

RAP 105, septiembre-diciembre de 2000

LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA¹

Sergio García Ramírez

1. INTRODUCCION

El establecimiento de una jurisdicción penal internacional constituye un antiguo anhelo, vinculado inicialmente al propósito de combatir la impunidad, y luego al objetivo de procurar la más amplia tutela de los derechos humanos, habida cuenta de las graves violaciones perpetradas en guerras mundiales y regionales, e igualmente en conflictos armados de carácter interno. Este proyecto justiciero, que hoy cristaliza en la Corte Penal Internacional dispuesta por el Estatuto (Convención) de Roma, de 1998, tiene antecedentes mediatos e inmediatos en el siglo XX. Entre los primeros figuran el proyecto de juzgamiento de quienes cometieron crímenes muy graves en la Primera Guerra Mundial -específicamente, el exkáiser Guillermo, cuyo juicio se previó en el Tratado de Versalles-, y los procesos de responsables de conductas ilícitas de suma gravedad en la circunstancia de la Segunda Guerra Mundial (Tribunales de Núremberg y Tokio); y entre los segundos cuentan los tribunales penales instituidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para conocer de crímenes realizados en el territorio de la antigua Yugoslavia y en Ruanda.

La Conferencia de Plenipotenciarios convocada por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Roma, en 1998, expidió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ahora (año 2001) se encuentra en proceso de ratificación. Entrará en vigor cuando cuente con sesenta ratificaciones. México, que se abstuvo de votar en Roma, suscribió finalmente el Convenio, ad referendum, el 7 de septiembre de 2000. La delegación mexicana que asistió a la Conferencia de Roma y quienes han estudiado posteriormente este instrumento internacional coinciden en señalar que la ratificación de éste implica la reforma de la Constitución General de la República, sea a través de cambios en un buen número de preceptos -disposiciones que contienen garantías individuales o normas incluidas en la parte orgánica de nuestra ley fundamental- o por medio de una sola reforma de amplio alcance -como la que introdujo Francia, con el mismo propósito, en su propia Constitución-, que "legítimamente" la incorporación de nuestro país en la nueva jurisdicción penal internacional.

¹ En este trabajo se reproduce, en sus aspectos fundamentales, la exposición del autor en el ciclo de conferencias para defensores y asesores del Instituto Federal de la Defensoría Pública, Palacio de Justicia, México, D.F., 3 de julio de 2001.

En este trabajo examinaré algunos puntos centrales del régimen que instituye la Convención mencionada, con particular énfasis en los aspectos que traen consigo problemas de diverso orden a la luz de la legislación mexicana, sea constitucional, sea penal secundaria. Conviene advertir que la Corte Penal Internacional (CPI) ejerce una jurisdicción subsidiaria o complementaria de la nacional, esto es, sólo actúa cuando no lo hace -adecuadamente- la justicia doméstica, a diferencia de los tribunales para la exYugoslavia y Ruanda, que excluyen el conocimiento por parte de la justicia nacional. Este carácter complementario de la jurisdicción internacional constituye uno de los rasgos de mayor relevancia para nuestro tema.

2. *COMPETENCIA RATIONE PERSONAE*

La jurisdicción de la Corte, con todas sus consecuencias, se extiende sobre personas humanas: individuos mayores de 18 años (artículo 26). Este es uno de los datos centrales de la justicia penal internacional, que no ha debido atravesar el largo recorrido histórico cumplido por la justicia penal nacional, que alguna vez se ejerció sobre objetos, seres inanimados, efigies, restos humanos. Ahora bien, una fuerte corriente propugna la consideración penal del Estado, ya no a título de responsable de la conducta de sus agentes -u otras personas que actúan con su complacencia o patrocinio- por violación de derechos humanos, lo cual nutre la competencia personal y material de las cortes de esta especialidad, sino también en calidad de responsable por los delitos cometidos.

Existe un proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, de 1980, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Ese documento contempla ilícitos de dos categorías -conceptos que han incorporado, de tiempo atrás, varios códigos penales, entre los que no figura el mexicano-, a saber: crímenes y delitos. El artículo 19 del proyecto considera crimen internacional al "hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto". A su turno, los delitos son infracciones menos graves que los crímenes.

3. *COMPETENCIA RATIONE TEMPORE*

Este rubro se refiere a los hechos de los que conocerá la Corte en función del momento en que fueron realizados. El artículo 11 estatuye la capacidad de conocer sobre crímenes cometidos después de que ha entrado en vigor la Convención. No existe, pues, retroactividad para el ejercicio de la jurisdicción internacional, obviamente sin perjuicio de que la justicia nacional sancione las conductas punibles bajo su propia legislación. Si el Estado se constituye en parte después de que ha entrado en vigor el Estatuto, es decir, si no figura entre los Estados que suscriben y ratifican esta Convención dentro del grupo de los sesenta necesarios para el inicio de su vigencia (artículo 126), como pudiera ser el caso de México, la Corte Penal Internacional ejercerá su jurisdicción por lo que atañe a crímenes cometidos: a) después de la vigencia general del Estatuto con respecto a

ese Estado, o bien, b) antes de dicha vigencia general, si el Estado aceptó la aplicación del Estatuto con respecto a determinados casos.

Desde luego, sobre este punto se puede proyectar la clasificación de los delitos en función del momento ejecutivo, esto es, del momento en que se consuma el delito. No hay problema en cuanto a los delitos instantáneos; puede haberlo en lo que concierne a los continuados y a los continuos o permanentes. Si la consumación de éstos, realizada en la época en que el Estado no era parte o no había aceptado la jurisdicción casuística de la Corte, prosigue cuando ya se ha presentado alguna de estas hipótesis, la Corte podrá conocer del asunto. En el caso de los continuados -que son, en rigor, varios delitos-, la Corte conocerá solamente de los hechos que en si mismos sean constitutivos de delito, realizados después de la vigencia general o especial del Estatuto con respecto al Estado parte o al Estado que admite la aplicación específica de aquél, respectivamente.

4. COMPETENCIA RATIONE MATERIAE

A) Consideración general

La competencia material de la CPI se integra con cuatro conceptos actuales y uno futuro, anunciado y acaso cercano. Aquéllos son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (los tres, artículos 5 y siguientes) y delitos contra la administración de justicia cometidos con motivo del enjuiciamiento penal internacional (artículo 70). Integran el ámbito de competencia material inmediata. No podemos hablar en todos estos casos de delitos, propiamente, sino de familias delictivas o categorías criminales; cada una puede ser analizada en numerosas figuras -otros tantos tipos-, tomando en cuenta para ello las nutridas referencias específicas a sujeto pasivo, medios de comisión, daño causado, peligro corrido, etcétera.

Los delitos mencionados por el artículo 5 y analizados en los artículos 6 a 8 -sucesivamente, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra- se hallan en el ámbito del *jus cogens*, es decir, esas normas incorporan obligaciones a las que ningún Estado puede sustraerse, bajo los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como ha subrayado el profesor Cheriff Bassiouni. Habrá quien sostenga que el *jus cogens* es un espacio del Derecho natural, de validez incondicionada, universal y constante, o quien asegure que se trata de la codificación pactada por la comunidad internacional, obligatoria en los términos de la proclamación que se haga y la obligación -inderogable- que se adquiera, a la que no podrían sustraerse luego los miembros de esa comunidad. Sea lo que fuere, la formulación de estos delitos traduce las más firmes y arraigadas convicciones de la humanidad, producto de una cultura y unos principios ampliamente compartidos. Las diferencias en cuanto a la naturaleza del *jus cogens* no suprimen esas características, que son suficientes para justificar la consagración de tipos y penas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Conviene mencionar en este punto que algunos analistas mexicanos de las descripciones penales incorporadas en el Estatuto han expresado atendibles opiniones críticas. Se ha

hecho notar, con énfasis, que la formulación de tipos es, en general, muy defectuosa. No satisface el principio de legalidad estricta en materia penal que establece el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, una legalidad que no sólo mira hacia la sentencia (dado que se prohíbe "imponer" penas que no estén decretadas "por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate"), sino también hacia la ley penal misma, cuyas fórmulas deben ser cuidadosas y rigurosas. Sobre este punto hay una generalizada corriente doctrinal.

En este juicio inquietante se ha invocado el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expuesto como sigue: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República" (Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, Tesis: P. IX/95, p. 82).

También se ha dicho que en la mayoría de los casos previstos en la Convención se trata de tipos complementados, pero a menudo se carece de los tipos básicos indispensables para la elaboración de aquéllos. Se manifiesta, además, que la frecuente exigencia de elementos subjetivos en los tipos penales trae consigo un amplio espacio para que la discrecionalidad del juzgador. Por último, se advierte que la descripción típica es prolija, a la manera anglosajona -una forma exuberante, casi "angustiosa", que pugna por agotar todas las posibilidades de la realidad-, que incorpora especificaciones innecesarias acerca de extremos concernientes a las formas de autoría y participación, tentativa punible, circunstancias de modo, resultado típico, etcétera, que bien podrían excluirse de los tipos y remitirse a otras partes del ordenamiento o concentrarse en giros menos casuísticos. Líneas arriba me referí a este mismo asunto al examinar el régimen del Estatuto por lo que toca a responsabilidad penal individual (artículo 25).

Adelante mencionaré en qué casos recoge la ley penal mexicana -el Código Penal Federal (en lo sucesivo, Cpf.), al que me atenderé en esta exposición, u otro ordenamiento interno- los crímenes previstos en la Convención de Roma. Es pertinente señalar desde luego que el texto original del Código Penal, expedido en 1931, integró el Título Tercero del Libro Segundo con los "Delitos contra el Derecho internacional". Bajo este rubro genérico quedaron varios capítulos, a saber: I, "Piratería" (artículos 146 y 147); II, "Violación de inmunidad y

de neutralidad" (artículo 148), y III, "Violaciones de los derechos de humanidad en prisioneros, rehenes, heridos u hospitales" (artículo 149). Hoy día, al cabo de una reforma introducida en 1970, el sistema es diferente. El Título Segundo de aquel Libro corresponde todavía a "Delitos contra el Derecho internacional", que son, bajo el mismo ordenamiento: "Piratería" (capítulo I, artículos 146 y 147) y "Violación de inmunidad y de neutralidad" (capítulo II, artículo 148). En seguida aparece el Título Tercero, con el rubro agregado de "Delitos contra la humanidad", y en ese marco se ubican las "Violaciones de los deberes de humanidad" (capítulo I, artículo 149) y el "Genocidio" (capítulo II, artículo 149 bis). Evidentemente la clasificación es defectuosa -como ocurre en distintos puntos del código-, pues los delitos no se agrupan en función del bien jurídico vulnerado: en el primer caso se alude al orden jurídico afectado, el Derecho internacional, y en el segundo, al sujeto pasivo de la infracción, la humanidad.

Corresponde mencionar ahora el problema que surge por las diferencias que median entre la legislación nacional y el Derecho internacional -éste más desarrollado que aquél, bajo el Estatuto de la Corte, en lo que respecta a la descripción de comportamientos punibles en la materia que ahora nos ocupa- cuando la conducta incriminable se halla prevista en el Estatuto, pero no en el Código Penal mexicano o en leyes penales especiales. El tribunal mexicano, órgano de jurisdicción original y preferente conforme al principio de subsidiariedad o complementariedad, ¿podría juzgar al delincuente, o tendría que abstenerse de hacerlo -en virtud de no existir tipo penal en la ley interna- y dejar que el juicio se haga por la CPI? Obviamente, esta cuestión no se contrae a los tribunales, sino se plantea desde la investigación y persecución mismas de los hechos, a cargo del Ministerio Público nacional, que debe acreditar el cuerpo del delito -elementos contenidos en la descripción legal de la conducta punible- como condición para ejercitar la acción penal. Desde luego, este planteamiento supone que México ha ratificado la Convención de Roma o ha aceptado la jurisdicción de la Corte en un asunto determinado.

En condiciones ordinarias, se diría que la falta de tipificación de cierta conducta paraliza cualquier actuación persecutoria del Estado, por imperio de la regla *nullum crimen sine lege*. Esto no sucede en el presente caso, porque resultaría aplicable el artículo 6 del Código Penal Federal, en sus dos vertientes: a) el primer párrafo de ese precepto señala que "cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo".

La recepción de los tratados en ese párrafo -una recepción que no se previó en el texto original del Código Penal Federal- fue producto de la reforma penal del 29 de diciembre de 1984, publicada el 14 de enero de 1985. Esa disposición se sustenta en el artículo 133 constitucional, que acoge los tratados internacionales como parte de la ley suprema de la Unión. Por ende, el juzgador mexicano podría -mejor aún, debería- aplicar

directamente el Estatuto de la CPI, en lo que respecta a los tipos considerados y a las penas previstas en éste. De tal suerte, se mantendría firme el principio de juzgamiento sólo subsidiario o complementario -pero no primordial- por parte de la jurisdicción penal internacional; y b) el segundo párrafo especifica que "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general", y en tal virtud el posible concurso de normas nacionales e internacionales, se resolvería a favor de la que revista ese carácter de especialidad, que probablemente sería la internacional.

Ahora bien, lo que aquí se manifiesta corresponde a delitos sujetos a la jurisdicción mexicana ordinaria; la especial debe analizarse en sus propios términos tanto en lo que toca a tipos y penas como en lo que concierne a sujetos, porque aquélla no podría adquirir, por obra del Estatuto, una competencia material y personal de la que carece y acerca de la cual no existe solución alguna en la propia Convención de Roma.

Hay cuestión cuando la norma internacional aplicable inmediatamente por el juez mexicano agrava la situación del procesado. En esta circunstancia, el juzgador nacional se vería en el caso de aplicar la disposición interna más benévola, si la conducta punible ocurrió antes de que el Estatuto -con sus fórmulas típicas y punitivas- adquiriese vigencia en México. Si ocurrió después, deberá aplicar la disposición más severa de la Convención de Roma. No se plantearía el tema de la irretroactividad desfavorable: el Estatuto, que entró en vigor -esa es la hipótesis que aquí se supone- antes de los hechos punibles, es *lex posterior* y por ello se halla a cubierto de objeciones vinculadas a la retroactividad de una norma penal tipificadora que proscribe terminantemente el primer párrafo del artículo 14 constitucional.

B) Crímenes

a) Genocidio

El genocidio es la conducta delictiva más grave y característica del nuevo Derecho penal internacional. El 11 de diciembre de 1946, poco después de concluida la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró que el genocidio constituye un crimen bajo el Derecho internacional. El 9 de diciembre de 1948 se suscribió en Nueva York el Convenio sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, cuyo artículo 2 describe este crimen. Por su parte, el artículo 6 del Estatuto de la CPI recoge literalmente el texto de dicho convenio.

A los supuestos de genocidio captados específicamente y limitativamente en el artículo 6 del Estatuto, es preciso agregar la hipótesis que se desprende de las reglas de responsabilidad del artículo 25. 3, e), que sancionan, "respecto del crimen de genocidio, (a quien) haga una instigación directa y pública a que se cometa".

Por otra parte, el delito de genocidio considera un elemento subjetivo común proyectado sobre todos los actos incriminados: que éstos se realicen “con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal” (artículo 6).

El artículo 149 bis del Código Penal Federal, agregado por decreto del 27 de julio de 1970, publicado en el *Diario Oficial* del 29 de los mismos mes y año, incrimina el genocidio. Sin embargo, no lo hace exactamente en los términos del convenio de 1948, y por lo mismo difiere del Estatuto de la CPI. Analiza separadamente diversas hipótesis, que sanciona con penas diferentes. El delito se agrava en caso de que los agentes sean servidores públicos. Convendrá revisar la versión mexicana del genocidio para evitar problemas y dudas derivados de la diversidad de fórmulas en Derecho internacional y Derecho nacional. La identidad de normas contribuirá a evitar cuestiones derivadas de los principios de persecución compartida y subsidiariedad.

b) *Crímenes de lesa humanidad*

El artículo 7 del Estatuto se refiere a los crímenes contra la humanidad. Esto se halla en la línea de la Carta de Núremberg, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal para la exYugoslavia y el artículo 3 del correspondiente a Ruanda. En esta parte, la Convención de Roma incluye extremos tales como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, privaciones ilícitas de libertad, tortura, diversos ataques sexuales, persecuciones de grupos o colectividades, desaparición forzada, *apartheid* y “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”(artículo 7.1, diversos incisos).

No basta, sin embargo, con la simple realización de esos actos, que pudieran cometerse de manera aislada y sin conexión con cierto propósito o determinado programa. Dice el Estatuto que aquéllos constituyen crímenes de lesa humanidad “cuando se cometa(n) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (artículo 7.1). Se requiere, en consecuencia, un dato objetivo: la integración del acto en el marco del ataque generalizado o sistemático, y uno subjetivo: el conocimiento que tenga el actor acerca de la existencia y naturaleza del ataque. La acción ocurre, consecuentemente, en el contexto de una política. De ahí que Cheriff Bassiouni explique: “El elemento político es el elemento jurisdiccional que convierte en crímenes internacionales unos crímenes que de otro modo serían unos crímenes internos”.

En este ámbito, el párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto ofrece definiciones sobre varias de las hipótesis -pero no todas- que enuncia el párrafo 1. Tómese en cuenta que existen tratados internacionales u otros instrumentos que describen algunas de estas conductas; así, a propósito de la esclavitud (artículo 7.1, c), Convenio sobre la represión de la esclavitud, del 25 de septiembre de 1926, Protocolo de enmienda del Convenio sobre represión de la esclavitud, del 7 de diciembre de 1953, y Convenio complementario al

Convenio sobre represión de la esclavitud, del 7 de septiembre de 1956; en lo que respecta a tortura (artículo 7.1, f), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 10 de diciembre de 1984 (además de los convenios europeo y americano); en lo que atañe a desaparición forzada (artículo 7.1, i), Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133, del 18 de diciembre de 1992 (además de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, del 9 de junio de 1994); y en lo que toca al *apartheid*, Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, del 30 de noviembre de 1973.

En ciertos casos, las caracterizaciones sobre crímenes de lesa humanidad coinciden con las correspondientes a supuestos de genocidio, lo cual suscita el tema de la absorción, o bien, el concurso, que no examinaré ahora. Tal sucede, por ejemplo, con la descripción del exterminio, que comprende "la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población" (artículo 7.2, b). También ofrece aspectos interesantes el deslinde -y el posible concurso- entre ciertos extremos del genocidio y algunos del *apartheid*.

Entre los principios penales que el Estatuto acoge expresamente figura la legalidad. Esta rechaza la integración analógica y supone un rigor que no siempre conserva el Estatuto, como se ve en hipótesis específicas de los crímenes de lesa humanidad. En efecto, el artículo 7.1 sanciona "la violación, esclavitud sexual, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable (inciso g); igualmente, en la fórmula genérica del inciso k) prevé el castigo de "otros actos inhumanos de carácter similar (a los establecidos en los diversos incisos del párrafo 1) que causen intencionalmente grandes sufrimientos".

En lo que respecta a la legislación mexicana, el Cpf. incluye, como antes se dijo, un capítulo sobre delitos de lesa humanidad, cuyo contenido es sumamente reducido. Empero, difícilmente se podrían recoger todas las hipótesis que ofrece el Derecho internacional en un solo capítulo del Código local, tomando en cuenta la diversidad de aquéllas en lo que respecta a bienes jurídicos protegidos. Otros ordenamientos recogen supuestos que coinciden, en mayor o menor medida, con los previstos en el Estatuto, como el Código penal, en materia de homicidio (pero el Estatuto se refiere al asesinato) y violación sexual; la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (cuyo artículo 3 asocia el acto del maltrato con la finalidad que persigue el agente: inquisitiva, intimidatoria o punitiva) y Ley General de Salud (que considera alguna variedad del embarazo forzado recogido por el Estatuto en el artículo 7.1 con caracterización en el párrafo 2.f). En fin, no hay duda sobre la utilidad de ajustar la ley mexicana bajo las disposiciones de la Convención de Roma. Una parte de esta tarea se podría cumplir a través de la calificación de los delitos cometidos, con la misma nota que propone el Estatuto: los actos ocurren en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Empero, este problema no es mayor:

el Ministerio Público y los tribunales mexicanos deben observar las disposiciones del Estatuto.

c) Crímenes de guerra

En este rubro, la Convención de Roma acoge los principios y normas de los Convenios de Ginebra, de 1949, y sus Protocolos I y II, de 1977. Este es el ámbito del Derecho humanitario, otra de las expresiones modernas del orden jurídico internacional concerniente a la tutela de los individuos, junto con el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional de los desplazados y refugiados.

Dado que los crímenes a los que ahora me referiré se realizan en el marco de conflictos que muestra diversas características, es útil recoger la opinión de observadores que han examinado estos hechos en una parte de su versión contemporánea. Los conflictos que últimamente han proliferado son de carácter interno, en su mayoría, lo cual plantea problemas a una organización -Naciones Unidas- concebida para resolver disputas entre Estados, como lo manifestó la Secretaria de Relaciones de México, Rosario Green, en intervención ante la Asamblea General de esa organización, el 23 de septiembre de 1999. Los conflictos internos a los que se alude son caracterizados bajo un concepto que ha evolucionado: "amenazas para la paz y la seguridad internacionales". Además, es importante subrayar la nueva presencia de los civiles en conflictos armados; aquéllos se han convertido en el principal objetivo de las operaciones militares. Por último, es preciso advertir que la acción humanitaria, desplegada conforme a su verdadero carácter, busca atender las consecuencias de los conflictos, no sus causas, como lo hizo notar el Vicepresidente del Comité Internacional de la Cruz Roja en el IX Seminario sobre Derecho internacional humanitario para Diplomáticos acreditados en Ginebra, el 8 de marzo del 2000.

En este punto, el Estatuto enuncia varias categorías de actos, que luego se analizan detalladamente. Dichas categorías corresponden, a su vez, a dos grandes vertientes: actos en contiendas de carácter internacional y actos en contiendas internas. El conjunto se presenta como sigue: A) "Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949" (artículo 8.2. a); B) "Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho internacional" (artículo 8.2. b); C) En conflictos armados no internacionales, "las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949" en relación con varios actos registrados por el mismo precepto, "cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa" (artículo 8.2, c); y D) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional" (artículo 8.2, e).

Es interesante observar el alcance que puede tener la expresión “graves” que utiliza el artículo 8 en todas las categorías que acabamos de mencionar. Esto propone interrogantes. ¿Son punibles todas las conductas enunciadas, que se integran en la lista -me refiero a los extensos catálogos que suministra cada inciso del párrafo 2- precisamente por su gravedad? Efectivamente, en la gran mayoría de los casos esas conductas son graves por sí mismas. O bien, ¿son punibles sólo aquellas conductas que corresponden a las descripciones de la lista y que en la especie sean consideradas graves por la Corte? Tiene sentido la cuestión si se observa que al lado de aquella mayoría de actos graves en cualquier caso (asesinato, violación, tortura, etcétera), hay otros en que la conducta descrita genéricamente puede revestir diversa gravedad; así, por ejemplo, ataques contra objetos civiles, ataques contra monumentos. Por otro lado, conviene tener en cuenta la solución que derivaría de la no admisibilidad de casos cuando el asunto no revista gravedad (artículo 17.1, d). Esta exclusión tiene alcance genérico: no se restringe a los crímenes de guerra.

En torno a este mismo punto, no sobra observar la expresión equívoca del artículo 8.1 de la Convención -precepto que reitera la competencia de la Corte sobre crímenes de guerra-, que bajo cierta interpretación podría sugerir un límite a la persecución internacional de estos delitos, no obstante la extrema gravedad de la gran mayoría de las hipótesis punibles. Se dice, en efecto: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra *en particular* cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. *A contrario sensu*, ¿no será punible el hecho, bajo la jurisdicción de la CPI, cuando no exista esa inserción?

Es pertinente poner de relieve la aplicabilidad del Estatuto a los “conflictos armados que no son de índole internacional”, esto es, “a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos” (artículo 8.2, f, caracterización que el Estatuto no dirige a los actos violatorios del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, sino a los “otros actos graves” que también sanciona la Convención de Roma). Aquella definición -advierten los analistas de la materia- no proviene del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, sino de la decisión adoptada por la sala de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia en el caso Tadic, primer asunto del que tuvo conocimiento.

El artículo 1 (acerca del ámbito de aplicación material) del Protocolo II adicional (relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional) a los Convenios de Ginebra, dispone que éste se aplique a los conflictos no contemplados por el Protocolo I (acerca de conflictos armados internacionales) “y que se desarrollan en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

Esta aplicabilidad cesa en determinados casos. Efectivamente: a) no abarca “situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar”, en relación con las infracciones al artículo 3 común y con los “otros actos graves” en conflictos internos (artículo 8.2, d y f); b) por otra parte, “nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo” (artículo 7.3). Llama la atención que esta última precisión se relacione solamente con las normas vinculadas a la violación del artículo 3 común -precisamente el párrafo 2, incisos c) y d)-, no así con las vinculadas con “otros actos graves” -a los que se refiere el mismo párrafo 2, pero en los incisos e) y f)-.

La delegación mexicana que concurrió a la conferencia de Roma propugnó la inclusión del uso de armas de destrucción masiva (químicas, bacteriológicas y nucleares) entre los crímenes de guerra. Extraña que se hable de veneno y armas envenenadas (artículo 8.2, b, xvii, que se limita a mencionar, literalmente “veneno o armas envenenadas”, sin referencia a la conducta que se relaciona con aquella sustancia o estos medios), que corresponden a formas primitivas de combate, y no a las armas nucleares, que son la gran amenaza -o más que amenaza- en nuestro tiempo.

En cierto modo pudiera incorporarse ese género de armas en el supuesto -que es crimen de guerra- de lanzamiento de ataques que causen pérdidas excesivas o daños extensos, duraderos y graves (artículo 8.2, b, iv), lo cual podría abarcar el caso de las armas nucleares. Empero, esta posibilidad se neutraliza cuando la Convención incrimina, en el mismo artículo 8. 2, aunque en un inciso diferente (b, xx), el empleo de “armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones” relativas a las reformas al Estatuto. Es preciso, pues, que exista ese anexo para que el uso de ciertas armas -las nucleares, por ejemplo- sea considerado como crimen de guerra. Una vez más se han puesto a salvo los actos de potencias que disponen de armas nucleares, que ciertamente no son muchas.

Algunos analistas de esta materia han sostenido que la proscripción e incriminación del uso de armas nucleares hallaba sustento en la resolución 1653 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que declaró ilegales las armas de esa naturaleza, así como en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, del 8 de julio de 1996, cuando ésta sostiene que “la amenaza o el uso de armas nucleares sería en general contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, y en particular, a los principios y normas del derecho humanitario”. Empero, la opinión consultiva no desecha, radical y absolutamente, el empleo de aquellas armas; deja a la vista la

posibilidad de utilizarlas en casos de autodefensa extrema, cuando se halle en riesgo la supervivencia misma de un Estado.

En el caso de los crímenes de guerra rige una salvedad excepcional -y ciertamente insatisfactoria- al sistema general de vigencia y aplicación del Estatuto. Cualquier Estado, al hacerse parte en éste (no en otro momento) "podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 (crímenes de guerra) cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio" (artículo 124).

Causa profunda extrañeza, por lo menos, semejante excepción al marco jurídico que pretende instituir y afianzar la Convención de Roma. No existe salvedad igual en lo que toca al genocidio y a los crímenes de lesa humanidad, ni debiera existir en el caso de los crímenes de guerra. ¿Qué razón jurídica o ética habría -no indago sobre las razones políticas- para excluir de la aplicación del Derecho penal internacional a los criminales de guerra, olvidando que en el origen de la justicia penal internacional se halla, precisamente, el clamor contra este género de ilícitos? Difícilmente se podría diferir de quienes señalan que esta disposición ha buscado poner a salvo a potenciales -o actuales- delincuentes que pueden disponer de la fuerza militar para incurrir en crímenes de aquella naturaleza.

El desgano con el que seguramente se aprobó la inquietante salvedad, se proyecta sobre otros extremos del artículo 124. Por partida doble se alienta la rectificación. Así, se dice que "la declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento"; y se añade que lo dispuesto en tal precepto "será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123", que ordena al Secretario General de las Naciones Unidas convocar dicha conferencia siete años después de que entre en vigor la Convención de Roma, para examinar posibles enmiendas a ésta. Esta será, conforme al artículo 123, la primera conferencia de ese género; podrá haber otras, sin intervalos prefijados, con posterioridad a aquella.

La situación de la ley penal mexicana es particularmente deficiente en este campo. Hay supuestos asilados; así, en el Código Penal, hipótesis que se sancionan con penas leves, como violaciones de los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos o en los hospitales de sangre (artículo 149, correspondiente a "Delitos contra la humanidad"); y en la Ley General de Salud, práctica ilícita de experimentos médicos o científicos, mencionada por el artículo 8.2, b), x, del Estatuto, y que encuadra en el artículo 465 de aquel ordenamiento mexicano.

Algunos comentaristas del Estatuto de la CPI en su relación con la ley penal mexicana, sostienen que es preciso complementar aquélla con las disposiciones del Estatuto, considerando asimismo las estipulaciones sancionadoras de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que traen obligaciones legislativas -no atendidas- y jurisdiccionales

para nuestro país, como son: artículos 49 y 50 del Convenio (I) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 50 y 51 del Convenio (II) para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 129 y 130 del Convenio (III) relativo al trato de los prisioneros de guerra, y 146 y 147 del Convenio (IV) relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

He sostenido esta misma posición en trabajos anteriores sobre la jurisdicción penal internacional y la legislación mexicana. Sin embargo, considero que no es absolutamente necesario hacer la adecuación que se menciona para que los tribunales mexicanos puedan conocer de estos delitos y sancionar a los responsables, y de esta suerte afianzar el principio de subsidiariedad de la CPI a favor de la justicia mexicana, so pena de que aquellos ilícitos queden siempre sujetos sólo a la jurisdicción internacional y nunca a la mexicana, por la deficiencia de nuestra ley nacional a este respecto. En efecto, como dije líneas arriba, la Convención de Roma -una vez ratificada por México- formaría parte de la ley suprema de la Unión, y por ello sería posible -e inclusive necesario- aplicarla directamente en nuestro país por parte de la jurisdicción mexicana que corresponda en virtud del sujeto que cometa el crimen: la militar o la ordinaria. En lo que toca al sistema ordinario, cualquier duda se resuelve en los términos del artículo 6 del Código Penal federal, que hace aplicable el tratado internacional de observancia obligatoria en México, cuando éste contenga el tipo del delito que venga al caso. El mismo precepto recoge el principio de especialidad para solucionar el conflicto de normas; en la especie, muy probablemente la norma internacional tendría carácter especial, y la nacional, carácter general.

d) Delitos contra la administración de justicia

Estos ilícitos forman parte de la actual competencia material de la Corte, es decir, son delitos de los que ésta conocerá, sin más, una vez que entre en vigor la Convención de Roma y lleguen los primeros asuntos a la CPI. Los tipos se encuentran en el artículo 70.1. Corresponde distinguir aquí entre delitos cometidos en el Estado parte que presta colaboración persecutoria al sistema judicial penal internacional y delitos perpetrados ante la Corte misma.

Por lo que toca a los ilícitos mencionados en primer término, el propósito de la Convención de Roma parece ser que la persecución quede a cargo del Estado colaborador, aplicando normas nacionales consecuentes con el Estatuto, cuando el delito se realice en el territorio de éste o por uno de sus nacionales. Así, el artículo 70.4 a) previene: "Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el (artículo 70) y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales". No considero que esta referencia a una adecuación de la ley nacional a la ley internacional sea obstáculo para que un Estado

aplique la segunda, si la conducta es penalmente típica en los términos de ésta, cuando la primera no se haya adecuado a la regla internacional o no sea suficiente para reaccionar frente a la conducta ilícita. La previsión que mira hacia el futuro, en la forma en que lo hace el citado párrafo del Estatuto, no cancela por fuerza la aplicación de éste en el presente.

En lo que atañe a los delitos contra la administración de justicia perpetrados ante la Corte misma, es ésta quien deberá juzgarlos. No hay regla de remisión al respecto.

e) Agresión

El conocimiento, por parte de la CPI, del crimen de agresión -uno de los grandes temas del Derecho internacional contemporáneo- queda expresamente previsto por el Estatuto, que así muestra una determinación política. Empero, al mismo tiempo queda de manifiesto la extrema dificultad de recoger el tema en una fórmula ampliamente aceptada y, sobre todo, de sujetar a la jurisdicción penal internacional a los responsables de estos ilícitos. Por ende, el Estatuto se limita a mencionar que el crimen de agresión y las condiciones para el desempeño jurisdiccional de la CPI en este caso se sujetarán a futuras precisiones a través del procedimiento aplicable a las enmiendas (artículo 121) y la revisión del Estatuto (artículo 123). La disposición que al efecto se adopte -dice el Estatuto- "será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas" (artículo 5.2).

Desde luego, el sistema internacional no carece de referencias sobre esta materia. En la resolución 3314 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General adoptó una definición de la agresión, previo informe del comité especial sobre este asunto. Se indicó que "la agresión es 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 Carta de las Naciones Unidas" (artículo 1). Esa declaración menciona diversas hipótesis actuales: invasión, ataque, ocupación, bombardeo, bloqueo, etcétera (artículo 3), y alude a supuestos potenciales: los que determine el Consejo de Seguridad, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

5. ELEMENTOS DEL CRIMEN

Uno de los conceptos más interesantes y controvertidos de la Convención de Roma es el relativo a los elementos del crimen. La propuesta de incluir una cláusula sobre elementos del crimen, hecha al cabo de la Conferencia de Roma, influyó también en la abstención de la delegación mexicana al momento de emitir voto en torno a la Convención. No parecía posible asumir la obligación de reconocer como delictuosas ciertas conductas, que sólo llegarían a serlo mediante la combinación de dos descripciones: la ya conocida, que constaba en el Estatuto, y la que se hallaba pendiente a título de elemento del crimen.

El artículo 8 del Estatuto, que ostenta el mismo epígrafe de este apartado, señala que “los elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de los Estados Partes” (párrafo 1). Tanto los elementos como sus enmiendas “serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto” (artículo 3). Esos elementos, que forman parte del Derecho aplicable por la Corte, se hallan vinculados directa y exclusivamente con los preceptos que describen las conductas punibles, es decir, con los tipos penales. Deben analizarse, por lo tanto, en su conexión con la descripción típica de los crímenes sujetos a la jurisdicción de la CPI.

Existe una alternativa lógica para el entendimiento de la expresión “elementos del crimen” por parte del Estatuto de la CPI: a) es sinónimo de elementos del tipo penal, lo cual implica que las descripciones del Estatuto no agotan los tipos, que serán precisados o integrados por disposiciones futuras, los llamados elementos. No es fácil sostener esta versión, porque en tal caso los tipos aparecerían formulados por disposiciones de dos planos normativos: la Convención de Roma, que es la *lege* para los efectos del apotegma *nullum crimen sine lege*, que consagra el propio Estatuto, y los elementos, formulados bajo un procedimiento que no cumple las condiciones requeridas para un tratado internacional; y b) se trata de consideraciones relativas a la interpretación de los tipos, sin modificarlos y para favorecer su correcta aplicación. Este es el criterio del profesor Cherrif Bassiouni cuando sostiene que los citados elementos “no suponen una enmienda del Estatuto ni complementan la definición de los crímenes actualmente contenida en los artículos 6, 7 y 8. Son meramente elementos de carácter indicativo para la Corte, relativos a aquello que será preciso probar respecto de los crímenes”.

La definición de los elementos del crimen conforme al citado Estatuto de 1998 ha sido tema de la Comisión Preparatoria, que celebró varias sesiones a partir de 1999. En la quinta sesión (12 a 30 de junio del 2000) adoptó los Elementos del Crimen y aprobó las Reglas de Procedimiento y Prueba, que serían sometidas a la Asamblea de los Estados Partes. De otros temas habría de ocuparse posteriormente la Comisión: relaciones entre la CPI y la Organización de las Naciones Unidas, reglamento de normas financieras, acuerdo de privilegios e inmunidades de la Corte, crimen de agresión, reglas de procedimiento de la Asamblea de los Estados Partes, etcétera.

Los elementos del crimen adoptados por la Comisión Preparatoria, que se relacionan de manera sistemática y expresa con cada uno de los delitos contemplados en los artículos 6 a 8 de la Convención, de manera pormenorizada y comprensiva de todas las fracciones o incisos de esos preceptos, enuncian varias cosas: a) elementos objetivos o materiales. El punto 7 de la Introducción al catálogo de elementos sostiene que éstos “se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias”; b) elementos subjetivos. En el mismo documento queda dicho: “De ser necesario (...) se indica un determinado elemento de intencionalidad”; c) elementos normativos, y d) referencias a las pruebas necesarias para establecer la comisión del delito.

Es relevante mencionar el procedimiento para la aprobación de los elementos del crimen: a) el artículo 9.1 señala que los elementos del crimen serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados partes. Es el mismo sistema previsto por el artículo 51 para la expedición de las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) esta materia no se atiene, pues, al régimen general de aprobación de enmiendas, que también contempla, en su primera etapa, el voto favorable de dos tercios de los Estados partes; c) la diferencia de procedimiento es explicable, porque los elementos del crimen no son, en rigor, enmiendas a la Convención ni forman parte integrante de ésta; d) si nos contraemos a este régimen simple y específico, sucederá que un Estado puede verse obligado por elementos del crimen que no ha aprobado y que, inclusive, ha rechazado; e) si fuese aplicable a los elementos del crimen el sistema genérico que rige a propósito de las enmiendas, habría mayores garantías en lo que corresponde al funcionamiento de aquéllos en casos concretos. En efecto, la aprobación de enmiendas -como señalé anteriormente- requiere consenso o aprobación por mayoría de dos tercios de los Estados partes (artículo 121.3). La enmienda entra en vigor un año después de que siete octavos de los Estados partes (no se dice: de los que la hubiesen aprobado) hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión (artículo 121.4). Esto incrementa la salvaguardia, porque exige una mayoría aún más elevada. Empero, el Estado que no acepta la enmienda puede hallarse aislado en el pequeño número -un octavo- de quienes no ratificaron o no se adhirieron. Finalmente, hay que tomar en cuenta las dos disposiciones que enseguida invoco:

El artículo 121.5 señala , refiriéndose explícitamente a las enmiendas al artículo 5 (que contiene, como sabemos, la relación de crímenes sujetos a conocimiento por la CPI, pero no los tipos en particular ni los elementos que corresponden a éstos), que éstas entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados que las hayan aceptado, al año del depósito de su ratificación o aceptación; y que la Corte "no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado parte que no haya aceptado la enmienda".

El artículo 121.6 (que tiene alcance general, no restringido al artículo 5) indica que si una enmienda ha sido aceptada por los siete octavos de los Estados parte, "el Estado parte que no la haya aceptado podrá denunciar el Estatuto con efecto inmediato" (ya no con efecto al año siguiente de que se reciba la notificación de la denuncia, que es la regla general bajo el artículo 127.1).

A lo dicho en las líneas precedentes acerca de la formación de los elementos del crimen, agréguese, finalmente, que el artículo 9.2 faculta a cualquier Estado parte, a los magistrados -por mayoría absoluta- y al fiscal para proponer enmiendas a los elementos del crimen, pero no les atribuye la facultad de proponer los propios elementos.

6. SANCIONES

La Convención de Roma prevé las sanciones de reclusión por no más de treinta años, reclusión a perpetuidad, multa y decomiso. Sobre estos puntos, conviene mencionar: a) no existe una detallada asociación de las sanciones aplicables a las conductas punibles; para la adecuación penal el juzgador toma en cuenta la gravedad del hecho y las circunstancias del condenado; b) en México no existe la prisión perpetua; ésta ha sido identificada por la jurisprudencia mexicana como pena "inusitada", a la luz del artículo 22 constitucional, que proscribía sanciones de ese carácter; y c) la multa se ajusta -en sus características y cuantía- a lo que dispongan las Reglas de Procedimiento y Prueba, establecidas por la Asamblea de los Estados partes, o bien, de manera provisional, por la propia Corte Penal Internacional, todo lo cual suscita cuestiones a propósito del principio de legalidad penal.

7. INVESTIGACIÓN Y JUICIO

Es obvio que todo el sistema de la justicia penal internacional se erige sobre el principio de que la jurisdicción internacional puede y debe investigar, perseguir, juzgar y resolver sobre delitos de alcance internacional cometidos en el territorio de cierto Estado o por nacionales de éste, que pudieran estar sujetos, originalmente, a la jurisdicción de ese Estado con exclusión de cualquier otra. Esto último queda abolido por el nuevo Derecho internacional, siempre sin perjuicio del carácter complementario o subsidiario del régimen internacional. De no ser así, carecería de sentido el establecimiento de un tribunal penal internacional, o éste sólo podría pronunciarse en aquellos asuntos excluidos, en principio, de la jurisdicción de los Estados nacionales, como pudiera ocurrir en el caso de delitos cometidos fuera del territorio -tierra, mar, espacio aéreo- de cualquiera de aquéllos, y siempre sin perjuicio del régimen de persecución universal de los delitos que se aloja en el propio Derecho penal nacional.

Así, el artículo 54.2 del Estatuto faculta al fiscal para realizar investigaciones en el territorio de un Estado. Igualmente, los artículos 13 y 54 lo facultan para llevar a cabo investigaciones en su sede o en otros lugares, eventualmente, acerca de delitos cometidos en el territorio de un Estado. Añádase a esto la posibilidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice al fiscal la práctica de investigaciones sin haber obtenido la colaboración del Estado, es decir, sin o contra la voluntad de éste (artículo 57.3, d). Evidentemente, la jurisdicción de la Corte abarca todos estos casos, que son su razón de ser y constituyen, por lo tanto, el eje de su función.

La actividad de los organismos internacionales que ahora examinamos supone diversas potestades que se reflejan sobre: a) las atribuciones soberanas del Estado al que corresponde el territorio en el que se cometió el delito (o al que corresponde la nacionalidad del agente, cuando este dato interese para los efectos de la jurisdicción penal nacional); y b) los derechos de particulares, que se encuentran vinculados a las decisiones del tribunal; así sucede con la investigación y el enjuiciamiento mismos, y esto se traduce en

múltiples obligaciones: una de las más relevantes, pero no la única, se encuentra en la posibilidad de que la CPI ordene directamente comparecencias y practique interrogatorios (artículo 54.3, b).

De lo anterior resultan algunas hipótesis a considerar: a) investigaciones practicadas en el territorio de un tercer Estado, que pudieran quedar a cubierto bajo normas ordinarias de colaboración judicial internacional; y b) investigaciones practicadas en el territorio mismo del Estado en que se cometió el delito y juicios por ilícitos cometidos en éste, todo lo cual entraría en colisión, por lo que toca a México, con el primer párrafo del artículo 21 constitucional. Efectivamente, en los términos de nuestro Derecho constitucional “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial (y la) investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”. Se trata, pues, de funciones que sólo puede atender el Estado mexicano a través de aquel poder y de este organismo, cuando vengan al caso delitos sujetos a la competencia de las autoridades mexicanas, como son, precisamente, los perpetrados en el territorio de la República. No sería posible aceptar que por simple acuerdo entre el Estado y la Corte hubiese una especie de “relevo” de la autoridad nacional (Ministerio Público y tribunales penales competentes) en el desempeño de atribuciones constitucionales exclusivas.

8. COLABORACIÓN PERSECUTORIA

La *colaboración* que los Estados deben brindar a la Corte (eventualmente puede existir, asimismo, una colaboración de ésta con aquéllos) va más allá de la colaboración procesal existente en el orden internacional, porque la que ahora se actualiza implica, a diferencia de ésta, una exclusión del Estado colaborador con respecto a aquello que sería, ordinariamente, la materia misma de su competencia. En otros términos, la colaboración que un Estado suele brindar a otro, al amparo de convenios o de la regla de reciprocidad, se dirige a permitir que este último, con el apoyo de aquel -el Estado que brinda la colaboración-, pueda llevar a cabo en condiciones adecuadas la función que le compete, en tanto que la colaboración bajo el sistema penal internacional supone que esa función es absorbida por la CPI, y que el Estado al que correspondería natural u originalmente realizarla colabora con la Corte para que ésta asuma y despache la función que adquiere de manera subsidiaria.

Por la gran importancia que esta cuestión reviste, la Convención de Roma le ha dedicado una parte del instrumento, en forma específica, ordenada como “Parte IX” y desarrollada bajo el epígrafe: “De la cooperación internacional y la asistencia judicial”. En el ámbito de la colaboración persecutoria es posible distinguir, para fines de exposición y sistematización, entre una regla general, una instrumental y una regla específica en caso de colisión de normas.

A) La regla general en esta materia se localiza en el artículo 86 del Estatuto: los Estados partes “cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el

enjuiciamiento de crímenes de su competencia". Constituye, igualmente, regla general derivada de aquélla -ahora bajo la perspectiva de la CPI-, que los órganos de la jurisdicción penal internacional actuarán con la autorización y cooperación de los Estados. Existe, sin embargo, la posibilidad de que no sea así, como ya mencioné al referirme a las actividades indagatorias por parte del fiscal. En efecto, el artículo 57.3, d) de la Convención atribuye a la Sala de Cuestiones Preliminares la facultad de autorizar al fiscal -y a éste, por ende, la de actuar conforme a esa autorización- para practicar investigaciones sin haber obtenido la colaboración del Estado en cuyo territorio hayan de practicarse aquéllas, cuando dicho Estado no se encuentre en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación por no existir autoridad u órgano competente para ese cumplimiento. Obsérvese que se trata de un caso extremo: la inexistencia, falta absoluta, de órgano competente para brindar la colaboración solicitada, no sólo la negativa a proporcionarla o la ineficacia de la autoridad.

B) Se pueda calificar como regla instrumental la disposición que obliga a los Estados a ajustar sus propios instrumentos normativos internos a las disposiciones del Derecho internacional, para evitar colisiones y permitir que exista la armonía conducente al cumplimiento de los compromisos internacionales. Es así que el artículo 88 determina que los Estados partes en la Convención de Roma "se asegurarán de que en el Derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte" del Estatuto.

C) No obstante lo anterior, existe una regla específica para supuestos de colisión de normas en que pudieran hallarse las disposiciones del Estatuto y los principios jurídicos más relevantes en el orden interno de un Estado. Para ello el artículo 93.3 de la Convención de Roma establece una solución que favorece al plano nacional, seguramente para evitar quebrantos mayores en el Derecho de este orden: si la ejecución de la medida solicitada por los órganos de la jurisdicción internacional "estuviera prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general, el Estado requerido celebrará sin demora consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión. En las consultas se debería considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. Si, después de celebrar consultas, no se pudiera resolver la cuestión, la Corte modificará la solicitud según sea necesario".

No deja de llamar la atención esta "deferencia hacia el orden interno", tomando en cuenta el generalizado principio -expreso en el régimen de los tratados- de que un Estado no puede invocar una norma de Derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación convencional internacional. Otra cosa es, por supuesto, que el Estado se abstenga de participar en un convenio o tratado, porque éste contraría sus normas internas, o que formule reservas -impracticables en el caso del Estatuto de la CPI, como ya vimos- para sortear los problemas de Derecho doméstico que le causa la norma internacional. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que el citado artículo 93.3 del

Estatuto no se refiere a cualesquiera disposiciones nacionales o a reglas que el país expida después de que se ha comprometido en la Convención de Roma, sino sólo a "principios fundamentales de derecho ya existentes".

A este respecto pueden surgir controversias. Se trataría de aquellas que la propia CPI debe resolver conforme al artículo 119.1 del Estatuto, no de las que llegarían al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, pues éstas son las que surgen entre dos o más Estados parte en la Convención de Roma (artículo 119.2), que no es el caso. Empero, la redacción del artículo 93.3 sugiere que la solución queda en manos del Estado nacional, en cuanto señala, de manera tajante, que si no se resuelve el punto a través del entendimiento entre el Estado y la Corte, ésta "modificará la solicitud (de cooperación) según sea necesario".

El cumplimiento ilegítimo o irregular de la cooperación requerida puede traer consigo vicios de procedimiento que alteren el procedimiento internacional y comprometan sus resultados, como sucedería si las pruebas se reuniesen con grave violación de las reglas aplicables a la materia probatoria. Existe un control de legalidad a cargo de los órganos correspondientes en el Estado al que se requiere cooperación, control que se halla sujeto, en lo pertinente, a las normas internacionales y a las disposiciones nacionales. Así se observa en un precepto con amplio campo de aplicación: "Las solicitudes de asistencia se cumplirán de conformidad con el procedimiento aplicable en el derecho interno del Estado requerido" (artículo 99.1), que rige tanto la naturaleza y competencia del órgano nacional -autoridad judicial, en caso de que la Constitución así lo prevea para determinados supuestos de afectación de derechos individuales-, como el desarrollo del procedimiento -que implicaría observancia de garantías fundamentales-. El sistema de control bajo el Derecho interno se contempla también en una hipótesis específica: la autoridad local debe determinar si "la detención se llevó a cabo conforme a derecho" (artículo 59.2, b) y "se han respetado los derechos del detenido" (idem, c), norma que amplía la disposición de nuestro artículo 16 constitucional, sexto párrafo: "En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

Uno de los grandes temas del nuevo Derecho internacional es el relativo a la resistencia de un Estado a colaborar con un tribunal internacional, se trate de actos dentro de un proceso en marcha, que tengan que ver con informes, pruebas, capturas, presentaciones, medidas precautorias, etcétera, todos los cuales tiene que ver con resoluciones formales de la corte internacional, o se trate del cumplimiento de una sentencia de fondo, cuya inejecución deja al garete la eficacia del sistema internacional.

Para afrontar ese problema, los convenios y tratados que instituyen jurisdicciones internacionales incluyen los procedimientos que han juzgado pertinentes. Desde luego, en última instancia se tratará de procedimientos con sustento jurídico en foro político, si no existe ya -como en efecto no existe- una autoridad jurisdiccional superior en grado a la

que dictó la resolución o sentencia desatendidas. Pretender nuevas instancias judiciales revisoras, relativizaría la jurisdicción internacional y conduciría a una serie inagotable de impugnaciones.

El Estatuto prevé la resistencia de los Estados al cumplimiento de las determinaciones de la Corte, tanto si se trata de Estados partes en la Convención, que se niegan a “dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto” (artículo 87.7), como si se trata de Estados que no sean parte “y que haya(n) celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte (y) se niegue(n) a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieren tal acuerdo o arreglo” (artículo 87.5). En estas hipótesis, la CPI puede llevar el asunto a la Asamblea de los Estados Partes -que “examinará cuestiones relativas a la falta de cooperación de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87” (artículo 112.2, f)- o al Consejo de Seguridad, cuando éste le hubiera remitido el caso.

En ninguno de estos supuestos señala el Estatuto cuál será el trámite ante aquellos órganos -uno de los cuales, por cierto, es externo a la Convención de Roma y no podría quedar regulado por ésta-, ni cuáles pudieran ser, en su hora, las determinaciones que aquéllos adopten. En lo que respecta a la Asamblea, la queja -lo es, en esencia- de la Corte puede desembocar en declaraciones o en “oficios” que induzcan al Estado reticente al cumplimiento de sus compromisos internacionales, que han quedado baldíos en el caso específico al que se refiere la Corte. Empero, aquí no existe -o no solamente existe- una negativa de orden político, sino puede haber surgido una diferencia de orden jurídico importante y digna de consideración en términos precisamente jurídicos. La Asamblea podrá considerarlo al tiempo de “examinar” la cuestión que se le plantea bajo el artículo 112 del Estatuto.

En cuanto al envío del asunto ante el Consejo de Seguridad, es preciso tomar en cuenta que la intervención de éste como denunciante en el procedimiento jurisdiccional internacional obedece a las funciones que la Carta de las Naciones Unidas le otorga, y especialmente a su “responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales” (artículo 24.1 de esa Carta), lo cual se vincula a la facultad del propio Consejo para “determinar(...) la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” (artículo 39 de *idem*). A estas atribuciones y preocupaciones obedecerá la decisión del Consejo de remitir un caso a la Corte. En el ejercicio de su encomienda, el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas muy diversas, que van desde las instancias menos rigurosas hasta el empleo de la fuerza.

9. INICIO DE OFICIO

En esta selección de puntos del Estatuto que plantean algún problema con respecto a a normativa constitucional o legal de nuestro país, me interesa destacar uno de los supuestos para el inicio de la indagación por parte del fiscal. El artículo 15.1 del Estatuto previene

que “el fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte”.

En contraste, el artículo 16 constitucional postula -conforme a la uniforme interpretación de los requisitos exigidos para el libramiento de una orden de aprehensión, que igualmente se aplican a la averiguación previa- que la investigación a cargo del Ministerio Público comienza precisamente a partir de una denuncia o una querrela (antes de la reforma de 1999 se aludía también, innecesariamente, a una acusación), actos cuya satisfacción figura entre las garantías a favor del inculpaado. No hay espacio constitucional, en consecuencia, para el inicio oficioso, a la manera de la pesquisa tradicional, terminantemente rechazada por la ley, la jurisprudencia y la doctrina en México. Últimamente, sin embargo, se consagró una forma espuria de inicio de la investigación: mediante delación, que desencadena ciertos actos indagatorios por parte del Ministerio Público, que no son otra cosa que diligencias de averiguación previa. Esta figura anómala e inconstitucional es una -entre varias- de las aportaciones controvertibles de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

10. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA INVESTIGACIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO

En el procedimiento ante la CPI existe amplio campo para que opere el principio de oportunidad procesal, opuesto al de legalidad persecutoria. Bajo éste, proceden invariablemente la indagación y el juicio cuando se reúnen los requisitos formales para que así suceda, independientemente de la opinión que pudieran sustentar -en vista de la naturaleza misma de los hechos y de la repercusión del juzgamiento- los órganos de persecución o juicio. Bajo el principio de oportunidad, en cambio, se supedita la persecución -a partir de la indagación misma, o en un momento posterior del procedimiento- a la ventaja social, política o ética de realizarla; se atiende, pues, a valoraciones de los órganos de persecución y jurisdicción o de otros órganos llamados a intervenir, y no sólo al fundamento jurídico del procedimiento.

A este respecto, me ocuparé de las hipótesis que considera la Convención expresamente, así como de aquéllas que pudieran resultar de cierta interpretación de los preceptos convencionales, que obedecen a la inconveniencia (hablo de “conveniencia” porque me refiero a la oportunidad persecutoria; aquélla informa ésta) de perseguir conductas relativamente menos graves, a la falta de afectación de la paz o la seguridad y a la ausencia de interés de la justicia.

A) Anteriormente me referí a la caracterización de “graves” que el Estatuto reserva para los actos constitutivos de crímenes de guerra, en los términos del artículo 8 de la Convención. Apunté posibles interpretaciones acerca de ese rasgo de “gravedad”. Si se estima que la calificación de gravedad -y por ende la procedencia del enjuiciamiento- radica en la Corte, nos hallaríamos ante una expresión del principio de oportunidad. De ser así, cuando se advierta, *prima facie*, que no es grave una conducta encuadrable en el artículo 8, carecerían

de sentido la investigación y, en su caso, el juicio. Si la ausencia de gravedad se acredita en el curso del proceso, éste cesaría. La posibilidad que ahora menciono se fortalece con la posibilidad de exclusión que deriva de la no admisibilidad que *supra* señalé y abajo menciono nuevamente, fundada en el artículo 17.1, d). Obviamente, otra será la solución si se estima que la mera inclusión de conductas en el artículo 8 supone gravedad de las mismas, y que este punto -resuelto por la Convención- no queda sujeto a la apreciación judicial.

B) Prevalece el criterio de oportunidad, vinculado a estimaciones acerca de la paz y la seguridad, en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que implican remisión de un caso a la Corte (artículo 13, b) o suspensión de la investigación o el enjuiciamiento (artículo 16), mayormente cuando esa suspensión se actualiza con respecto a un procedimiento que no se inició por instancia del propio Consejo de Seguridad, sino por remisión que hizo un Estado o por actuación oficiosa del fiscal, una y otra debidamente sustentadas en la Convención.

C) Inadmisibilidad del caso -un tema que examinaré en otros puntos del presente estudio- porque “el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte” (expresión -me refiero a “otras medidas”- ciertamente equivoca) (artículo 17.1, d). Esta causa de inadmisibilidad puede tener alcance genérico, esto es, aplicarse a cualesquiera conductas típicas, no sólo a aquellas en que interviene, expresamente, la caracterización de “graves”, como sucede con las incorporadas en el artículo 8.

D) El fiscal, en evidente ejercicio de una facultad discrecional fincada en la oportunidad, puede determinar, *in limine*, que no existe fundamento razonable para la investigación (una determinación que se sujeta, como examinaré en otro lugar, a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares) por existir “razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia” (artículo 53.1, c). En la especie, cesa el procedimiento al quedar excluida la investigación.

E) De manera similar, el fiscal puede considerar, una vez realizada la investigación, que no hay fundamento bastante (entiéndase: un fundamento material, valorativo, no un fundamento formal, normativo, que pudiera existir) para el enjuiciamiento, ya que éste “no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen” (artículo 53.2, c). En tal caso, el fiscal notifica a la Sala de Cuestiones Preliminares, al Estado que remitió el asunto o al Consejo de Seguridad, si fue éste quien hizo la remisión.

F) En los casos mencionados en los dos párrafos anteriores, la Sala de Cuestiones Preliminares puede revisar la decisión del fiscal, que surtirá efectos si es confirmada por aquélla (artículo 53.3, b).

G) Cabe preguntarse, finalmente, si también puede obedecer a la aplicación del principio de oportunidad la decisión del fiscal, autorizado por la Sala de Primera Instancia, de retirar los cargos cuando ha comenzado el juicio (artículo 61.9).

En México, la averiguación de los delitos y el enjuiciamiento penal se hallan sujetos al principio de legalidad: planteadas la denuncia o la querrela, el Ministerio Público debe investigar, y una vez presentes los elementos que la ley previene -entre nosotros, cuerpo del delito y probable responsabilidad-, debe ejercitar la acción penal. Existen, sin embargo, algunas aplicaciones del principio contrario, esto es, la oportunidad, en cuyos términos la actuación punitiva del Estado se supedita a cierto criterio de voluntad y conveniencia, sea particular, sea público. Lo primero ocurre en los cada vez más numerosos supuestos de persecución por querrela: compete al ofendido o al legitimado para querellarse ponderar la pertinencia de instar esa actuación, lo cual se consigue a través de la querrela, entendida como requisito de procedibilidad, o de hacerla cesar, lo cual se actualiza por medio del perdón. Lo segundo acontece en diversos casos: a) querrela u otro requisito de procedibilidad en manos de órganos del Estado; b) control de la persecución en el fuero de guerra, y c) hipótesis de "negociación" entre el Ministerio Público y el infractor con fundamento en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

11. *NE BIS IN IDEM*

Una de las cuestiones más delicadas que suscita la jurisdicción penal internacional frente a las jurisdicciones nacionales -punto de encuentro y conflicto, pues, entre la norma internacional y la norma nacional, y por lo tanto de roce entre el concepto de soberanía y las aplicaciones de la solidaridad internacional- se halla en la relatividad del principio *ne bis in idem*, que figura entre las reglas del Derecho penal moderno. Empero, el carácter absoluto de esta regla pudiera frustrar los objetivos del Derecho de gentes en el ámbito al que se refieren las presentes consideraciones.

Conviene recordar de una vez la adopción inflexible de tal principio en el artículo 23 de la Constitución mexicana: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene". Entendemos que esa proscripción mira hacia una triple identidad: primero, identidad de hechos (se pretende actuar nuevamente por hechos anteriormente juzgados, acerca de los cuales hubo sentencia firme); segundo, identidad de persona (se pretende procesar de nuevo a una persona que anteriormente fue juzgada y acerca de la cual se emitió sentencia firme); y tercero, identidad de vía (se pretende enjuiciar una vez más en la vía penal; dejo fuera, pues, los supuestos en que se intente un procedimiento civil o administrativo, que obedecen a otras pretensiones, con motivo de hechos que produzcan consecuencias no exploradas en la vía penal). A diferencia de lo que otros ordenamientos previenen, la norma mexicana no distingue entre absolución

y condena: en ambos casos opera la cosa juzgada, un concepto que, por lo demás, suscita arduas cuestiones en Derecho procesal penal -inclusive, por supuesto, el régimen jurídico mexicano-, que no pretendo examinar ahora.

La Convención aborda el problema del *ne bis in idem* en: a) una norma general, bajo el epígrafe “Cosa juzgada” (artículo 20); b) unas normas especiales sobre admisibilidad del caso (artículos 17 a 19), en las que también se plantea y acepta el carácter complementario y subsidiario de la jurisdicción internacional con respecto a la nacional (artículo 17.1); y c) una regla general que se desprende del sistema adoptado por el Estatuto y que se podría formular en los siguientes términos: cuando exista una jurisdicción nacional dispuesta, capaz y suficiente, el asunto debe quedar a cargo de ella; por lo tanto, los órganos de la jurisdicción internacional se abstendrán de conocer. Si esa jurisdicción nacional no existe o no satisface las condiciones mencionadas, se actualiza el supuesto para que opere la nacional.

La norma general abarca el *ne bis in idem* absoluto, por una parte, y el relativo o condicionado, por la otra. En efecto, el principio opera inexorablemente en estas dos situaciones que se refieren a la propia Corte internacional y a otros tribunales, respectivamente: a) cuando la CPI ya conoció del caso y condenó o absolvió, no puede procesar de nuevo (artículo 20.1), y b) cuando la Corte ya conoció del caso y condenó o absolvió, ningún otro tribunal puede procesar de nuevo (artículo 20.2). Las situaciones reguladas por aquella disposición general se relacionan con el principal ámbito de competencia material de la CPI, esto es, con el conocimiento de los delitos enunciados en el artículo 5.

Asimismo, existe la previsión de *ne bis in idem*, formulada en términos absolutos, cuando vienen al caso los delitos contra la administración de justicia internacional. En estos supuestos, empero, el principio no existe en la Convención de Roma, sino en las Reglas de Procedimiento y Prueba (regla 168): “Con respecto a los delitos indicados en el artículo 70 del Estatuto (que se refiere, precisamente, a dichos ilícitos contra la justicia), ninguna persona será sometida a juicio ante la Corte por una conducta que haya constituido la base de un delito por el que ya haya sido condenada o absuelta por la Corte o por otro tribunal”.

La misma norma general del artículo 20 regula el *ne bis in idem* relativo o condicionado. Es aquí donde se establecen las derogaciones casuísticas de este principio clásico. Así, la CPI no procesará a quien ha sido juzgado en otro tribunal, a menos que este otro proceso: a) obedezca al propósito de sustraer al sujeto de su responsabilidad penal por delitos que caigan en la competencia material de la CPI (artículo 20.3, a); b) no haya sido instruido en forma independiente o imparcial conforme a las garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional (artículo 20.3, b); o c) haya sido instruido en forma que, según las circunstancias del caso, sea incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia (artículo 30.3, b).

El tema de *ne bis in idem* se plantea a propósito de la admisibilidad de un caso ante la Corte. A este respecto, el Estatuto prevé una distinción entre los criterios que sustentan la admisibilidad (y por lo tanto la admisión) o la inadmisibilidad (y por tanto la exclusión o el rechazo), y los datos que es pertinente considerar para que esos criterios operen en un caso concreto.

A) El asunto no es admisible ante la jurisdicción internacional cuando fue investigado por el Estado que tiene jurisdicción para conocer, y éste resolvió no ejercitar acción penal contra la persona de que se trata (artículo 17.1, b), o está siendo investigado o juzgado por el Estado correspondiente (artículo 17.1, a). Sin embargo, deviene admisible cuando se establece, en cualquiera de los dos supuestos mencionados, que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no puede hacerlo realmente. Evidentemente, tampoco es admisible un caso cuando el inculpado ya fue juzgado y no existen fundamentos, conforme al artículo 20.3, para que la Corte decida abrir un nuevo juicio (artículo 17.1, d).

B) Veamos ahora cuáles son los datos a considerar por parte de la CPI para saber si el Estado que puede y debe conocer del asunto tiene o no disposición de hacerlo efectivamente: a) "que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte" (artículo 17.2, a); b) que haya demora injustificada en el juicio ante la autoridad nacional (artículo 17.2, b); o c) "que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia" (artículo 17.2, c).

C) En lo que respecta a datos que permitan sostener que el Estado de jurisdicción natural u original no tiene capacidad para investigar o enjuiciar un asunto (artículo 17.3), la correspondiente incapacidad provendrá del colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia o de la carencia de ésta, de manera que el Estado no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas necesarias para el proceso o no está en condiciones, por otros motivos, de llevar a cabo el juicio.

No es desconocida la derogación relativa del *ne bis in idem* en otros órdenes jurisdiccionales. Así el artículo 35 del Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, de 1972, distingue entre el Estado que solicita a otro la instrucción de un procedimiento y los demás Estados contratantes. Aquél debe respetar el principio; en cambio los otros no están obligados "a reconocer el efecto de *ne bis in idem* si el hecho que haya dado lugar a la sentencia hubiese sido cometido contra una persona, una institución o una propiedad con carácter público o si la persona contra la que se pronunció la sentencia tenía carácter público en ese Estado".

Otro tanto ocurre conforme al artículo 4 del Protocolo 7 (22 de noviembre de 1984) al Convenio Europeo sobre derechos fundamentales, de 1950. El párrafo 1 de ese precepto establece el *ne bis in idem* cuando hubo absolución o condena, pero el párrafo 2 puntualiza: “Los dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas, o cuando un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”.

12. INMUNIDAD DE FUNCIONARIOS

La inmunidad implica la sustracción parcial o total de una persona al proceso penal. No trae consigo necesariamente la exclusión del ámbito de validez subjetiva del Derecho penal. En consecuencia, lo que se excluye, difiere o condiciona es el proceso, no la pena misma, pero es obvio que aquello incide sobre esto. De ahí que las inmunidades hayan de reconocerse de manera excepcional y limitada, siempre restringidas a lo que es su razón de ser en una sociedad democrática, en la que el funcionario no puede ser *legibus solutus*. Un sistema de inmunidades nacionales infranqueables en favor de altos funcionarios podría acarrear el mayor tropiezo de la justicia penal internacional, que se sustenta en la necesidad de abatir la impunidad que frecuentemente ha acompañado la comisión de gravísimos delitos por parte de dirigentes políticos, a cubierto de persecuciones penales en sus propios países.

El artículo 27.2 dispone: “Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. Se trata del mayor rechazo jurídico a la operación de inmunidades, puesto que abarca los dos planos que entran en juego sobre este punto: el nacional y el internacional. Es natural que el Estatuto no acepte inmunidades internacionales que se convierten, para efectos prácticos, en inmunidades o impunidades internacionales, ni admita antejuicios locales que pudieran frustrar el juicio internacional ante la Corte. Por otra parte, esto suprime garantías funcionales en el desempeño del cargo, y restringe -en hipótesis- la libertad y la seguridad del funcionario.

Esto entra en conflicto con estipulaciones del Título Cuarto de la Constitución mexicana, un conflicto que se extrema en el caso del Presidente de la República. En este ordenamiento nacional supremo, el Presidente sólo puede ser sujeto, en el curso de su mandato -es decir, mientras desempeña esa elevada función; no hay inmunidad que impida la persecución posterior por delitos cometidos durante el desempeño de la presidencia-, a responsabilidad penal por traición a la patria y por “delitos graves del orden común” (artículo 108 constitucional, segundo párrafo). Aquí la referencia a delitos comunes -en la que se conserva una redacción histórica que es defectuosa técnicamente, como ocurre en otros textos constitucionales- debiera entenderse como deslinde entre estos ilícitos y los supuestos de juicio político, al que se halla sustraído el Presidente de la República, no como exclusión de delitos del llamado fuero federal. Si la traición a la

patria no queda dentro del catálogo de figuras del Estatuto, éste abarca sin duda delitos comunes graves. Ahora bien, el enjuiciamiento del titular del Ejecutivo se halla reservado a la Cámara de Senadores (artículo 111 constitucional, cuarto párrafo). Por su parte, la Convención de Roma no sólo no hace salvedad en lo que respecta a un jefe de Estado o gobierno, sino comprende estos casos, explícitamente: el cargo que tenga una persona, "sea jefe de Estado o de gobierno (...) en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena" (artículo 28.1).

Se ha mencionado que el Estatuto pudiera ser interpretado, en lo que respecta a las inmunidades de funcionarios previstas por la Constitución, en el sentido de que la entrega de estos imputados se hiciera sólo después del retiro de la inmunidad y en la medida en que esto se acuerde así por el Congreso. A favor de esta interpretación se aduce una norma del Estatuto: "los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno" (artículo 89). El punto es discutible. En principio, la idea en la que se funda el citado artículo 27.2 no parece sustentar semejante interpretación.

13. DEFENSA

El Estatuto recoge normas sobre el derecho del inculpado a contar con defensor, un derecho que no es tan extenso, sin embargo, como el que le reconoce el Derecho mexicano, que sobre este punto se inspira en la idea de defensa-función, acepta el principio de libre defensa y además califica -valoriza- el desempeño de la defensa.

Dice la Convención de Roma que durante la etapa de investigación, que se realiza ante la autoridad del fiscal -pero no necesariamente en la sede del tribunal, sino también en el territorio del Estado en que se encuentra el sujeto-, el imputado tiene el derecho a ser asistido por el abogado que elija. Se entiende, pues, que aquí entrará en juego un profesional particular -licenciado en Derecho, diríamos en México- libremente nombrado por el imputado. Si éste no cuenta con dicho asistente, tiene derecho a que "se le designe un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia" (artículo 55.2, c). Por lo que hace a la siguiente etapa procesal, la de juicio, el inculpado puede disponer de abogado de su elección; asimismo, se dispone que se le informe, "si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio" (artículo 67.1, d). En la hipótesis de este segundo precepto parece lógico sostener que la norma establece la misma solución que en la del primero, a pesar de la diferencia en la redacción. Así, el imputado tiene en ambos casos dos derechos, que se ejercen en forma alternativa: a) contar con defensor de su elección, y b) recibir el auxilio de un defensor de oficio; para esto último, es natural que se le informe de la posibilidad que el Estatuto previene, a fin de que haga uso de ella, en su caso.

De todo lo anterior derivan algunos datos relevantes. Por una parte, el defensor debe ser profesional, esto es, abogado. Considérese, en contraste, que la fracción IX del artículo 20 de la Constitución mexicana dispone que el inculpado podrá defenderse “por sí, por abogado, o por persona de su confianza”. La disposición del Estatuto probablemente no excluiría la defensa por parte del propio inculpado, pero no admitiría la que se pretendiera ejercer por persona de la confianza de éste que no fuese al mismo tiempo abogado. Otro punto relevante es el relativo a la calidad de la defensa. Nada se dice al respecto en la Convención de Roma. En cambio, la ley suprema de México habla del “derecho a una defensa adecuada”. No analizaré ahora las características que debe tener ésta, expresamente requerida por la Constitución; en todo caso, la defensa “inadecuada” no satisfaría la garantía constitucional.

Finalmente, en el Derecho procesal penal constitucional la defensa es función del Estado, de carácter necesario, y en este sentido concurre directamente -como alguna doctrina ha sostenido, a propósito de la naturaleza de la defensa en el proceso penal- a integrar la personalidad procesal del imputado. Por ello no es posible prescindir de defensa, aunque aquél renuncie a ejercer su derecho. En otros términos, no sólo se considera la defensa como un derecho del inculpado, sino como una necesidad objetiva para los fines de la justicia penal. En cambio, bajo el Estatuto la provisión de defensor de oficio se halla supeditada a una ponderación adicional: el interés de la justicia. En mi concepto, este interés tiene carácter objetivo -no se trata, en efecto, de una “ventaja” o “conveniencia” de alguno de los sujetos procesales, en contraste con la “ventaja” o “conveniencia” de otro-, y por fuerza se relaciona con los propósitos característicos de la justicia penal: conocimiento de la verdad material por medios legítimos, debido análisis de los hechos atribuidos al imputado y del derecho aplicable al caso, y emisión de una sentencia justa.

Conforme a la ley constitucional mexicana, la satisfacción de ese interés de la justicia requiere que haya defensor de oficio, cuando no existen autodefensa o defensor particular. Por el contrario, en el procedimiento penal internacional la intervención del defensor no es una exigencia categórica del interés de la justicia; es posible que éste se satisfaga sin aquélla. Puesto que no existe un requerimiento inexorable sobre esta materia, la autoridad del procedimiento deberá valorar el punto y resolver lo que a su juicio -no a juicio de la ley, un juicio preexistente al del juzgador y vinculante para éste, como sucede en el régimen de la Constitución mexicana- sea pertinente para servir al interés de la justicia. Evidentemente, será posible arribar a la conclusión de que ese interés no “exige” que haya defensor de oficio, aunque tampoco exista autodefensa del inculpado. En fin de cuentas, es factible que el procedimiento penal se realice sin la actividad del defensor. Esto implicaría una seria deficiencia en la función misma de la defensa, inerte frente a las funciones de la acusación y la jurisdicción.

Por otra parte, el Estatuto procura que el inculpado cuente con defensa, en sentido amplio. Al respecto hay interesantes hipótesis de iniciativa judicial en esta materia. Así

ocurre cuando viene al caso lo que aquél denomina la “oportunidad única de proceder a una investigación”, supuesto que trae consigo ciertas diligencias precautorias –o bien, diligencias realizadas de manera precautoria, para asegurar la justicia del caso concreto– conforme al artículo 56.

En ese supuesto específico, la Sala de Cuestiones Preliminares debe observar ciertas normas, a saber: a) a petición del fiscal, adoptará medidas “para proteger los derechos de la defensa” (artículo 56.1, b); b) en el caso de que aún no se hubiesen producido la detención o la comparecencia del inculcado o no se hubiera designado defensor, la Sala podrá “nombrar otro para que comparezca y represente los intereses de la defensa” (artículo 56.2, d); y c) cuando “considere que el fiscal no ha solicitado medidas previstas en el presente artículo que, a su juicio, sean esenciales para la defensa en juicio, le consultará si se justificaba no haberlas solicitado. La Sala podrá adoptar de oficio esas medidas si, tras la consulta, llegare a la conclusión de que no había justificación para no solicitarlas” (artículo 56.3, a).

14. *LIBERTAD PROVISIONAL*

El procedimiento penal moderno, de orientación democrática, prefiere la libertad procesal mientras se arriba a la sentencia –una libertad incondicionada o, sobre todo, provisional y condicionada–, por encima de la prisión preventiva del inculcado. Aquélla es consecuente con el principio de inocencia, que la regla de prisión preventiva coloca en predicamento. El Estatuto autoriza la libertad provisional del inculcado en el Estado en que se practica la detención de éste –México, en su caso–, con determinadas condiciones o requisitos (artículo 59.3 y 4).

Al resolver sobre la libertad provisional, el juez nacional (“la autoridad competente del Estado de detención”, señala el Estatuto) “examinará si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte”. Como se ve, existe la posibilidad de negativa en función de la gravedad de los presuntos crímenes –en principio, todos los crímenes recogidos en el Estatuto son graves–, a no ser que la excarcelación se justifique a la luz de circunstancias “urgentes y excepcionales”, por una parte, y a condición de que se adopten salvaguardias –que deberán consistir, lógicamente, en restricciones de tránsito y alojamiento, y/o medidas de estrecha vigilancia– que permitan al Estado de detención cumplir el deber de entrega del inculcado.

Eso no es todo, en los términos del Estatuto. Existe un punto previo a la decisión sobre la solicitud de libertad, que en tal virtud opera como factor de diferimiento de aquélla: se notificará a la Sala de Cuestiones Preliminares, “que hará recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención. Antes de adoptar su decisión, la autoridad competente del Estado de detención tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones, incluidas las relativas a medidas para impedir la evasión de la persona” (artículo 59.5).

En consecuencia, la resolución sobre libertad se articula en un acto complejo en el que intervienen, con funciones de autoridad, tanto el tribunal nacional como el internacional. En la integración de este acto cabe la posibilidad de que las normas internacionales coincidan con las nacionales, pero también puede ocurrir que exista diferencia más o menos relevante entre ambas, una discrepancia que podría afectar la concesión o negativa de la libertad. Así, es factible que la ley local permita la libertad -por mandato imperativo de la norma o a través de la discrecionalidad judicial que aquella misma autorice-, pero el criterio de la CPI sea adverso a la excarcelación. También pudiera ocurrir lo contrario: que la instancia nacional no permita la libertad y, en cambio, la internacional la considere pertinente. Finalmente pueden surgir discrepancias, no deleznable, en lo relativo a las medidas que es preciso adoptar para asegurar la presencia del sujeto en el juicio.

Puesto que la Sala de Cuestiones Preliminares no gobierna sus actos por la ley del Estado de detención, sino por las normas -y con los fines- del Estatuto, sólo se atenderá a éstas, independientemente de las condiciones mayores o menores que pudiera prever la ley local: elementos de fondo y forma, en lo que respecta al sustento de la libertad, a las medidas para asegurar la aprehensión o reaprehensión y al plazo para conceder la excarcelación. Este último extremo tiene especial interés, porque puede significar alteración de la regla nacional en materia de libertad provisional.

En caso de discrepancia entre la autoridad nacional y la internacional, el Estatuto parece sostener la prevalencia de ésta. Esto se desprende del deber de que la autoridad nacional "tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones", a no ser que se entienda, forzando las cosas, que en este caso el "tener en cuenta" significa únicamente recibir, analizar, reflexionar, valorar, y a la postre aceptar o rechazar. Por otra parte, la colisión podría examinarse bajo el artículo 93.3, que se refiere precisamente a las medidas de asistencia por parte de los Estados, en la hipótesis en que la requerida por la Corte Penal Internacional entre en conflicto con un "principio básico de derecho ya existente y de aplicación general", como pudiera ser el relativo a la libertad de un inculcado. En tal supuesto, como ya vimos, la CPI deberá modificar su solicitud.

La Constitución mexicana resuelve, a propósito de la libertad provisional bajo caución, que: a) se deberá conceder "inmediatamente que lo solicite" el inculcado; b) se negará en todo caso cuando el procedimiento obedezca a la probable comisión de delitos graves (por ende, en estos supuestos no existe la posibilidad de que el juez conceda la libertad: existe un "prejuicio" -un juicio previo e insuperable- de la norma constitucional; c) en los restantes casos procede conceder la libertad, pero el tribunal podrá negarla en los supuestos que detalla el primer párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, que no necesariamente corresponderán a los criterios que sustente la CPI; y d) la revocación se halla sujeta a la ley, que ponderará los "casos graves" para que cese la libertad.

15. *CONOCIMIENTO SOBRE EL ACUSADOR*

El inculpado conforme al Estatuto dispone de varios derechos procesales que en su mayor medida coinciden con los que bajo el concepto de “debido proceso legal” reconocen las legislaciones nacionales. Empero, parece haber una salvedad en lo que toca al conocimiento sobre la persona que formula la imputación.

Conforme al artículo 67.1, a), el acusado tiene derecho “a ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan”. De acuerdo con el régimen general del Estatuto, el fiscal puede realizar diversas diligencias de investigación, generalmente probatorias, dentro y fuera del Estado. Ahora bien, en ninguno de estos supuestos se incluye explícitamente el derecho del inculpado a ser informado del nombre de su acusador, como lo estipula el artículo 20, fracción III, de la Constitución mexicana.

Desde luego, el problema no se allanaría con informar al inculpado que los cargos -y la instancia misma de apertura del procedimiento- provienen de un Estado o del Consejo de Seguridad, y ni siquiera del fiscal adscrito a la CPI, del mismo modo que no se resolvería, en los términos del Derecho mexicano, si la autoridad se limita a decir al inculpado que es el Ministerio Público quien lo acusa.

16. *DILIGENCIAS A PUERTA CERRADA O EX PARTE*

Este punto guarda relación con el examinado en el apartado anterior, en cuanto ambos se relacionan con el pleno conocimiento, por parte del inculpado, de los datos que figuran en el procedimiento que se sigue en su contra, conocimiento que sirve, a su vez, a la más amplia posibilidad de defensa. El Estatuto permite la realización de diligencias a puerta cerrada, también denominadas *ex parte*, en el curso de prácticamente todas las etapas del juicio, en dos supuestos: a) por razones de seguridad nacional, que aduzca el Estado al que pudieran afectar la publicidad del acto o la difusión de ciertos hechos (artículo 72), y b) para protección de testigos, familiares de éstos, víctimas o acusados, aun cuando en esta hipótesis es posible recurrir a la práctica de pruebas por medios electrónicos (artículo 68). Obviamente, esto puede significar que el inculpado carezca de la oportunidad de conocer planteamientos adversos a sus intereses, y probar y alegar en tales casos.

Es interesante tomar en cuenta que cuando la Corte autoriza este género de diligencias, puede establecer presunciones que afectan la suerte del juicio y, desde luego, la del inculpado. Efectivamente, en distintos supuestos, dentro de esta misma materia, podrá “establecer las presunciones respecto de la existencia o inexistencia de un hecho que sean apropiadas en razón de las circunstancias” (artículo 72.7, a, iii), y “establecer las presunciones relativas a la culpabilidad o la inocencia del acusado que sean apropiadas en razón de las circunstancias” (artículo 72.7, b, ii).

En este orden de cosas, conviene deslindar entre los casos en que la actuación no afecte ni pueda afectar, por sí misma, los derechos del inculpado, y los casos en que la actuación interese tales derechos, como sucedería si en la especie viera restringidas algunas de sus facultades fundamentales, no sólo a la luz de la legislación nacional, sino de la propia normativa internacional; por ejemplo, el derecho a conocer los cargos que se le hacen y a disponer de una defensa adecuada. En un extremo específico el Estatuto sale al paso de peligros de este género. Ocurre así cuando autoriza la presentación de resúmenes de pruebas e informes cuando la divulgación de éstos mismos pudiera entrañar peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, y en seguida añade: "Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos" (artículo 68.5).

El Estado resulta ser, naturalmente, el juez último de su propia seguridad, y por ello puede resistir el criterio de la CPI que requiere información. En este caso, la diferencia puede culminar en la presentación del punto por la propia Corte ante la Asamblea de los Estados Partes o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si éste hubiera remitido el asunto al órgano jurisdiccional internacional (artículos 72.7, a, ii, y 87.5).

La Convención de Roma acerca de esta jurisdicción internacional señala, en otra hipótesis que guarda relación con el problema que ahora examinamos, que puede haber audiencia de confirmación de cargos en ausencia del inculpado no sólo cuando éste renuncia a estar presente en ella, sino también cuando haya huido o no sea posible encontrarlo, y no necesariamente estará representado, en esos casos, por un defensor (artículo 61.2).

En contraste con todo lo anterior, el artículo 20 de la Constitución mexicana contiene derechos del inculpado con el siguiente alcance: a) "Se le hará saber en audiencia pública (...) el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo" (fracción III); b) "Siempre que lo solicite será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra" (fracción IV); c) "Será juzgado en audiencia pública" (fracción VI); "Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso" (fracción VII), y "tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso" (fracción IX).

17. EXTRADICIÓN

Me he referido anteriormente a diversas medidas de colaboración de los Estados con la Corte. Ahora aludiré a una de las más relevantes y características de este género de enjuiciamientos, que se halló, por cierto, en el origen de las frustraciones posteriores al Tratado de Versalles, cuando se trató de poner en marcha el tribunal previsto por aquél para enjuiciar al único inculpado del que se ocuparía esa corte internacional: el Káiser Guillermo II. Evidentemente, la actuación de la CPI requiere un sistema adecuado de colaboración que permita el traslado de los inculpados del Estado en donde se les captura a la sede de la Corte, para juzgar, primero, y ejecutar las sentencias, luego. De ahí que el

artículo 89.1 del Estatuto permite a la Corte solicitar a un Estado no sólo la detención, sino también la entrega de inculcados -sujetos a la jurisdicción de la Corte- que se hallen en territorio de ese Estado. Se trata, en esencia, de una extradición -se extrae a un individuo de la jurisdicción a la que se encuentra sujeto y se le pone a disposición de otra-, aunque se le denomine entrega. El artículo 119 de la Constitución mexicana sólo conoce la extradición a solicitud de un Estado, no así a petición de un órgano internacional. Puesto que se trata de normas garantizadoras de la seguridad individual, es necesario que los procedimientos que la limiten se hallen suficientemente sustentados en la ley fundamental.

En el examen de la extradición es importante asegurar la observancia de un arraigado principio del Derecho extradicional: la identidad de la norma, que en este caso puede suscitar algunas reflexiones. A mi juicio, como hice ver anteriormente, el hecho de que el Estado mexicano sea parte en la Convención implica la asunción plena de la norma internacional, en el marco de lo estatuido en el artículo 133 de la Constitución nacional. Así, ya no se plantea la necesidad de un cotejo -que en casos ordinarios es imprescindible- entre las disposiciones del requirente (la CPI, que esgrime el Estatuto) y las del requerido (México, que se atiene al artículo 133 constitucional: los tratados internacionales, y entre ellos el Convenio de Roma, cuando éste sea ratificado, son parte de la ley suprema de la Unión). Esas disposiciones son, pues, unas solas, aplicables a la Corte Internacional y a México. Desde luego, esto no excluye por sí mismo la utilidad -que habrá que valorar- de introducir reformas específicas en esta materia, para asegurar su mejor conocimiento público.

Otro punto digno de consideración es el que surge cuando la persona reclamada por la CPI "está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte". En tal situación, el Estado requerido, "después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte" (artículo 89.4). Como se advierte, el requerido debe conceder primero el traslado que se le solicita -no ejecutarlo- y sólo después podrá consultar. No hay norma sobre las características de esta consulta y la forma de resolver las discrepancias que pudieran surgir entre la CPI y el Estado.

También se plantea en el marco de estas reflexiones el tema de la extradición a un tercer Estado. La hipótesis es que el inculcado esté sujeto a la jurisdicción de la CPI en la sede de ésta, o bien, haya cumplido su pena o la esté cumpliendo en el llamado Estado de ejecución. El artículo 108.1 dispone que "el condenado que se halle bajo la custodia del Estado de ejecución no será sometido a enjuiciamiento, sanción o extradición a un tercer Estado por una conducta anterior a su entrega al Estado de ejecución, a menos que, a petición de éste, la Corte haya aprobado el enjuiciamiento, la sanción o la extradición". Esta norma pone a la vista un problema importante. En efecto, se estaría actuando sin intervención alguna del Estado que concedió la entrega a la Corte única y exclusivamente para el enjuiciamiento por delitos sujetos a la competencia de ésta y mencionados en la

solicitud y en el acuerdo formal de entrega. Es semejante el problema que suscita el párrafo 3 del artículo 107: una vez cumplida la pena, el Estado de ejecución también podrá -con sujeción a lo dispuesto en el artículo 108, es decir, previa consideración y decisión de la CPI- “de conformidad con su derecho interno, extraditar o entregar por cualquier otra vía a la persona (cuya entrega se solicita) a un Estado que haya pedido la extradición o entrega para someterla a juicio o para que cumpla una pena”.

Muy diferente es el caso de quien permanece voluntariamente en el Estado de ejecución durante cierto tiempo posterior al cumplimiento de la condena, o regresa a éste después de haber salido de él (artículo 108.3). Aquí opera ante todo la voluntad del sujeto.

18. IMPRESCRIPTIBILIDAD

La pérdida o adquisición de derechos, así como la liberación de obligaciones, por el mero transcurso del tiempo, que puede contrariar a la justicia, es regla de seguridad jurídica. De ahí que la prescripción se aloje no solamente en la ley civil, sino también en la norma penal, aunque ésta provea constantes restricciones o condiciones, aplazamientos, diferimentos y extensiones para impedir, en la mayor medida posible y razonable, que el delincuente escape a la justicia. Prescripción es, vista desde otro ángulo, impunidad.

La prescriptibilidad de la pretensión punitiva -mejor que de la acción procesal- repugna al Derecho penal internacional, sobre todo en lo que respecta a los más graves delitos. Así, el artículo 29 del Estatuto es enfático al decir: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Se puede entender que esa fórmula abarca dos hipótesis: no prescribirá la potestad de perseguir los crímenes recogidos en el Estatuto, y tampoco prescribirá la potestad de ejecutar las sentencias una vez que se ha condenado al reo.

En el Derecho mexicano prevalece la regla -que no tiene rango constitucional- de prescriptibilidad de ambas potestades: persecutoria y ejecutiva. Sin embargo, hay que observar que la duración de ciertos plazos de prescripción entraña, de hecho, imprescriptibilidad. Así puede ocurrir, en caso de delitos sancionados con penas privativas de libertad elevadas, bajo la duplicación de plazos prevista en el artículo 101 del Código Penal federal. Esta situación se extrema en los términos de la duplicación adicional establecida en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. El Código Penal de Veracruz, de 1980, inspirado en ideas defensistas que tienen raíz en el positivismo, contiene una solución radical: imprescriptibilidad.

19. EXCARCELACIÓN POR CUMPLIMIENTO DE SANCIÓN

Hay una disposición a este respecto que puede entrar en conflicto con normas penales secundarias. El tema se plantea en el caso de que haya apelación. El Estatuto resuelve que si la duración de la detención excede el tiempo de la sanción impuesta y apelan tanto el reo como el fiscal, se podrá prolongar la detención de aquél tomando en cuenta el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y “las posibilidades de que se dé lugar

a la apelación” (artículo 81.2). Esta oscura expresión parece aludir a la posibilidad de que la apelación prospere.

En esta hipótesis no se rebasa el principio *ne reformatio in pejus* porque el fiscal también apeló, pero algunas disposiciones nacionales sostienen el principio de que la apelación en contra de sentencia condenatoria se admite en efecto suspensivo, esto es, no se ejecuta mientras concluye la segunda instancia. Ello permitiría que el apelante quedara o se mantuviera en libertad. Hay que distinguir, por otra parte, entre la situación que se presenta cuando la sentencia de primera instancia de la Corte impone cierta sanción específica que resulta inferior al tiempo ya cumplido en prisión preventiva, y la que aparece cuando éste va más allá -si tal es el improbable caso- del máximo que se estipula para el delito cometido (mejor dicho: del máximo estipulado en general por el Estatuto, puesto que, como hemos visto *supra* no hay una relación específica entre delitos y punibilidades. Esta es la hipótesis a la que se refiere el segundo párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional cuando dispone: “(No) podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso”.

20. ABONO DEL TIEMPO DE DETENCIÓN

Este asunto guarda relación con el expuesto en el apartado anterior. El artículo 78.2 del Estatuto fija dos reglas que en conjunto crean un sistema ambiguo:

a) Al imponer una pena de reclusión, la Corte “abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. Como se ve, la disposición es terminante: se debe abonar ese tiempo -aunque sólo en el caso del que abarcó la detención dispuesta por la propia CPI-, lo cual coincide con lo establecido en el antepenúltimo párrafo del artículo 20 constitucional: “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de detención”; y

b) La Corte “podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva de delito”. En este caso, el abono es facultativo. Cabe entender que aquí se alude a detenciones ordenadas por una autoridad diferente de la CPI a propósito de la investigación o el procesamiento por el mismo delito -los mismos hechos, la misma conducta- del que conoció la Corte Internacional y que constituyó la materia de su sentencia. Tal sería el caso de la detención sufrida a consecuencia de la orden dictada por un tribunal nacional en los términos de la legislación local aplicable.