la legislación del Reino de Bélgica ratifica su disposición para que en los asuntos de los que deriven delitos del orden internacional sean primeramente los tribunales internacionales los que conozcan de los casos, al señalar en el artículo 28 de su Código Penal que sin perjuicio de la aplicación de la ley del 22 de marzo de 1996, relativa al reconocimiento de la competencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, para la cooperación con dichos órganos, y en aplicación del artículo 14 del ER, el ministro de Justicia puede hacer del conocimiento de la CPI los hechos que sean de su competencia;<sup>185</sup> y posteriormente, el Tribunal de Casación se pronunciará sobre la petición del procurador general, respecto de la remisión de la jurisdicción belga ante sí por los mismos hechos. Es en última instancia en la que la legislación penal belga deja abierta la posibilidad de la intervención de sus tribunales, es decir, cuando el fiscal de la CPI haya decidido no presentar la acusación correspondiente, o la haya presentado pero que la CPI no la hubiera confirmado, que no haya admitido el asunto, o que se haya declarado incompetente; hasta entonces intervendrían los tribunales belgas.<sup>186</sup>

Se puede apreciar que con esta medida Bélgica cubre su territorio con un manto jurídico que podría considerarse incompatible con la auténtica inspiración del principio de jurisdicción universal, al tratar de marcar distancia ante los delitos graves que afectan a la humanidad. Se infiere que con este

<sup>185</sup> Esta disposición procedimental de Bélgica resulta congruente con su postura desde los primeros estudios que se efectuaron respecto a la CPI; y cuando se logró su establecimiento, Bélgica fue uno de los primeros estados que aceptaron la competencia de esta Corte, al ratificar el ER el 28 de junio de 2000.

<sup>186</sup> Este es el planteamiento que presenta el artículo 28 del Código Penal de Bélgica, al establecer lo siguiente: "Sans préjudice de l'application de la loi du 22 mars 1996 relative à la reconnaissance du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda, et à la coopération avec ces Tribunaux, et en application de l'article 14 du Statut de Rome du 17 juillet 1998, le ministre de la Justice peut porter à la connaissance de la Cour pénale internationale les faits ayant trait aux infractions définies dans le livre II, titre Ibis, du Code pénal et dont les autorités judiciaires sont saisies, par décision délibérée en Conseil des ministres. Une fois que le procureur de la Cour aura procédé à la notification prévue à l'article 18, § 1er, du Statut, au sujet des faits que le ministre de la Justice a porté à la connaissance de la Cour, la Cour de cassation, sur réquisition du procureur général, prononce le dessaisissement de la juridiction belge saisie des mêmes faits. Lorsque la Cour pénale internationale, à la demande du ministre de la Justice, fait savoir, après dessaisissement de la juridiction belge, que le procureur de la Cour a décidé de ne pas établir d'acte d'accusation, que la Cour ne l'a pas confirmé, que celle-ci s'est déclarée incompétente ou a déclaré l'affaire irrecevable, les juridictions belges sont à nouveau compétentes".

nuevo marco jurídico Bélgica presenta una imagen distinta ante la comunidad internacional, considerando que en la última década del siglo XX fue de los países que estuvieron a la vanguardia del DPI, ya que junto con Francia y Suiza, inició diversas investigaciones y juicios respecto de delitos graves como genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, en respuesta a una resolución del CS, con la que se invitó a los estados partes de las NU a iniciar las pesquisas necesarias para detener y someter a juicio provisionalmente a los probables responsables de los crímenes cometidos en Ruanda.<sup>187</sup>

Además, con la sentencia de fecha 12 de febrero de 2003, emitida en el caso Sharon y otros, por el Tribunal Supremo de Bélgica, ésta se incorporó al debate mundial sobre la jurisdicción universal al sostener que es procedente que ejerzan este principio los tribunales belgas por cuanto hace al delito de genocidio, sin que sea imperativa la presencia del probable responsable en territorio belga, sustentándose para ello en su Ley del 16 de junio de 1993, relativa a la represión de infracciones graves de Convenciones internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de los Protocolos I y II de 8 de junio de 1977, donde se establece que para la competencia de sus tribunales para conocer de estos delitos de carácter internacional, no importa el lugar en donde se hubieran cometido,<sup>188</sup> reformada por la Ley

<sup>187</sup> Leonardo Aravena Arredondo, "Análisis del Estatuto de Roma. La Corte Penal Internacional: tarea para el siglo XXI", *Revista de Derecho*, Universidad Central de Chile, Santiago, segunda época, año X, núm. 6, enero-julio, 2004, pp. 42 y ss. De igual manera, Bélgica, junto con Canadá, Singapur, España y la India, pugnaron por una mayor independencia jurisdiccional de la CPI, y en el menor de los casos, propusieron alternativas para flexibilizar esta situación judicial, desde las discusiones que se presentaron por el proyecto del artículo 23, el que finalmente quedó como artículo 16 del ER. Cfr. UN.Doc. A/C/49/SR.20, Sexta Comisión de la AG, p. 12.

<sup>188</sup> El texto original del artículo 7 establece: "Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises." En el contexto de este debate encontramos el documento denominado "Texto de los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal", del cual se desprende lo manifestado por la señora Robinson Mary en su carácter de alta comisionada de la Oficina de las NU en materia de DIH, en el sentido de que: "El principio de la jurisdicción universal se basa en la idea de que determinados crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados están autorizados e incluso obligados, a entablar una acción judicial contra el perpetrador, con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen o la nacionalidad del autor o de la víctima. Entre las violaciones de los DIH que generalmente se consideran sujetas a la jurisdicción universal figuran el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura. Aunque hace tiempo que se aplica ese tipo de delitos, el principio de la jurisdicción universal está evolucionando

del 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de violaciones graves del DIH, en la que se consideran como crímenes de Derecho Internacional el genocidio y el de lesa humanidad, y que por tanto otorgaba competencia a sus tribunales para conocer de tales crímenes.<sup>189</sup>

En la actualidad, la tendencia que se aprecia entre los legisladores belgas es diferente ya que, por ejemplo, visualizan a la CPI como un órgano importante para la atención de los asuntos de esta naturaleza, a grado tal que el carácter complementario de la CPI se lo atribuyen a sus tribunales al establecer en su legislación interna la intervención primaria de la CPI en la investigación de los hechos, tal como se aprecia en la última parte del artículo 28 de su Código Penal, al disponer, entre los diversos supuestos, que los tribunales belgas serán competentes cuando la CPI haya declarado que no intervendrá en el asunto de que se trate.

Junto a esta situación, que inhibe la participación de los tribunales de Bélgica para participar activamente en el mecanismo de jurisdicción universal, se considera que su esquema legislativo vigente podría provocar retraso en la atención de algún asunto de esta naturaleza, por aquellos aspectos que requieran de una atención procedimental inmediata para el desahogo de las pruebas, la conservación del lugar de los hechos, la presencia o localización de testigos, el buen resultado que se puede esperar de los dictámenes periciales; en fin, se considera que el conjunto de estas circunstancias adversas de carácter procesal pueden convertirse en una afectación sustantiva del asunto, y esto, traducirse en una negativa de acceso a la justicia.

rápidamente como consecuencia de acontecimientos recientes de gran trascendencia". De igual manera, de este conjunto de principios se desprende la idea de que los lineamientos que establece sobre la jurisdicción universal debieran ser útiles a los legisladores que velan por que las leyes nacionales se conformen al Derecho Internacional, a los jueces que han de interpretar y aplicar el Derecho Internacional y decidir si el Derecho Nacional se conforma a las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por su Estado, a los funcionarios públicos de toda índole que ejercen sus facultades en el marco del Derecho Nacional y del Derecho Internacional, a las organizaciones no gubernamentales y a los miembros de la sociedad civil que velan por la promoción de la justicia penal internacional y los DH, y a los ciudadanos que desean comprender mejor qué es el Derecho Internacional y en qué podría convertirse el orden jurídico internacional. De igual manera, UN. Doc. A/56/677, de fecha 4 de diciembre de 2001, consistente en "Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal", pp. 6 y 10.

<sup>189</sup> El artículo 3° de esta ley establece literalmente: "3.A.1 Constitue un crime de droit international et est réprimé conformément aux dispositions de la presente loi, le crime de génocide... 3.B.2. Constituer un crime de droit international et est réprimé conformément aux dispositions de la presente loi, le crime contre l'humanité".

*El marco jurídico español en la activación  
de la jurisdicción universal*

El 5 de noviembre de 1998 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España<sup>190</sup> asume por unanimidad la competencia de sus tribunales para conocer de los hechos que tuvieron lugar en las crisis políticas que se presentaron en las repúblicas de Chile —de 1973 a 1990—, de Guatemala —de 1978 a 1983— y de Argentina —de 1976 a 1983—, señalando que los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento, calificándolos inicialmente como delitos de genocidio, terrorismo y tortura.

Para llegar a esta determinación, la Audiencia Nacional Española también tomó en consideración los argumentos de la República de Chile, respecto del principio de la igualdad soberana de los estados, sustentándose en el artículo 2 apartado 1 de la CNU, manifestando dicho tribunal que la Carta de las NU no constituye norma jurídica que permita neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, sosteniendo que semejante acción jurisdiccional no podrá interpretarse como un acto judicial invasor ni de indebido involucramiento en cuestiones de la soberanía del Estado donde se cometió el delito, ya que se hace uso de la propia soberanía de España en relación con delitos internacionales con base en el principio de persecución universal contemplado en su legislación interna, por haber resultado de los hechos más de cincuenta españoles muertos o desaparecidos.<sup>191</sup>

Esta determinación judicial permitió el inicio de otros asuntos que en términos generales arrojaron importantes resultados para la comunidad internacional, al grado de que se consideró a la justicia española como un punto referencial del DPI, ante la importancia que adquirieron, entre otros, los casos Scilingo, Guatemala, Pinochet y Cavallo. Se plantea un análisis de cada uno de estos asuntos desde la perspectiva del principio de jurisdicción universal y al término de ello se formulan algunas reflexiones sobre este mecanismo, precisando las bondades de su correcta aplicación y las posibles circunstancias adversas que pudieron presentar por su inadecuada activación.

<sup>190</sup> Esta Resolución la emitió la Sala de lo Penal en Pleno, de la Audiencia Nacional española, bajo el Rollo de Apelación núm. 173/98, cuyo origen fue el Juzgado Central de Instrucción núm. 6, bajo el sumario 1/98, derivado del caso Pinochet.

<sup>191</sup> *Ibidem*, noveno punto del Capítulo de Fundamento de Derecho, p. 12.

### A. Caso Scilingo

En los trabajos desarrollados por los tribunales españoles mediante el principio de jurisdicción universal, destacan los cuatro asuntos mencionados en el párrafo que antecede. Empecemos con el juicio que se llevó a cabo en contra del argentino Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, que junto con los otros asuntos, reviste singular importancia por las aportaciones que hace al DPI, tanto en el contexto jurisdiccional —por los razonamientos de los jueces y magistrados para sustentar la competencia de los tribunales nacionales en este tipo de asuntos— como en el contexto legislativo, por las reformas que se motivan en las constituciones —para el fortalecimiento de los derechos fundamentales— y en leyes punitivas —para la incorporación progresiva de las conductas penalmente relevantes—. De igual manera, el desarrollo de este tipo de asuntos permite implementar, y en su caso rectificar para consolidar, procedimientos o mecanismos que pueden otorgar una mayor efectividad en el esfuerzo internacional para acercar a los individuos ante los tribunales nacionales, y de ser el caso, ante la CPI en el marco de respeto a las normas internacionales y a los principios del debido proceso.

En este orden de ideas, tenemos en un primer momento el caso Scilingo, el cual deriva de una serie de acontecimientos que tuvieron lugar en Argentina de 1976 a 1983. Los hechos fueron clasificados como delitos de genocidio, privación ilegal de la libertad y tortura. En cuanto al aspecto que nos ocupa por razón de nuestro planteamiento, el asunto reviste importancia, ya que por un lado, hubo necesidad de recurrir a la intervención de tribunales de otros estados para conocer de estos asuntos, y por otro, se presentó la imposibilidad jurídica de que la CPI conociera de ellos, por atención al principio de la no aplicación retroactiva de la ley.<sup>192</sup> Además de esta situación, también se presentó el argumento de las leyes de Punto Final<sup>193</sup> y Obedien-

<sup>192</sup> En este caso se hace referencia al ER de la CPI, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, y que en su artículo 11.1 establece: “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

<sup>193</sup> La Ley 23.492 fue sancionada el 23 de diciembre de 1986, promulgada el 24 de diciembre del mismo año y publicada en el *Boletín Oficial* cinco días después. En el artículo 1 de esta Ley, se dispuso que se extinguirá la acción penal (Punto Final) respecto de toda persona por su presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente antes de los 60 días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley. En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delito vinculado a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983. El

cia Debida,<sup>194</sup> las cuales fueron soslayadas por la Audiencia Nacional Española, que sustentó su competencia mediante el principio de jurisdicción universal, precisamente por la naturaleza que revisten los delitos contra la humanidad. Además de que al inicio de 2005 la Corte Suprema de Argentina las declaró inconstitucionales.

En el concepto de que mediante la sentencia número 16/2005, de fecha 19 de abril de 2005, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Española, dentro del sumario 19/97, condenó a Adolfo Francisco Scilingo Manzorro por el delito de lesa humanidad, por 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de privación de libertad cada una; cinco años de prisión por privación ilegal de libertad, y otros cinco años por tortura; sustentándose para ello en el artículo 607 bis, incorporado en su ley penal en el 2004.<sup>195</sup>

### *B. Caso Guatemala*

En el caso Guatemala el Tribunal Supremo español resolvió, mediante sentencia de fecha 25 de febrero de 2003, que la intervención de los tribunales de ese país para la persecución de delitos como el genocidio, únicamente se justificaría mediante una aplicación subsidiaria respecto de aquellos tribunales inicialmente competentes de algunos de los hechos que derivaron de la represión perpetrada en contra de comunidades mayas durante el periodo comprendido de 1978 a 1990. El contexto jurídico del asunto presenta una situación similar con el caso Scilingo, en el sentido de que la competencia de la CPI no se pudo activar, en acatamiento al principio de la no retroactividad

artículo 10 de la Ley 23.049 establece: “El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas conocerá mediante el procedimiento sumario [...] de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, siempre que: 1º. Resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas y al personal de las Fuerzas de seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983”.

<sup>194</sup> Esta Ley 23.521 fue sancionada el 4 de junio de 1987, promulgada el 8 de junio del mismo año y publicada en el *Boletín Oficial* al día siguiente; y cuyo artículo 1 establece: “Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho, revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1, de la Ley 23.049, por haber obrado en virtud de obediencia debida”.

<sup>195</sup> Además de estas penas privativas de libertad, la Audiencia Nacional Española le impuso a Scilingo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena; Punto resolutivo dos, p. 135, de la sentencia.

de la norma, y por otro lado, se tuvo la inactividad de los tribunales guatemaltecos. Ante este panorama, la existencia del principio de jurisdicción universal sustentó sólidamente la actuación de los tribunales españoles.<sup>196</sup>

Es preciso aclarar que en el supuesto de que no existiese este mecanismo de jurisdicción universal, bien pudiera activarse el de la personalidad pasiva, por las razones que en seguida señalaremos junto con los razonamientos que formularon los magistrados.

Esto es así, tomando en cuenta que delitos como el genocidio y algunos otros como el *apartheid*, la tortura, el crimen de lesa humanidad, los relativos a la prostitución, corrupción de menores e incapaces, tráfico ilegal de drogas, tóxicas y estupefacientes, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, entre otros, por sus respectivas naturalezas, demuestran que la constante es la existencia de factores que dificultan o impiden un trabajo jurisdiccional efectivo; respecto de los primeros cuatro delitos mencionados, las circunstancias adversas comúnmente son de carácter político, por el hecho de que los probables responsables sean agentes del Estado, o por que se les otorgue amnistía; respecto de los tres últimos de los delitos señalados, los factores adversos que se presentan para investigarlos regularmente son de carácter procedimental.<sup>197</sup>

<sup>196</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de España núm. 237/2005, 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala.

<sup>197</sup> Por cuanto hace al genocidio, encontramos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por las NU el 9 de diciembre de 1948, cuyo artículo 6 establece que este delito debe ser juzgado y sancionado por los tribunales estatales sobre cuyo territorio haya sido cometido el acto criminoso o ante la CPI que sea competente. Respecto al *apartheid* la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del Crimen de *Apartheid*, adoptada por las NU, el 30 de noviembre de 1973, en cuyo artículo IV.b establece la obligación de los estados en adoptar medidas legislativas y judiciales para investigarlo y castigar a los responsables, independientemente de que residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro o sean personas apátridas. El numeral V de este instrumento reafirma lo anterior y agrega que el juicio lo podrá llevar a cabo un tribunal de cualquier Estado parte que tenga jurisdicción sobre dichas personas, o por cualquier tribunal penal internacional. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por NU en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. En el ER de la CPI encontramos descrito el genocidio en el artículo 6. La naturaleza de este delito nos ubica en el contexto de una matanza de personas; de esta manera se desprende del Sexto Informe periódico sobre la situación de los DH en el territorio de la ex Yugoslavia, de fecha 21 de febrero de 1994, a través del documento E/CN.4/1994/10, párr. 283, en el que se establece que el Fiscal del TPIY señaló que la limpieza étnica constituye una práctica que implica la eliminación de un territorio de los miembros de un determinado grupo étnico. Por su parte, William A. Schabas analiza con mayor detalle los elementos constitutivos de este delito, así como sus circunstancias de ejecución, y de-

El Alto Tribunal español sostuvo en su resolución 237/2005 que si bien en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, al igual que en otros instrumentos de DPI, no se contempla expresamente la jurisdicción universal fuera de las hipótesis en que se presente el sospechoso en el propio territorio, opera la obligación de extraditar o de juzgar al probable responsable; no obstante esta situación y aunque no existían indicios de la presencia de los sujetos activos en territorio español, por el hecho de que la citada Convención contemple en su artículo 5.1.a<sup>198</sup> la posibilidad de que los estados partes instituyan su jurisdicción cuando haya una víctima nacional de ese Estado; además de que los hechos denunciados afectaban a ciudadanos españoles, permiten al Tribunal Supremo español establecer que en los casos del asesinato de los sacerdotes españoles, así como en el caso del asalto a la embajada española en Guatemala —caso Guatemala—, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 de la Convención contra la Tortura, esto es, de que haya víctimas españolas, los tribunales nacionales tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los probables responsables.<sup>199</sup>

Se considera que con esta resolución los tribunales españoles empiezan un replanteamiento para la persecución de los delitos graves para la humanidad, de tal manera que ante la pérdida de entusiasmo para activar su función jurisdiccional en el ejercicio de la jurisdicción universal, la investigación de los delitos, como en el caso del homicidio de los sacerdotes españoles y el

rivado de ello establece la posibilidad de que este delito podría considerarse perfeccionado con la ejecución intencional —evidentemente— de un solo miembro de su grupo. William A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 156 y ss. Sin embargo, el TPIY afirma a este respecto: “Está bien establecido que cuando una condena por genocidio se basa en la intención de destruir ‘en parte’ al grupo protegido, ésta debe de ser una parte sustancial de dicho grupo. El propósito de la Convención sobre Genocidio es prevenir la destrucción intencional de grupos humanos enteros y la parte seleccionada como objetivo debe ser suficientemente significativa como para tener un impacto en el grupo como un todo”. Resolución de la Sala de Apelaciones, de fecha 19 de abril de 2004, en el caso *Krstic*, párrafos 8 y 9. Human Rights Watch, *Genocidio, Crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, traducción de Laura Martín del Campo Sieta, Universidad Iberoamericana, México, 2010, p. 150.

<sup>198</sup> Este art. 5.1.a establece literalmente: “Todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 [...] Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado”.

<sup>199</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de España núm. 237/2005, *op. cit.*, fundamento jurídico número 12º.

asalto en la embajada de España —ambos hechos en Guatemala—, encuadran en otro de los mecanismos que mencionábamos al inicio de este tema, consistente en *aut iudicare aut dedere* (se extradita o se juzga); lo cual nos lleva de nueva cuenta a profundizar en los razonamientos de las bondades y adversidades del principio de jurisdicción universal, en este caso, ante el requerimiento de la presencia del inculpado en el territorio español.

### C. Caso Pinochet

Hemos apreciado hasta este momento algunas circunstancias jurídicas que nos permiten establecer ciertas ventajas en la activación del principio de jurisdicción universal, y desde luego, también se han apreciado algunos aspectos que podrían ser causales de desencuentros entre estados, como es el caso Congo vs. Bélgica, derivado del ejercicio de este mecanismo de jurisdicción universal por parte de tribunales belgas. Continuando con este análisis, se estima que se obtendrán mayores indicios de encuentros y desencuentros jurídicos entre los estados en el objetivo primordial de evitar la impunidad y brindar una mejor protección a los derechos humanos. En las siguientes líneas nos ocuparemos del caso Pinochet, el cual nace una vez concluida la crisis política en la República de Chile durante los años de 1976 a 1990, por las denuncias que fueron presentadas, principalmente en contra del general Augusto Pinochet, y con ellas diversos tribunales europeos, entre los que destacan los de España, Suiza,<sup>200</sup> Francia,<sup>201</sup> y Alemania,<sup>202</sup> solicitando su extradición del Reino Unido de la Gran Bretaña. De igual manera, en el seno del Parlamento Europeo, en Bélgica, tuvieron lugar algunos debates en torno a los hechos que motivaron los requerimientos de estos tribunales nacionales.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> El 26 de octubre de 1998 la policía federal de Suiza solicitó a Gran Bretaña la detención del General Pinochet para fines de extradición.

<sup>201</sup> El 3 de noviembre de 1998, la Fiscalía de París envió a Londres una petición de arresto provisional en contra del general Augusto Pinochet.

<sup>202</sup> El Tribunal Supremo de Alemania realizó una petición de arresto provisional en contra del General Pinochet, el 19 de noviembre de 1998.

<sup>203</sup> Ante este embate jurisdiccional hacia el Reino Unido de la Gran Bretaña, en el contexto de este principio de jurisdicción universal, el Parlamento Europeo propuso que España solicitara la extradición de Pinochet. *El País*, Sección Internacional, de 21 de octubre de 1998. Al respecto, el maestro Alonso Gómez Robledo Verduzco refiere que el Parlamento Europeo resolvió “resaltar la unidad de todos nuestros pueblos y gobiernos en la lucha contra esa forma de terrorismo internacional que son las dictaduras, el genocidio y la crueldad”.

El 16 de octubre de 1998 Augusto Pinochet Ugarte fue detenido en la Gran Bretaña, en cumplimiento de una orden de interrogatorio judicial del juez español Baltasar Garzón, quien amplió la orden de detención tres días más tarde y solicitó su extradición bajo los cargos de tortura y genocidio. Diez días después se inició en Londres un “juicio de apelación” en contra de la detención preventiva de Pinochet, resolviendo el 28 de octubre el alto tribunal británico (*High Court of Justice*) que se declaraba ilegal la detención de Pinochet basándose en el reconocimiento a su “inmunidad como antiguo jefe de Estado en los procesos criminales y civiles en los tribunales británicos”.

No obstante lo anterior, el 30 del mismo mes de octubre, la Audiencia Nacional Española ratificó que la Judicatura de España era competente para juzgar al ex mandatario. El 4 de noviembre de 1998, en Gran Bretaña, los cinco jueces de la Comisión Judicial de la Cámara de los Lores, dieron inicio a la audiencia correspondiente al recurso del fiscal en contra del reconocimiento de inmunidad soberana.

El 11 de noviembre del mismo año España entregó la solicitud formal de extradición del general Pinochet al Ministerio de Interior de Gran Bretaña. En los razonamientos jurídicos del auto de solicitud de extradición de Pinochet formulado por el juez español Baltasar Garzón Real, de fecha 3 de noviembre de 1998, se argumentó la probable comisión de hechos que le eran imputables y constitutivos del delito de genocidio, previstos en el Código Penal español vigente,<sup>204</sup> en el momento de su realización, así como en normas internacionales.<sup>205</sup>

Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición en el derecho internacional. aspectos y tendencias relevantes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1996, p. 294.

<sup>204</sup> Recordemos que en el ordenamiento jurídico español las normas relativas a la aplicación de la ley penal en el espacio se encontraban previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, ahora reformado. En ese entonces, se establecían cuatro criterios de competencia: el de territorialidad (artículo 23.1 LOPJ), el de personalidad activa (23.2 LOPJ), el principio real o de protección de intereses (artículo 23.3 LOPJ) y el principio de justicia universal (artículo 23.4 LOPJ). La doctora Beatriz García Sánchez comenta que este último principio es el que más polémica ha suscitado en los últimos tiempos como criterio de atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales, principalmente a partir del caso Augusto Pinochet de 1998, criterio que con anterioridad a dicha fecha no había sido cuestionado ni reformulado. Cfr. Beatriz García Sánchez, *El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional*, pp. 1-3. Resumen de parte del contenido de una monografía titulada “Límites a la ley penal en el espacio”, escrita por la autora de este trabajo y pendiente de publicación en Atelier. (DE: <http://www.justicia%20univer.uned.pub>).

<sup>205</sup> Las normas internacionales aludidas eran la Declaración de Moscú de 1945, suscrita por el Reino Unido de Gran Bretaña, Estados Unidos y la Unión Soviética Sobre Crímenes

Los tribunales españoles se pusieron a la vanguardia de este conjunto de acciones judiciales cuando el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 5 de noviembre de 1998, desestimó el recurso interpuesto y resolvió que “la jurisdicción española se derivaba del principio de persecución universal de determinados delitos internacionales, acogidos por su propia legislación interna, poseyendo además un interés legítimo en el ejercicio de dicha jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en autos”.<sup>206</sup> ratificando, en consecuencia, la competencia de los tribunales de ese país para conocer de los delitos derivados de la crisis política chilena,<sup>207</sup> no obstante haberse promulgado una Ley de Amnistía.<sup>208</sup>

Debido a la diversidad de tribunales nacionales que formularon sus requerimientos, inicialmente se consideró que se trataba de acciones aisladas e inconsistentes; sin embargo, por la coincidencia de la extrema gravedad de los hechos criminosos que se imputaron al señor Pinochet se dio un im-

contra la Humanidad; el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945, suscrito por el Reino Unido; la Resolución del 16 de diciembre de 1946 de la AG de NU, aprobando los principios de los Estatutos y de la Sentencia de Núremberg; el Convenio de las NU del 9 de diciembre de 1948 contra el Genocidio; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de NU del 16 de diciembre de 1966; la Resolución de la AG de NU de diciembre de 1973 sobre Persecución de Crímenes Contra la Humanidad, la Convención contra la Tortura de NU del 10 de diciembre de 1984 y la Declaración de la AG de NU sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1992. Cfr. Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición, op. cit.*, pp. 295 y 296.

<sup>206</sup> Cfr. Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición, op. cit.*, p. 299.

<sup>207</sup> Anotaría a este respecto Kai Ambos: “La sed de justicia de las víctimas sigue vigente y latente. El caso Pinochet, en ese sentido, es paradigmático”. *Impunidad y derecho penal internacional*, 2a. edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 19.

<sup>208</sup> La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante auto de 5 de noviembre de 1998, se pronunció respecto del Decreto Ley 2191 de Amnistía de 1978, calificándolo de contrario a una norma imperativa de Derecho Internacional (*ius cogens*) por lo que, en consecuencia, no constituía una razón suficiente para impedir el enjuiciamiento de Augusto Pinochet por parte de las autoridades judiciales españolas, mismas a las que consideró competentes para enjuiciarlo por delitos de genocidio cometidos en Chile, en razón de que el Convenio sobre Genocidio no excluía ninguna jurisdicción, incluida la universal. Cfr. Beatriz García Sánchez, *El principio, op. cit.*, pp. 10 y 12. Cfr. Mercedes García Arán, “Crimen internacional y jurisdicción universal”, en García Arán, López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal, el caso Pinochet*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63 y ss. Por cuanto hace a la Ley de Amnistía, ésta fue expedida el 18 de abril de 1978 en Santiago, Chile, bajo el número 2191, cuyo artículo 1º establece: “Concédesse amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”.

pacto trascendental en la sociedad internacional, y si bien las acusaciones estaban sustentadas en actos considerados suficientemente reprobables, las formalidades procedimentales exigibles para trasladar al acusado al territorio de alguno de los países requirentes no podían separarse de los lineamientos protocolarios del Derecho Internacional.

En su momento, y ante la oposición chilena para la extradición de Pinochet, es evidente que los tribunales españoles sustentaron su competencia en el principio de justicia universal,<sup>209</sup> para lo cual la Sala de lo Penal española privilegió su Ley Orgánica, que le facultaba investigar y, en su caso, sancionar los delitos que agravan a la comunidad internacional, como el genocidio, terrorismo y tortura, los que se imputaban a Pinochet.<sup>210</sup>

En Gran Bretaña, el 25 de noviembre de 1998, el Comité Judicial de la Cámara de los Lores, haciendo las funciones de Tribunal Supremo, revocó la inmunidad al señor Augusto Pinochet, concedida el 28 por el Alto Tribunal de Justicia, considerando que los crímenes de genocidio, terrorismo y tortura, por los que era acusado por el juez Baltasar Garzón, no quedaban bajo el amparo de la legislación británica.<sup>211</sup>

Derivado de lo anterior, el 9 de diciembre de 1998, el ministro británico del Interior autorizó el procedimiento de extradición de Pinochet a solicitud del gobierno español, considerando que de acuerdo con el Convenio Europeo de Extradición (parte III de la Ley de Extradición de 1989) se

<sup>209</sup> El principio de justicia universal se consideraba aplicable para el caso de determinados delitos de trascendencia internacional enumerados en el artículo 23.4 de la LOPJ, donde además se preveía una cláusula abierta por medio de la cual se incluían otras infracciones previstas en convenios o tratados internacionales suscritos por España y que debían ser perseguidas. Este criterio de competencia se expresaba en el siguiente texto legal: "Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio, b) Terrorismo, c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) Falsificación de moneda extranjera, e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores e incapaces, f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) y cualquier otro que, según los Tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

<sup>210</sup> Cfr. Antonio Remiro Brotons, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Nueva Biblioteca, Madrid, 1997, pp. 24 y ss. El juez español Baltasar Garzón fue el que provocó que se iniciaran formalmente las investigaciones judiciales en contra de Augusto Pinochet, imputándole un importante número de casos de tortura en agravio de ciudadanos españoles; por lo que solicitó su arresto al llegar a Londres en octubre de 1998, regresando a Chile un año y medio después, en donde el juez José Guzmán le inició otros procesos que no lograron fructificar por su fallecimiento el 10 de diciembre de 1998.

<sup>211</sup> Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición, op. cit.*, p. 306.

daban los elementos suficientes para autorizar el inicio de dicho procedimiento basado en que Pinochet era reclamado por la probable comisión de delitos equivalentes a los que en el Reino Unido son los de intento de asesinato, conspiración para asesinar, torturar, conspiración para torturar, secuestro de rehenes y conspiración para secuestro de rehenes. Sin embargo, respecto del “genocidio”, el ministro Straw consideró que la petición española no reunía los requisitos de la definición, misma que de acuerdo con la Ley británica (Genocide Act) establecía que este delito se tipificaba únicamente si era cometido en el territorio del Reino Unido y por tanto, no podía ser perseguido bajo el concepto de extraterritorialidad.<sup>212</sup>

No obstante lo anterior, el 17 de diciembre del mismo año un tribunal de cinco jueces lores resolvió anular por unanimidad (cinco votos a favor) el fallo por “conducta impropia” de uno de los tres jueces que conocieron del caso y, en ese sentido, el presidente del Tribunal expresó que lord Hoffman, en su momento, debió haberse excusado de conocer del caso, pues era presidente y *chairperson* de la Fundación Amnesty International Charity Limited además de que su esposa era funcionaria de Amnistía Internacional desde hacía más de 20 años, y al no haber revelado estos hechos, provocaba un conflicto de intereses. Quedando de esta manera sin efectos el fallo del 25 de noviembre de 1998.<sup>213</sup>

Posteriormente, en Gran Bretaña, el 18 de enero de 1999, se reiniciaron las sesiones para reexaminar todo el proceso de extradición llevado a cabo, donde siete jueces lores fueron designados para conocer del caso y constituidos en Corte de Apelaciones del Reino Unido ratificaron, el 24 de marzo de 1999, que el señor Pinochet no gozaba de inmunidad jurídica y por tanto podía ser extraditado.<sup>214</sup>

Sin embargo, en esta segunda resolución los jueces redujeron a tres los delitos considerados procedentes para su extradición, relacionados con casos de tortura ocurridos durante los últimos 15 meses de su mandato, al considerar que el Reino Unido sólo estaba obligado a facilitar la persecu-

<sup>212</sup> *Ibidem*, pp. 307 y 308.

<sup>213</sup> A consecuencia de lo anterior, Amnistía Internacional solicitó y obtuvo permiso para intervenir en el recurso de apelación ante la Cámara de los Lores, siendo representada por abogados propios. El maestro Alonso Gómez Robledo refiere que en 150 años no había existido en la Cámara de los Lores un caso semejante y que, según esto, la mera “aparición de parcialidad” vulneraba el fundamento de la función jurisdiccional. *Ibidem*, p. 310.

<sup>214</sup> Leonardo Aravena Arredondo, *loc. cit.*, p. 44. España no fue el único país que pidió la extradición de Pinochet, pues también lo hicieron Alemania, Gran Bretaña, Bélgica, Suiza, Suecia, Francia, Noruega e Italia. (DE: <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/causas.html>).

ción internacional de la tortura a partir de 1988, fecha en la cual este país se había adherido a la Convención Internacional contra la Tortura de 1984.<sup>215</sup> En dicha decisión los jueces sostuvieron que los delitos de tortura imputados a Pinochet tendrían que haber sido considerados como una conducta criminal perseguible extraterritorialmente en el Reino Unido, en el momento en que ocurrieron en Chile y, en ese sentido, el “principio de doble criminalidad” no era vigente con anterioridad sino sólo a partir del 8 de diciembre de 1988, por lo cual Pinochet no tenía por qué responder penalmente por los crímenes de tortura y conspiración para torturar, anteriores a dicha fecha. Evidentemente, este criterio resultaba diferente al sostenido el 28 de octubre de 1998 por lord Bingham, presidente del Alto Tribunal de Justicia, respecto de que se requería que en el momento de la petición formal de la extradición el delito fuera una conducta calificada como “criminal” dentro de Gran Bretaña.

Es así que el ministro del Interior prosiguió con el procedimiento de extradición, únicamente respecto de los delitos de tortura y conspiración para torturar a partir del 8 de diciembre de 1988, dándose inicio posteriormente al proceso de revisión judicial, interpuesto por la defensa de Pinochet ante el alto tribunal de justicia.

El 6 de abril de 1999 el juez Baltasar Garzón entregó al representante de la Fiscalía británica, Alun Jones, una ampliación de la petición de extradición de Augusto Pinochet en la que detallaba 11 nuevos casos de tortura cometidos después del 28 de septiembre de 1988, con lo que ya para entonces sumaban un total de 50 casos, invocando el principio *aut dedere aut judicare*, que los jueces lores habían definido el 24 de marzo del mismo año para “extraditar o castigar” a Pinochet por delitos de tortura y conspiración para torturar.<sup>216</sup>

El 15 de abril de 1999, el ministerio del Interior (*Home Office*) de Gran Bretaña, Jack Straw, ordenó impulsar el proceso de extradición a España del señor Augusto Pinochet por delitos considerados graves (tortura y cons-

<sup>215</sup> Cfr. Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición, op. cit.*, p. 311.

<sup>216</sup> Cabe señalar que el 6 de abril se conoció también la demanda en contra de Gran Bretaña por violación a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de 7 víctimas de la dictadura ante la Corte Europea de Derechos Humanos, acusándola de limitar la persecución de los delitos a partir de 1988, lo que implicaba la completa impunidad de todos los delitos cometidos contra los siete demandantes, siendo que uno de los propósitos de la Convención Europea consistía en la protección de la víctima a la no impunidad del agresor, por lo que se solicitó que se diera curso a la emisión de “medidas cautelares” para el hipotético caso de que el ministro del Interior decidiera denegar la extradición a España. Cfr. Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición, op. cit.*, p. 314.

piración para torturar, a partir del 8 de diciembre de 1988), fundado en que Pinochet no gozaba del privilegio de “inmunidad soberana”, y en que la Convención Europea de Extradición del 13 de diciembre de 1957 (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 8 de junio de 1982) y el tratado de extradición entre España y el Reino Unido del 22 de julio de 1985 (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 29 de abril de 1986) obligaban a Gran Bretaña a la realización de la extradición, reconociendo la competencia de los tribunales españoles para conocer de estos crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, se consideraba que el principio de la soberanía estatal no podía prevalecer en el Derecho Internacional vigente ante el principio de jurisdicción universal cuando se trata de crímenes contra la humanidad con rango indiscutible de normas de *ius cogens*.<sup>217</sup>

Finalmente, se impuso la formalidad diplomática y el inculpado regresó a territorio chileno, en donde falleció el 10 de diciembre de 2006,<sup>218</sup> sin que las acciones legales implementadas en su contra convencieran a la sociedad chilena y, en general, a la comunidad internacional a pesar de las numerosas víctimas que se le atribuían.<sup>219</sup>

No obstante los procesos que se iniciaron judicialmente en su contra durante los últimos siete años de su vida en ninguno se logró imponer sanción alguna; por tal motivo se incluyen en la lista de las conductas que quedaron impunes.<sup>220</sup>

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>218</sup> Si bien es cierto que la justicia nacional chilena logró en 2007 la detención de la viuda del señor Augusto Pinochet, la señora Lucía Hiriart, sus cuatro hijos y 17 cercanos colaboradores del extinto Pinochet, hay que considerar los aspectos siguientes: 1°. Hasta el momento en que se elabora el presente análisis los inculcados han logrado resultados favorables en el procedimiento penal que se les instruye. 2°. El delito que se les imputa es el de malversación de fondos públicos, de tal manera que crímenes como la tortura, homicidio y secuestro o desaparición forzada de personas van quedando rezagados en este caso y, por último, estas acciones de los tribunales chilenos no cumplen con una de las principales encomiendas de imponer penas ejemplares, ante la ausencia del responsable de tales ilícitos, lo cual convierte este asunto en un argumento más para fortalecer la implementación de la CPI ante la ineficacia en determinadas circunstancias de los tribunales estatales.

<sup>219</sup> Hay informes en los que se indican, durante la dictadura de Pinochet, cifras superiores a tres mil personas privadas de la vida presuntamente por agentes del Estado chileno: 1 192 desaparecidos, 28 000 torturados y aproximadamente 300 000 exiliados. (DE: [www.farodevigo.com.es/secciones/noticias.jsp?pRef=3155\\_7\\_174287\\_Mundo-familia-pinochet-consigue-anular-procesos-abiertos-malversación-fondos](http://www.farodevigo.com.es/secciones/noticias.jsp?pRef=3155_7_174287_Mundo-familia-pinochet-consigue-anular-procesos-abiertos-malversación-fondos)).

<sup>220</sup> Kai Ambos, *Impunidad*, *op. cit.*, p. 187. Indica el autor que de las medidas jurídicas que se han tomado en algunos países para motivar la impunidad, destaca que la Ley colombiana núm. 81/1993 viola el Derecho Internacional; lo hacen también la Ley peruana núm. 26.479, la Ley chilena núm. 2.191 y la Ley argentina núm. 23.492, en razón de que exentan

Esta experiencia constituye un elemento más para enriquecer los argumentos tendientes a fortalecer el funcionamiento de la CPI, ya que como se puede apreciar, la activación de las jurisdicciones nacionales no brinda necesariamente en todos los casos los resultados que la sociedad espera; sin embargo, por la necesidad de mantener la paz y la seguridad internacionales, las NU recurren con cierta frecuencia a este sistema de justicia penal interna, para la investigación y sanción de los delitos que preocupan en mayor medida a la humanidad.<sup>221</sup>

Ejemplos de lo anterior se encuentran en los instrumentos internacionales siguientes: la propuesta que se hizo en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la AG de NU en 1948,<sup>222</sup> cuyo artículo VI dispone que las personas acusadas de este delito serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio haya tenido verificativo el acto o ante la corte penal internacional que sea competente. También se tiene la redacción del primer artículo de la Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973,<sup>223</sup> en el que se recurre de igual manera a los tribunales nacionales para investigar y castigar este tipo de conducta; situación que confirma que la activación de las jurisdicciones nacionales ha sido considerada permanentemente como un medio para juzgar a los criminales de delitos de esta naturaleza.<sup>224</sup>

#### D. Caso Cavallo

Otro asunto que impactó a la sociedad mundial por la comisión de crímenes de tortura y genocidio,<sup>225</sup> y que motivó la activación de algunas jurisdiccio-

de penas los casos graves de violaciones a los derechos humanos y favorecen a las fuerzas armadas de estos países.

<sup>221</sup> Concepción Escobar Hernández, *La Corte Penal*, op. cit., pp. 29 y 23.

<sup>222</sup> Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, y, en su caso, adhesión, mediante la Resolución III/A de 9 de diciembre de 1948, del CS. Por su parte, Cherif Bassiouni, señala en su obra *International crimes; Jus cogens and obligatio erga omnes, law and contemporari problems*, op. cit., p. 73, que los crímenes internacionales, como lo es precisamente el de Genocidio, alcanza la categoría de *ius cogens* erigen obligaciones *erga omnes* que son inderogables,

<sup>223</sup> Este instrumento internacional fue puesto a la firma y ratificación por la Asamblea General, mediante la Resolución XXVIII/3068 del 30 de noviembre de 1973.

<sup>224</sup> Concepción Escobar Hernández, op. cit., p. 261.

<sup>225</sup> Alicia Gil Gil, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valente, UNED-España, Valencia, 1999, p. 160.

nes nacionales ante las exigencias internacionales es el caso del señor Ricardo Miguel Cavallo, de nacionalidad argentina, detenido en territorio mexicano en agosto de 2000, a petición de autoridades españolas. La jurisdicción penal mexicana autorizó posteriormente, por vía de extradición, su entrega a la jurisdicción de España.

La extradición se llevó a cabo para el efecto de que fuera investigado, enjuiciado y, en su caso, castigado por los delitos de genocidio y tortura. Estas acciones jurisdiccionales brindaron a la comunidad internacional mejores resultados, por la eficaz reacción que tuvieron los órganos judiciales de ambos estados al evitar que el señor Cavallo se evadiera de la justicia, al ser identificado por algunas de sus víctimas durante la dictadura militar en los años 1976-1983, y con motivo de la acción inmediata de las autoridades mexicanas para su detención.<sup>226</sup> Así, se logró su extradición a España el 29 de junio de 2003.

El juez federal mexicano que conoció del asunto dentro del procedimiento de extradición<sup>227</sup> se fundó en los principios de la justicia supletoria y la jurisdicción extraterritorial, reconociendo la facultad de los tribunales de un Estado para ejercer en nombre de la comunidad internacional su jurisdicción sobre ciertos delitos graves, sustentándose en tratados internacionales y en la doctrina de autores como el maestro Arellano García,<sup>228</sup> quien conceptúa al DPI como el conjunto de normas jurídicas internas o internacionales que regulan los delitos y las penas que rebasan los límites territoriales de un país, en el jurista Luzón Peña,<sup>229</sup> así como en el principio de la jurisdicción uni-

<sup>226</sup> Manuel Ollé Sesé, *El principio*, *op. cit.*, p. 235. Destaca el autor el ejemplar comportamiento que tuvo el gobierno de México para la atención de este asunto, accediendo a la extradición de Cavallo a España.

<sup>227</sup> El juicio de extradición fue radicado ante el Juzgado 7o. de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, con partida número 05/2000. "Históricamente, el derecho internacional desarrolló la institución de la 'extradición' principalmente para resolver la serie de problemas que se generan cuando un presunto delincuente se refugia en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o ya sea que esté imposibilitado para procesarlo porque los medios de prueba se encuentran fuera del país". Alonso Gómez-Robledo Verduzco, *Extradición*, *op. cit.* Se considera que el primer caso de extradición que efectuó México es el que planteó EUA, por conducto del señor John Forsyth, el 11 de abril de 1835, relacionada con la fuga de presuntos delincuentes de ese país, a quienes se les acusaba de falsificar documentos contra las leyes de pensionistas. Cfr. Manuel González Oropeza, *Secuestrar para juzgar, pasado y presente de la justicia extraterritorial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1998, pp. 21 y 22.

<sup>228</sup> Carlos Arellano García, *Derecho internacional público*, Porrúa, México, pp. 744 y ss.

<sup>229</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *Curso de derecho Internacional, parte general I*, Universitas, Madrid, 1996.

versal, prevista en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español de 1985, que señala que en relación con determinados delitos como el genocidio y la piratería, es procedente la aplicación de la ley penal del Estado, sin importar el lugar en que se hayan verificado los hechos.<sup>230</sup>

El juez mexicano hizo también en su momento referencia a los principios de cooperación internacional, llevando sus razonamientos en el sentido de que si bien los probables responsables de los delitos de extrema gravedad, como los tres ilícitos imputados al reclamado, debían ser juzgados por el país en donde se habían cometido, en caso de existir obstáculo, como en efecto aconteció en aquella ocasión con Argentina por la existencia de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida mediante las cuales se consideraba extinguida la acción penal, era necesario que otros países conocieran de tales eventos criminosos, precisamente bajo el principio de una jurisdicción supranacional que permitiera y obligara a los estados a tomar medidas legislativas a fin de establecer su competencia respecto de los delitos graves comprendidos en el DPI, sin importar la nacionalidad del autor ni el territorio en el que se hubieran cometido aquéllos, concluyendo, en consecuencia, que los tribunales españoles eran competentes para someter a juicio a Ricardo Miguel Cavallo, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España y en los convenios multilaterales suscritos por los países involucrados.<sup>231</sup>

<sup>230</sup> Bernardo Feijoó, "El genocidio en el derecho penal español (artículo 607 C.P.)", *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, núm. 8, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 515. En cuanto a este principio de jurisdicción universal, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España dispone de manera precisa que la jurisdicción española tendrá facultad "para conocer de los hechos cometidos por [...] extranjeros fuera del territorio nacional [...] como algunos de los siguientes delitos: a) genocidio, b) terrorismo [...] g) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España".

<sup>231</sup> También refiere el juzgador mexicano la creciente tendencia hacia la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos humanos, precisando las medidas que han implementado las NU para la investigación y el castigo de las conductas que violan tales prerrogativas, analizando diversos instrumentos internacionales que en su mayoría han sido ratificados por los tres países involucrados en este juicio de extradición, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de los cuales pudo apreciarse el propósito de la comunidad internacional para investigar, enjuiciar y castigar las conductas graves, como lo son los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, los cuales constituyen la materia del juicio de extradición que se analiza.

En estos términos estimamos que fue superada la primera etapa de manera satisfactoria, al considerarse como un avance importante en el combate a la impunidad mediante el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de estos tribunales estatales, dando con ello una respuesta parcial a las exigencias de la sociedad internacional. Sin embargo, tres años después el asunto empezó a complicarse, al resolver la Sección Tercera de la Sala Penal española, en diciembre de 2006, que carecía de competencia para juzgar a Cavallo por los delitos que se le imputaban, al haber sido cometidos en Argentina durante la dictadura de 1976 a 1983, y a fin de dar prioridad a los tribunales argentinos que ya estaban solicitando su extradición.<sup>232</sup> Siete meses después, la situación jurídica fue revertida al resolver el Tribunal Supremo español<sup>233</sup> que los tribunales de ese país se encontraban facultados para juzgar la conducta del señor Cavallo, sustentando su resolución en los argumentos siguientes:

1º. Que los tribunales argentinos investigan a Cavallo por hechos distintos de los que lo acusan ante la jurisdicción española.

2º. Que la investigación que se desarrolla en Argentina se encuentra menos avanzada que el juicio iniciado ante los tribunales españoles.

3º. Que la resolución de la Audiencia Nacional de España, en diciembre de 2006, violentaba el artículo 24 de la Constitución del país, en lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el gobierno español decidió el 29 de febrero de 2008 conceder la extradición solicitada por el juez argentino Sergio Torres, quien lo

<sup>232</sup> Para la fecha de este pronunciamiento, el asunto ya tenía radicado en España más de tres años, y el mismo tiempo que el probable responsable llevaba internado en la prisión de Soto del Real, al norte de Madrid; de tal manera que su traslado a Argentina evidentemente no favorecía el interés internacional de combatir la impunidad, al considerarse que en su país no sería juzgado de manera objetiva, transparente e imparcial. (Cfr. DE: <http://www.jornada.unam.mx/2006/01/12/028nmun.php>).

<sup>233</sup> Este artículo 24 de la Constitución española dispone: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. Así como al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia". En cuanto a la tutela efectiva, el Tribunal Constitucional ha reiterado en la sentencia de 7 de noviembre de 1983 que se debe entender como el derecho de acceder a la tutela, así como el de obtener una resolución fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa a las pretensiones del promovente. Aurelia M. Romero Coloma, *El artículo 24 de la Constitución Española: análisis y valoración: el acceso del ciudadano a la justicia*, Servipost, Barcelona, 1993, p. 22.

acusó de los delitos de detención ilegal, torturas, extorsión, robos con violencia, intimidación y falsificación de documentos, cometidos durante la dictadura militar. El 31 de marzo del mismo año arribó Cavallo a la República de Argentina para la prosecución del proceso iniciado en su contra, no obstante la opinión contraria de la Fiscalía, partidaria de juzgarlo en España al considerar que la extradición no podía darse antes de que Cavallo compareciera a juicio en España; sin embargo, los magistrados españoles sostuvieron la necesidad de dar prioridad al país donde se cometieron los crímenes así como la necesaria unidad en el enjuiciamiento de otros procesados, aun cuando se había invocado el principio de la justicia universal por la comisión de delitos de lesa humanidad, regulado en la legislación española.<sup>234</sup>

De lo anterior podemos establecer mayores argumentos para fortalecer la implementación y el funcionamiento de la CPI, en razón de que ante la acreditación de hechos criminosos tan importantes y la plena identificación del probable responsable, se debe descartar toda posibilidad de riesgo de que se evada de la justicia por cuestiones ajenas a los aspectos jurisdiccionales de carácter procedimental. Esta circunstancia se encuentra exitosamente superada por el esquema estructural y funcional de este tribunal, al estar provista de las facultades necesarias para la atención de los asuntos relacionados con los delitos de extrema gravedad, enunciados en el artículo 5 y descritos en los preceptos 6, 7 y 8 del ER, y que investigará y enjuiciará mediante el principio de jurisdicción internacional.

### *La postura de la Corte Internacional de Justicia ante la jurisdicción universal*

La CIJ entra en el debate mundial sobre el principio de la jurisdicción universal a través de la sentencia de fecha 14 de febrero de 2002, que emitió en el caso Congo *vs.* Bélgica, al exigir un punto de conexión entre el Estado correspondiente y los hechos que motivan el asunto.

Esta sentencia de la CIJ pareciera representar un obstáculo para el desarrollo del DPI, especialmente por cuanto hace al principio de jurisdicción universal, tomando en cuenta que en este caso, derivado de una probable violación al principio de igualdad soberana de los estados y a la inmunidad

<sup>234</sup> DE: <http://ecodiario.elecono-mista.es/mundo/noticias/444221/03/08/España-extraditoal-represor-Cavallo-a-Argentina.html>

del ministro de Asuntos Exteriores de un Estado en la formulación del asunto ante este tribunal internacional, la República del Congo puso mayor énfasis en el segundo rubro, es decir, respecto de la violación de la inmunidad del citado ministro por parte de un tribunal de Bélgica; además de que este caso es el primero que analiza la CIJ desde esta óptica de la inmunidad jurisdiccional de naturaleza penal, en lo referente a los ministros de Asuntos Exteriores en activo.

De acuerdo con el criterio sostenido por la CIJ, la inmunidad de jurisdicción absoluta no establece límite a las actuaciones judiciales en contra de un ministro de Asuntos Exteriores durante un proceso penal, cuando: el funcionario público no posea la inmunidad de jurisdicción penal absoluta en su Estado, en este supuesto el individuo podrá ser juzgado por los tribunales de ese Estado, con base en su Derecho Interno; el propio Estado le retire la inmunidad de jurisdicción que poseía en razón del cargo que desempeñaba; se presenta el cese del cargo de ministro de Asuntos Exteriores; en este supuesto y siempre que se tenga competencia conforme al Derecho Internacional, los tribunales de cualquier Estado lo podrán juzgar por actos que haya cometido antes o después de su mandato, o en los que incurra durante ese mandato, pero en su carácter de persona privada; y de igual manera, tampoco habrá límite a las actuaciones judiciales aun cuando el funcionario público haya cometido los hechos en condición oficial, cuando el que realice la investigación o el juicio sea un tribunal internacional, como es el caso de los tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, e igualmente la Corte Penal Internacional.<sup>235</sup>

En este contexto, el juez Guillaume ha sostenido que el Derecho Internacional no acepta el mecanismo de la jurisdicción universal y menos aun en las hipótesis que motivaron la sentencia de la CIJ, en el caso Congo vs. Bélgica, respecto de lo cual cabría señalar, en razón a lo declarado por este tribunal, que tratándose de una investigación o juicio instruido ante la CPI, no valdría inmunidad alguna, lo cual nos conduce a establecer que la CPI se inclina por el funcionamiento de una “jurisdicción internacional”, esto es, una ejercida precisamente por parte de los órganos de justicia supranacionales del orden penal; estimándose que también habrá tomado en consideración las circunstancias adversas que se pueden presentar cuando la justicia penal

<sup>235</sup> Véase Sentencia de CIJ de fecha 14 de febrero de 2002 en el caso Congo vs. Bélgica, *op. cit.*, párrafo 61, p. 22. Por cuanto hace a lo referido por la CPI, efectivamente resulta congruente con lo establecido por el artículo 27 del ER, el cual establece que este instrumento será aplicable sin distinción alguna basada en el cargo oficial, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o de un parlamento.

internacional se pone en manos de tribunales nacionales; y muy probablemente podría haber tomado en cuenta también el abuso que podría incurrir determinado Estado respecto de los nacionales de un Estado distinto, bajo el argumento del ejercicio de este principio de jurisdicción universal.

Del contexto planteado en el párrafo que antecede, si bien no podemos aseverar que la CIJ lo haya observado en tales términos, constituyen factores reales que requieren de especial cuidado por las razones siguientes:

1ª Si bien la jurisdicción universal plasma la línea de una mayor justicia, su jurisprudencia es heterogénea, incoherente y mal entendida. Mientras impere esa situación, semejante instrumento de lucha contra la impunidad bien puede verse amenazado por la incoherencia, la confusión y, a veces, por una justicia desigual.

2ª En la activación del principio de jurisdicción universal se requiere de una participación activa y de buena fe, tanto del Estado que inicia la investigación o el juicio, como de todos aquellos que pudieran participar en su ejercicio de manera directa o indirecta y con base en las normas internacionales de la materia.

3ª Derivado del punto anterior, el principio de jurisdicción universal reitera la necesidad de la buena fe de los estados involucrados ante la asistencia internacional del orden judicial para la obtención de pruebas y que esos medios de prueba sean utilizados con base en los principios que rigen el debido proceso.

4ª. La naturaleza del mecanismo de jurisdicción universal requiere de un especial cuidado frente al principio de *non bis in idem* para evitar que el enjuiciado sea sometido a penas múltiples por los mismos hechos; por tanto, se requiere también el reconocimiento del Estado respecto de la validez de la adecuada activación y ejercicio del principio de jurisdicción universal por parte de otro Estado; en consecuencia, también deberá reconocer la sentencia definitiva que recaiga en tal juicio.

5ª Consideramos como punto más vulnerable de este principio de jurisdicción universal, la circunstancia que se pudiera presentar cuando el inculpado sea jefe de Estado o de Gobierno, o miembro de un gobierno o de un parlamento, ya que las normas internacionales en esta materia establecen que en ningún caso se eximirá de responsabilidad en razón del cargo, lo cual podría repercutir en una inestabilidad política en el entorno de la comunidad internacional.

En este orden de ideas es posible establecer que en la medida en que se haga un uso adecuado del mecanismo que otorga la jurisdicción universal, y de que exista apego a sus lineamientos básicos que derivan de su autén-

tico objetivo, y que esto sea de manera transparente, de buena fe y con apego a las normas nacionales e internacionales, este principio podría adquirir mayor fortaleza y en consecuencia mayor aceptación por parte de la comunidad internacional, lo que no sería posible de mantenerse la inconsistencia y la falta de continuidad por los estados que lo han aplicado, como en el caso especialmente de Bélgica y de España, al igual que el de Alemania, país que después de haber tenido diversas experiencias judiciales que atrajeron la atención mundial, ahora modifican su marco jurídico para restringir su ejercicio, con el objetivo de privilegiar la facultad jurisdiccional de la CPI respecto de aquellos hechos que pudieran constituir materia de su competencia.

Ante acciones de esta magnitud, los tribunales nacionales del mundo adquirieron repentinamente la imagen de un órgano supranacional con facultades territorialmente ilimitadas; sin embargo, 11 años después de aquella resolución de la Audiencia Nacional de España, de 5 de noviembre de 1998, ese país da un giro de 180 grados el 3 de noviembre de 2009, cuando sus legisladores deciden modificar los lineamientos para el ejercicio del principio de jurisdicción universal, tal como se desprende de la publicación de su Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, restringiendo de esta manera la facultad de los tribunales para recurrir a tal mecanismo, al exigirse en estas nuevas medidas legislativas el cumplimiento de los requisitos siguientes: que el inculcado se encuentre en territorio español, que existan víctimas españolas, que un diverso tribunal no haya iniciado otro proceso y que de los hechos deriven vínculos importantes con España.

Se puede señalar que en toda la historia del DPI, el periodo de 1998 a 2009 es cuando el principio de la jurisdicción universal tuvo su auge, su expresión máxima; y que esta segunda década del siglo XXI es la más restrictiva. No se tiene registro de la existencia de tantas disposiciones legales nacionales que limiten a sus tribunales para actuar con la convicción natural y compromiso institucional en favor de la humanidad.

El panorama que actualmente se tiene sobre la persecución de los delitos extremadamente graves para la humanidad provoca un incremento en el interés de la comunidad internacional ante la inestabilidad legislativa de algunos de los estados al inicio de este siglo XXI. No obstante haber sido protagónicos en la evolución que ha presentado el DPI a partir de la segunda postguerra mundial, dichos estados no transmiten la certeza jurídica para mantenerse en determinada línea internacional en cuanto a los mecanismos

de investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos. Junto a estas inconsistencias legislativas nacionales, el sentido de la resolución emitida por la CIJ el 14 de febrero de 2003, en el caso Congo *vs.* Bélgica, se presentan ante el entorno jurídico-judicial elementos adicionales que inducen a considerar que para un resultado satisfactorio se requiere de un esfuerzo integral y con un porcentaje mayoritario de la comunidad internacional.

La contextualización de este fenómeno mundial en los términos expuestos nos lleva también a establecer que la figura de la CPI se instituye como una esperanza de solución a este conflicto de orden legislativo nacional y de jurisdicción universal, y por ello, al considerarse a este tribunal como una expectativa para superar las adversidades de procuración y administración de la justicia penal, resulta imperativo que se le otorguen las bases legales suficientes para que le sea posible desplegar sus facultades con la autonomía que exigen los estándares internacionales, sin estar supeditado a las disposiciones del CS de las NU para iniciar, continuar o suspender una investigación o un juicio.

Finalmente, podemos concluir que la procuración y administración de la justicia penal internacional se encuentra en este momento histórico en una situación de evidente fragilidad, tanto en el contexto legislativo nacional, considerando las reformas de Alemania, Bélgica y España, como en el contexto legislativo internacional, si miramos el artículo 16 del ER, que establece que el CS podrá comunicar a la CPI la suspensión de la investigación o el juicio que haya iniciado. En el contexto jurisdiccional nacional, debido a la sentencia emitida por el Tribunal Supremo español, el 25 de febrero de 2003; en el caso Guatemala, que condiciona subsidiariamente la intervención de los tribunales de ese país para la persecución de delitos como el genocidio, respecto de aquellos tribunales inicialmente competentes; o en el caso Pinochet, por la sentencia del alto tribunal británico (*High Court of Justice*), de fecha 28 de octubre de 1998, ante su inmunidad como antiguo jefe de Estado. En el contexto jurisdiccional internacional, por último, la sentencia de la CIJ, en el ya referido caso Congo *vs.* Bélgica.

No obstante esta situación, las experiencias adquiridas a través de estos asuntos, entre algunos otros, permiten enriquecer los argumentos jurídicos de los tribunales y legisladores del mundo, nacionales e internacionales, así como de los fiscales y defensores. En el campo doctrinario tienen también efectos estas aportaciones, tal como se puede verificar en este propio estudio, a través de los importantes doctrinarios de diferentes países, quienes se han ocupado de analizar y emitir sus criterios sobre esta complejidad del Derecho Penal Internacional.

### LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA FACULTAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

La competencia de la CPI la podemos observar en los artículos 5 al 21 de su Estatuto. En el primero de estos numerales se encuentran enlistados los cuatro delitos que corresponden a su facultad jurisdiccional: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. En los artículos 6, 7 y 8 se describen, respectivamente, los primeros tres. El crimen de agresión fue definido posteriormente —el 11 de junio de 2010— por la Conferencia de Revisión del Estatuto, mediante la Resolución RC/Res.6,<sup>236</sup> y respecto del cual existe inquietud por el tiempo tan prolongado que se ha ocupado para establecer su definición, ya que desde 1948 se ha venido trabajando en el tema. Sobre esto profundizaremos en el capítulo quinto, al analizar las circunstan-

<sup>236</sup> Resolución RC/Res. 6, aprobada por consenso por la asamblea de los estados partes, el 11 de junio de 2010, en la decimotercera Sesión Plenaria. La Conferencia de Revisión propone la incorporación de este delito en el artículo. 8 bis del Estatuto de Roma, con el siguiente texto: 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la CNU. 2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la CNU. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la AG de las NU, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

cias en las que se considera que la jurisdicción de la CPI se encuentra condicionada por el Consejo de Seguridad.

Además de lo anterior, encontramos en esta segunda parte del Estatuto los aspectos relacionados con la competencia de la Corte; las condiciones previas para la actualización de tal competencia; el ejercicio propiamente de esa facultad; los aspectos que se deben considerar para la admisión de asuntos bajo su jurisdicción, incluyendo los supuestos en los que puede ser impugnada dicha competencia.

Sin lugar a dudas, el estudio sobre la CPI nos permite analizar los intereses de los sectores directamente involucrados en su implementación, o en su caso, de aquellos que puedan sentirse afectados por su funcionamiento, como es el caso de los estados partes, que desde la idea de su facultad soberana lo pueden considerar como un ente ajeno a su estructura; por otro lado, observamos la actuación de las organizaciones de la sociedad civil, a las que se les debe exigir mayor objetividad en el cumplimiento de la función que el ER les está asignando; y, por otra, tenemos a las personas naturales, que por sus conductas criminosas son susceptibles de investigación, juzgamiento y, en su caso, de sanciones por parte de dicha Corte.

Tomando en cuenta que la CPI nace de un esfuerzo importante para ajustarse a los principios del debido proceso y adecuarse a los procedimientos penales de todo Estado democrático, con la encomienda de instruir procesos de manera transparente e imparcial, sin distinción alguna, a fin de estar en posibilidad de combatir los delitos de mayor gravedad para la familia humana —con lo que se considera que disuadirá a otros gobernantes de la comisión de delitos de extrema gravedad, tales como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, que en el caso de este último, se estima que evitará en buena medida los conflictos armados, tanto nacionales como de internacionales y, en consecuencia, el número de víctimas por estos delitos—, es de esperarse que su perspectiva, en la que destacamos la importancia de la Corte, le proporcionará un esquema de autonomía plenamente reconocida y respetada.

El establecimiento de la competencia de un tribunal penal de alcance universal y de carácter permanente, frente a la facultad soberana de cada Estado, se considera de suma importancia para la humanidad, que no había tenido ante sí un tribunal penal internacional que juzgara al probable responsable de uno o varios delitos, ya que si bien existen tribunales de competencia mundial y otros con facultades regionales, tales como la CIJ y las cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, sus facultades se enfocan a juzgar a los estados y no a las personas naturales, como ahora ya lo puede hacer la Corte Penal Internacional.

En efecto, en esta peculiar situación radica la importancia de dicho tribunal, lo que provoca un cambio radical en el mundo jurídico, constituyéndose en un pionero que, por su carácter supranacional y complementario, nos hace partícipes de esta experiencia que culmina con los empeños de muchos años, trasladándonos a una nueva dimensión jurídica.

Esta situación resulta comprensible para la conservación del ejercicio de la facultad soberana de los estados, expresando sin excepción en cada caso su ineludible compromiso de ser garante de la pronta y expedita administración de la justicia en su territorio, con sus propias instituciones, susceptibles de establecer una relación armónica para la debida aplicación de la ley en el país, sin afectar en este sentido su ejercicio soberano, al disponer de la estructura jurídica respecto de los delitos que son de la competencia de la CPI, al iniciar desde luego las investigaciones que se requieran, ya sea incorporando las conductas en su legislación interna o contemplando en ella el mecanismo para la aplicación directa de su Estatuto.

Este mecanismo internacional es un procedimiento que poco a poco será más accesible para el sistema jurídico de los estados, conforme adopten los instrumentos internacionales en materia de DH y DIH, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se dispone que cada Estado parte se compromete a implementar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el citado instrumento y de acuerdo con el procedimiento constitucional de cada Estado.

En el contexto del DIH, los convenios de Ginebra de 1949 establecen los principios y las normas humanitarias aplicables en los conflictos armados, y específicamente el artículo 49 del primer Convenio, que establece que las altas partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que deban aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves a su contenido.

Por su parte, la COIDH sostiene que en el Derecho de Gentes una norma consuetudinaria establece que un Estado que ratifica un tratado de DH tiene la obligación de introducir en su Derecho Interno las modificaciones necesarias para garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas. Esta norma es universalmente aceptada con respaldo jurisprudencial.

En este orden de ideas, se puede apreciar que el ER provoca una transformación en el DIDH y en el DIH, ya que influye en buena medida en el marco constitucional de los estados y, en consecuencia, también se presentan reacciones en las normas secundarias, tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo.

No obstante el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales, se considera que el ER tendrá una función determinante en los próximos años en la vida jurídica de la comunidad internacional, tomando en cuenta que la investigación, el enjuiciamiento y, en su caso, la condena de los responsables de los crímenes internacionales corresponde realizarlas a cada uno de los estados que lo adoptan, para lo cual resulta ineludible la incorporación, al sistema jurídico penal de los estados, los crímenes contemplados en este instrumento.

Finalmente, el objetivo consiste en combatir la impunidad respecto de los delitos previstos en dicho instrumento internacional, pues el propio ER establece que la CPI no pretende sustituir a los tribunales nacionales, sino actuar en forma complementaria. Así, sólo actuará en los casos en que éstos no puedan o no quieran actuar en la investigación de determinados hechos, lo cual implica que la estructura y el procedimiento implementado para la actuación de la CPI ponen en una situación de preeminencia a los tribunales nacionales, lo que indirectamente se traduce en que su competencia mantiene un respeto a la soberanía estatal, incluso en su alcance mundial y en el carácter permanente de su facultad jurisdiccional respecto de los crímenes de extrema gravedad.

Las expectativas que se visualizan en el ER son por demás interesantes tomando en cuenta las consideraciones siguientes: el carácter novedoso que tienen las facultades jurisdiccionales de la CPI; la función extraordinaria que se le otorga al CS en el ejercicio competencial de la Corte; la actitud asumida por algunos gobiernos que consideran a este tribunal internacional como una promesa para evitar los crímenes de extrema gravedad que tanto daño le han causado a la humanidad; y por último la postura de algunos estados que consideran a la Corte como un obstáculo, aspecto que será materia de análisis más adelante.

LA FLEXIBILIDAD DEL ESTATUTO  
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL  
COMO FACTOR DE ARMONIZACIÓN EN LA APLICACIÓN  
DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

No obstante esta diversidad de sistemas en la que se encuentra inmerso el presente tema jurídico, la sociedad mundial ha logrado avances importantes para encontrar un criterio aceptado universalmente a fin de lograr la institucionalización de un procedimiento formal así como la aplicación de

las sanciones de carácter penal mediante un órgano capaz de aplicar las normas que la propia sociedad diseñó y que paulatinamente está ratificando la mayoría de los estados mediante la figura de la CPI, institución que nace con la facultad de juzgar y de sancionar conductas de “personas naturales” en el territorio de cualquier Estado parte, incluso en el territorio de aquellos estados que aún no se han incorporado al Estatuto de Roma.

Este tribunal nace en un entorno internacional que anhela una justicia penal efectiva respecto de los delitos de carácter internacional,<sup>237</sup> ya que constituye la institución que tanto se ha buscado, en razón de las inestabilidades político-sociales que provocan las confrontaciones que permanentemente se encuentran presentes en diversos puntos del planeta, que si bien no constituyen fenómenos que surgen en esta época, ya que históricamente la vida del hombre se ha sujetado a una serie de confrontaciones, si le corresponde a esta sociedad la implementación de las medidas necesarias para evitarlos. En los últimos años, estos problemas se han traducido principalmente en dos guerras mundiales y en aproximadamente 250 conflictos armados nacionales e internacionales, cuyo resultado es alrededor de 150 millones de muertos, sin contar las violaciones sistemáticas a los DH de decenas de miles de personas.<sup>238</sup>

Con el Estatuto de la CPI se expresa la voluntad de la comunidad internacional mediante su ratificación o adhesión, por parte de aquellos estados que aceptan su competencia, que hoy en día constituyen mayoría en el contexto internacional.<sup>239</sup> Este tribunal surge cumpliendo con las formalidades que el Derecho Internacional exige, y viene a representar sin duda un parteaguas en este rubro de la administración de la justicia penal internacional, y que por el momento tendrá competencia respecto de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, previstos en el artículo 5, y descritos, respectivamente, en los artículos 6, 7 y 8 de su Estatuto, contando con esquema y competencia perfectamente definidos. Constituye, en sínte-

<sup>237</sup> Isabel Lirola Delgado, “La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,” en Francisco Javier Quel López (ccord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, 2000, p. 47.

<sup>238</sup> Agrega en este sentido el embajador Juan Manuel Gómez Robledo que en todos estos escenarios la gran mayoría de los culpables quedaron impunes, ya sea por intereses políticos o por la falta de una institución para juzgarlos, en “La Corte Penal Internacional”, *loc. cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>239</sup> José Luis Fernández Valoni, “Hacia el efectivo establecimiento de la Corte Penal Internacional,” *El Derecho*, Buenos Aires, año 39, núm. 10399, 28 de noviembre de 2001, p. 20.

sis, el tribunal penal de mayor alcance en la historia de la humanidad,<sup>240</sup> y es precisamente esta facultad la que ahora nos ocupa, en particular el procedimiento de su materialización.<sup>241</sup>

Es imperativo analizar la facultad jurisdiccional de este tribunal desde la óptica del sistema judicial penal doméstico por la necesaria subsistencia de la soberanía estatal, a fin de poder establecer si su implementación contribuye a la armonización del DPI con el Derecho Penal Interno, para lo cual se requiere efectuar un estudio integral, considerando el carácter complementario<sup>242</sup> de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales, la competencia de la Corte en cuanto a los delitos que puede conocer y las cuestiones de admisibilidad.

El carácter complementario de la Corte está diseñado para evitar su intervención en algún asunto en el que ya esté investigando la autoridad judicial de un Estado, lo cual está consagrado en el Preámbulo y en el artículo 1 del ER, al establecer que la Corte “tendrá carácter complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales”.

En cuanto a la activación de este tribunal para conocer de un determinado asunto, no se puede soslayar el sistema judicial de los estados partes, pues se debe establecer previamente si la jurisdicción interna inició trabajos de investigación o de enjuiciamiento del asunto que pretende conocer, a fin de evitar duplicidad de acciones jurisdiccionales sobre los mismos hechos, lo cual se puede interpretar como una incómoda injerencia en las funciones judiciales de un país determinado o, cuando menos, como una falta de coordinación entre la CPI y el poder Judicial del Estado involucrado.<sup>243</sup>

<sup>240</sup> Nicolás Cabezado Rodríguez, *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 21.

<sup>241</sup> Concepción Escobar Hernández, “La Corte Penal”, *loc. cit.*, p. 6. Precisa la profesora Escobar Hernández, que la Corte Penal Internacional es resultado de un prolongado proceso de debate en torno a la necesidad de constitución efectiva de una jurisdicción penal internacional, independiente de las jurisdicciones nacionales, con el propósito de eliminar la impunidad, o como diría Kai Ambos, de “no dejar resquicio a la impunidad”.

<sup>242</sup> John Holmes, *The principle of complementarity*, en Roy S. Lee, (cd.), *The International Criminal Court, the making of the Rome Statute*, Luwer Law International, La Haya, 1999, p. 49.

<sup>243</sup> Cfr. Concepción Escobar Hernández, “Veinticinco años de la Constitución de 1978: aspectos internacionales”, *Revista de Derecho Político*, España, núms. 58-59, 2003-2004, p. 839. Afirma ella, que en el plano teórico ha subsistido la polémica sobre la aplicabilidad de los tratados en las normas nacionales; sin embargo, en la jurisprudencia de los tribunales españoles, en especial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el tema está superado pues se admite la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las normas nacionales de carácter infraconstitucional.

En cuanto a la competencia de la Corte respecto de los delitos, se considera que la precisión de la competencia de este tribunal le da mayor certeza a que los estados acepten su jurisdicción, ya que de esta manera se descarta una intervención competencial ilimitada de este tribunal, pues si bien su competencia se limita a los delitos ya señalados en el citado instrumento internacional,<sup>244</sup> también estamos de acuerdo en que en el mundo del Derecho punitivo existe un pliego de mayor extensión de conductas jurídicamente reprochables que no están previstas en los documentos vigentes,<sup>245</sup> lo cual sugiere que el esquema que presenta el Estatuto puede permitir en todo momento un marco de pleno entendimiento entre la CPI y el poder Judicial de cada Estado parte.

Finalmente, entramos en la última etapa de este planteamiento, relacionado con el efecto que se produce con el establecimiento de la CPI, cuya sola existencia puede ser factor de armonización entre el DPI y el Derecho Penal Interno,<sup>246</sup> tal como se desprende de un análisis hecho desde la perspectiva

<sup>244</sup> El artículo 5 del Estatuto de la CPI indica que estos crímenes son genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. En el siguiente artículo se precisa que se entiende por genocidio, cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso: *a)* matanza de miembros del grupo; *b)* lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; *c)* sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; *d)* medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, y *e)* traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. El artículo 7 dispone que son crímenes de lesa humanidad, cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: *a)* asesinato, *b)* exterminio, *c)* esclavitud, *d)* deportación o traslado forzoso de población, *e)* encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, *f)* tortura, *g)* violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquiera otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, *h)* persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, etcétera, *i)* desaparición forzada de personas, *j)* el crimen de apartheid, y *k)* otros actos inhumanos de carácter similar. Por último, el artículo 8 describe en 50 tipos penales las diversas conductas que pueden *constituir los crímenes de guerra*.

<sup>245</sup> El artículo 5 del Estatuto de la CPI establece que la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, que son: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que entre en vigor la enmienda al Estatuto de Roma, mediante la Resolución RC/Res. 6 aprobada por consenso por la Asamblea de los Estados Partes, el 11 de junio de 2010, en cuyo artículo 8 bis se tipifica el delito.

<sup>246</sup> Cfr. Antonio Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 16 y ss. En este caso, el autor

de los artículos 11 y 17 del ER, en que se contienen, respectivamente, el principio de la irretroactividad y las cuestiones de admisibilidad.

En cuanto al primer punto, que constituye una de las garantías procesales de mayor valía para el inculpado, adquiere de manera indirecta importancia para un Estado en el momento de decidir sobre la aceptación de la competencia de la CPI, o para el desarrollo de su vida jurídica cotidiana una vez que sea parte del Estatuto, ya que también le da la certeza que este órgano de justicia penal internacional conozca de los hechos que tengan verificativo después de la entrada en vigor del Estatuto en su territorio, es decir, una vez que acepte su competencia.<sup>247</sup>

Por lo que se refiere al segundo rubro de esta tercera etapa relacionada con el procedimiento de activación del carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales, el artículo 17 del Estatuto precisa que será inadmisibles un asunto: 1) Cuando el Estado inicie una investigación sobre los hechos, salvo que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. 2) El asunto fue investigado por las autoridades nacionales correspondientes, salvo si no inician un proceso contra el acusado, o no exista la disposición de llevarlo a cabo o realmente no se pueda hacer. 3) El probable responsable fue enjuiciado por los mismos hechos y la Corte no pueda iniciar el juicio. 4) Que el asunto no sea de gravedad suficiente.

En síntesis, este artículo 17 establece que las jurisdicciones penales de los estados tendrán prioridad para conocer los hechos criminosos que tengan lugar en sus respectivos territorios, susceptibles de ser de la competencia de la Corte; y en el supuesto de que no puedan o no tengan la disposición de hacerlo, o inicien la investigación con el propósito de evitar que el acusado sea sometido a un juicio por otras autoridades jurisdiccionales, o que exista dilación injustificada, o que el proceso no se lleve a cabo de manera independiente e imparcial.

hace referencia a la compatibilidad entre las constituciones andinas y el ER, derivado del carácter complementario que se le ha dado a este instrumento internacional.

<sup>247</sup> Así lo dispone el artículo 11 del Estatuto de la CPI, al establecer que la Corte tendrá competencia respecto de aquellos delitos cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto, y cuando un Estado se hace Parte después de su entrada en vigor “la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”. Es decir, cuando un Estado que no es parte acepte la competencia de la CPI, deberá solicitar por escrito que acepta tal competencia.

De lo anterior podemos concluir que la CPI es un factor de armonización entre el DPI y el Derecho Penal Estatal.<sup>248</sup> Consagra en su Estatuto una disposición que indica que corresponde primeramente a los tribunales nacionales conocer de un determinado asunto que se presente en su territorio, y en el supuesto de que se actualice alguna cuestión de admisibilidad, o hipótesis de inactividad por parte de los tribunales del Estado,<sup>249</sup> se abre la posibilidad de que la CPI intervenga para conocer, juzgar y, en su caso, condenar a la persona natural responsable de los hechos.<sup>250</sup>

Asimismo, se establece claramente que este órgano de justicia funge como factor de armonización entre el DPI y el Derecho Penal Interno, ya que sin tener el carácter de superior jerárquico de tribunal alguno, no se desprende de su esquema jurídico el propósito de suplir a los órganos de justicia nacionales, sino que se mantendrá a la expectativa de los eventos probablemente criminosos y únicamente activará su facultad jurisdiccional en casos en que el Estado correspondiente no tenga la voluntad de conocer determinado asunto, o no tenga la capacidad para actuar con la imparcialidad y la autonomía que la sociedad exige. De manera que la Corte, además de realizar una función armonizadora en la procuración y administración de justicia, por cuanto hace a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra,<sup>251</sup> se instituye como garante de la justicia penal planetaria.

<sup>248</sup> Así se desprende de la lectura del artículo 1, al establecer que la Corte tendrá carácter complementario de las jurisdicciones nacionales.

<sup>249</sup> Así lo dispone el artículo 17 del Estatuto de Roma, al señalar que la Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo, del Preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él, y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) la persona de que se trate, haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20, y d) el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

<sup>250</sup> Esta situación resulta congruente con el espíritu del Estatuto de la CPI, al establecer en el cuarto párrafo de su Proemio: afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

<sup>251</sup> Alicia Gil Gil, *Derecho penal, op. cit.*, p. 112.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

*Primera.* Ante la inercia de las actuales disposiciones del DIDH, se aprecia una aplicación progresiva del DPI a nivel planetario; y ante la adopción del ER, que define los delitos internacionales sobre los que en primera instancia corresponde conocer a los tribunales nacionales, la CPI viene a fungir como un factor de armonización entre el DPI y el Derecho Penal Estatal, ya que consagra en su Estatuto una disposición que indica que corresponde primeramente a los tribunales nacionales conocer de un determinado asunto que se presente en su territorio, y en el supuesto de que se actualice alguna de las hipótesis de incumplimiento por parte de los tribunales del Estado, se abre de inmediato la posibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional.

*Segunda.* En este breve lapso de vida de la CPI se ha observado el deseo de un sector de la comunidad internacional por otorgarle una auténtica autonomía en su función jurisdiccional; sin embargo, han predominado los planteamientos de algunos estados que se han caracterizado en la política internacional como actores que persisten en desapegarse del principio del respeto a las soberanías estatales y al reconocimiento de la igualdad de derecho entre naciones grandes y pequeñas.

*Tercera.* La CPI nace en medio del fenómeno de la progresividad del Derecho Penal con un funcionamiento incipiente, sustentado en una estructura jurídica armonizable con las legislaciones nacionales, permitiendo vislumbrar en el corto plazo una promisoriosa evolución, a medida que sean flexibilizados los factores políticos que subsisten en su entorno, para otorgarle la autonomía que requiere en su encomienda jurisdiccional.

*Cuarta.* La flexibilidad que presenta el ER para la activación de la competencia de la CPI responde a la preocupación de algunos estados por considerar que el cumplimiento de su encomienda jurisdiccional se puede traducir en un deterioro de su soberanía; sin embargo, se aprecia que tal situación puede responder a la misma actitud que se asume ante su adopción, esto es, que el Estado parte podría sentirse afectado en su soberanía por la posible activación de la competencia de la CPI en su territorio, si se mantiene pasivo ante su incorporación al ER por no implementar las acciones necesarias para cubrir su territorio nacional con un efectivo manto jurídico.

*Quinta.* La UE se inspira en sólidos principios de integración y desarrollo sustentable, incorporando permanentemente en su estructura las normas protectoras de DH, no sólo desde una visión interna, sino ocupándose de

ellos allende sus fronteras y fortaleciendo aun más su universalización, lo que nos permite sostener que esta organización supranacional ha simbolizado, desde su creación, una plataforma de proyección del DPI, un custodio de su incipiente funcionamiento y un garante de su evolución.

*Sexta.* En un enfoque distinto, la adopción del Estatuto y su debida incorporación al orden jurídico de un Estado puede representar un acto internacional que fortalezca su soberanía nacional al adoptar una actitud proactiva ante este compromiso, con la implementación de las acciones legislativas específicas y al revisar y, en su caso, fortalecer su estructura judicial otorgando mayor capacitación a los encargados de la procuración y administración de la justicia penal nacional.

*Séptima.* Lo anterior se entiende desde la idea de la armonización que presenta el ER para la aplicación del DPI a través de la CPI, esto es, que no debe provocar cambios radicales en el esquema funcional de los estados, sino que la estructura del poder público debe ajustarse a las evoluciones naturales de la sociedad mediante el establecimiento de las instituciones necesarias y la actualización de sus sistemas jurídicos, privilegiando los principios penales reconocidos y aceptados internacionalmente.

*Octava.* Para un desarrollo integral del fenómeno de la progresividad, se requiere que la implementación de estas acciones se realice desde diferentes niveles: cada organismo en su jurisdicción, cada Estado en su territorio y cada sistema en su comunidad, ajustándose cabalmente a su marco jurídico vigente. Con la presencia de la CPI, aun con su carácter complementario, se espera un efecto de fortalecimiento en esas estructuras de justicia.

*Novena.* La UE constituye hoy en día el sector mundial que de manera directa o indirecta impulsa a la CPI, lo cual no responde a factores circunstanciales ni a la repentina idea de la implementación de un órgano de justicia de esta naturaleza, y menos aún a la de establecer un punto referencial para confrontarse en este contexto jurídico con otro sector del planeta. Por el contrario, la esencia de la función que se encomienda a este tribunal internacional es congruente con las características que presenta el marco jurídico-social de esta institución comunitaria.