

DONDÉ MATUTE, Francisco Javier
CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS CRÍMENES QUE
SON COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VII, 2007, pp. 115-152
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740622003>

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS CRÍMENES QUE SON COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Francisco Javier DONDÉ MATUTE*

RESUMEN: Debido a la ratificación por parte del Estado mexicano del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la luz del principio de complementariedad de la corte, el autor establece la necesidad de implementar los crímenes establecidos en dicho instrumento internacional. Con la finalidad de contribuir a este proceso de implementación, el artículo presenta un procedimiento sistemático para la incorporación de estos crímenes internacionales al sistema jurídico mexicano. El autor concluye que los factores que se deben considerar en dicho procedimiento son diversos; por ejemplo, la existencia previa de delitos similares o relacionados en el sistema jurídico nacional, o el ámbito de aplicación de la norma. No obstante esta diversidad de factores, tres son los tipos de criterios principales que deben guiar al legislador nacional en el proceso de implementación: el texto constitucional y su interpretación; el propio Estatuto de Roma y los lineamientos derivados del sistema interamericano de derechos humanos.

ABSTRACT: Due to the ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court (here in after just “the Rome Statute”) by Mexico and in light of the Court’s complementarity principle, the author establishes a necessity of implementing, at the national level, the international crimes incorporated in this international treaty. In order to contribute to this implementation process, the article presents a systematic procedure to incorporate the crimes contemplated in the Rome Statute into the mexican legal system. The author concludes that many factors must be considered in the procedure, e. g. the previous existence of similar or related crimes in the national legal system, or the ambit of application of the Law (militar, federal or local). Notwithstanding these different factors, in accordance with the authors view, three main type of criteria must guide the national legislator in the implementation process: the Constitution, the Rome Statute itself and the requirements derived from the Interamerican System of Human Rights.

RÉSUMÉ: A partir de la ratification fait par l’État mexicain du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, et étant donné le principe de complémentarité de la Cour, l’auteur présent le besoin d’implémenter les crimes établis dans le dit Statut. A fin de contribuer aux processus d’implémentation, cet écrit présente une procédé systématique pourachever l’inclusion de ces crimes internationaux au système judiciaire mexicain. L’auteur détermine la pluralité de facteurs qui doivent être considérés pour réussir le processus: l’existence préalable de crimes similaires ou connexes dans le système judiciaire mexicain, ou bien la rangée d’application de la loi, entre autres. Malgré cette diversité de facteurs, dans le procès d’implémentation, le pouvoir législatif national doit se guider par trois critères essentiels: le texte et l’interprétation constitutionnels, le Statut de Rome lui-même, et les directives du Système Interaméricaine de Droits de l’Homme.

* Doctor en derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen, Escocia. Director de Investigación del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Criterios del Estatuto de Roma*. III. *Criterios constitucionales*. IV. *Criterios del sistema interamericano de derechos humanos*. V. *Consideraciones preliminares*. VI. *Elección del ámbito de aplicación*. VII. *¿Implementación en una ley especial o mediante reformas al Código Penal Federal?* VIII. *Consideraciones en torno a las descripciones típicas*. IX. *Otras consideraciones de derecho penal*. X. *Reflexiones finales*. XI. *Anexo*.

I. INTRODUCCIÓN

México forma parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional desde el 10. de enero de 2006, después de un largo camino que incluyó una reforma al artículo 21 constitucional, cuyo objetivo fue hacer compatible dicho tratado internacional con el sistema jurídico mexicano. Sin embargo, la consecución de este fin no ha concluido pues es necesario establecer los mecanismos que hagan posible la cooperación entre el Estado mexicano y la Corte Penal Internacional (CPI), así como la operatividad de ésta última.

A pesar de que el énfasis suele ponerse en el ámbito procesal de la implementación, existe un aspecto que ha sido de escaso análisis: la posible tipificación de los crímenes competencia de la CPI. Este aspecto del proceso de implementación está plagado de incógnitas, pues es el punto de encuentro entre los aspectos rígidos del derecho penal y la flexibilidad del derecho internacional. Este estudio pretende abordar algunos de los aspectos más relevantes que pudieran culminar en la incorporación de conductas típicas al subsistema penal mexicano.

Aunque algunos Estados como Kenia, Sudáfrica, Australia, Malta y Suiza han optado por transcribir los tipos criminales del Estatuto de Roma en leyes nacionales, este esquema no parece idóneo para el caso mexicano; en nuestro caso se deben tomar en cuenta diversos factores y exigencias normativas para la tipificación de conductas. Como se estudiará a lo largo del texto, la compleja red de normas contempladas en el sistema jurídico mexicano exige que haya una adecuación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), con las normas de derecho internacional y con el propio Estatuto de Roma.

Analizar estas variables es el primer objetivo de este artículo, en el cual se pretende desarrollar la problemática estructural y político-crími-

nal que implica la implementación de los crímenes competencia de la CPI. De tal suerte que se realizará una evaluación de los factores necesarios para llevar a cabo dicho ejercicio, de forma tal que cada uno de los apartados constituya una fase en la ruta crítica a seguir para la debida implementación, de tal forma que se deben solucionar los problemas propios de una fase antes de proceder a la siguiente. Así, como ya se adelantaba, se estudiarán las exigencias normativas para la tipificación de conductas. Posteriormente se evaluarán los distintos ámbitos de aplicación en los que pudieran incorporarse estos tipos penales, incluyendo la posibilidad de contar con una ley especial para el caso.

Una vez que se hayan propuesto soluciones sobre estos temas, se podrá abordar la incorporación de los tipos penales en particular. Al seguir el esquema de la ruta crítica se deberán considerar los siguientes factores: existencia previa de tipos penales; compatibilidad entre éstos, las obligaciones internacionales derivadas de tratados y el Estatuto de Roma, y por último, los aspectos de derecho penal que deben considerarse para tener una implementación integral con el subsistema.

Aunque este esquema no es exhaustivo, ni puede serlo por los confines propios de un artículo; se busca, como un mínimo, ilustrar el proceso que deberá seguirse, plantear los problemas y proponer las soluciones que hagan del ejercicio de implementación de tipos criminales competencia del Estatuto de Roma un proceso que asegure la compatibilidad con el derecho nacional y con el derecho internacional.

II. CRITERIOS DEL ESTATUTO DE ROMA

En el Estatuto de Roma no se encuentra disposición alguna que obligue a los Estados parte a tipificar en el ámbito interno los crímenes competencia de la CPI. Solamente se establece la obligación de establecer los mecanismos de colaboración entre el Estado parte y la CPI.¹ Sin embargo, su estructura operativa exige que las diversas conductas típicas se incorporen como delitos en los sistemas jurídicos nacionales.²

El punto clave para considerar la necesidad de tipificar las conductas contempladas en el Estatuto de Roma es el principio de complementariedad

1 Véase Estatuto de Roma, artículo 88.

2 Véase Relva, Hugo, “The Implementation of the Rome Statute in Latin American Status”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 16, 2003, pp. 337 y 338.

dad. De conformidad con este principio, los Estados parte tienen la primera oportunidad para investigar, procesar y, en su caso, sancionar a quienes se presume hayan cometido crímenes internacionales. Así, solamente que los Estados no tengan la capacidad o la voluntad de llevar a cabo estos procesos es que una “situación” será admitida por la CPI.³

De esta forma, resulta que si un Estado no tiene incorporados en su legislación los tipos penales necesarios para llevar a cabo un proceso penal, se encontrará en el supuesto de incapacidad (jurídica) que prevé el Estatuto de Roma. Es importante destacar que la importancia de tipificar es que se permite hacer uso de la potestad que brinda el esquema operativo y evitar la intervención de la jurisdicción internacional.

Existe otra disposición del Estatuto de Roma que es importante considerar con relación a este punto. El artículo 20 prevé el principio de cosa juzgada. La regulación del mismo establece un esquema doble en virtud del cual las sentencias de la CPI son definitivas y, por ende, sujetas a este principio. Por otra parte, en el caso de sentencias emitidas por tribunales nacionales existen varios criterios por los cuales la sentencia no resulta definitiva;⁴ sin embargo, en ninguno de ellos se exige que los procesos sean llevados por los mismos crímenes competencia de la CPI. Se indica que la “Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8”⁵

Los preceptos mencionados son los que tipifican el genocidio, los crímenes de lesa humanidad (CDLH) y los crímenes de guerra (CDG); sin embargo, en los mismos encontramos incisos que prevén conductas que por sí mismas constituyen delitos,⁶ sin necesidad de que se actualicen los elementos contextuales que para cada crimen se establece.

³ Véase Estatuto de Roma, artículo 17, *cfr. Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute*, 2a. ed., Vancouver, marzo de 2003, inciso 2.2. Los Estados tienen la obligación de perseguir estos crímenes en su fuero nacional antes que lo haga la CPI.

⁴ Véase Estatuto de Roma, artículo 20 (3).

⁵ *Idem.*

⁶ En lo subsiguiente, se utilizará el término delitos, delitos nacionales o delitos ordinarios para designar a los hechos ilícitos que surgen exclusivamente del orden nacional. Por su parte, con el término crímenes o crímenes internacionales se designará a los hechos ilícitos que tienen su origen en el ámbito internacional, en particular en el Estatuto de Roma.

Por ejemplo, en el caso de los CDLH encontramos delitos como el asesinato, la tortura y la DFP que en lo individual deben sancionarse, sin necesidad de que se cometan en el contexto de un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.⁷

De esto se sigue que no es necesario tipificar los crímenes competencia de la CPI de forma exacta, sino que la materia de la prohibición puede estar contenida en otros tipos penales, los cuales también podrían ya encontrarse contemplados en la legislación nacional, como el caso de los ejemplos mencionados.⁸ Ahora bien, aunque exista esta posibilidad, es necesario evaluar su conveniencia.⁹

III. CRITERIOS CONSTITUCIONALES

El propósito de este apartado es determinar cuáles son los parámetros establecidos en la Constitución para tipificar conductas. Al incorporarse en el sistema jurídico mexicano, es indispensable que la tipificación de los crímenes competencia de la CPI cumpla con los requisitos que exige el sistema. Al respecto, se pueden identificar dos criterios que deben cumplirse al tipificar una conducta: el principio de legalidad penal (PDLP) y la protección de un bien jurídico (BJ).

1. *Principio de legalidad penal*

El PDLP se encuentra reconocido expresamente en el artículo 14 constitucional. Del texto de este precepto se desprenden dos obligaciones que el legislador debe seguir al momento de tipificar conductas: debe describir los ilícitos penales con claridad y precisión, y debe omitir, a través de la delegación, la tarea de completar la definición típica al Ejecutivo o sus órganos. De no cumplirse con la primera obligación se está frente a un tipo abierto y, en el segundo caso, ante un tipo penal en blanco.

7 Estatuto de Roma, artículo 7 (1).

8 Véase *Manual...* cit., nota 3, inciso 4.2. En realidad lo único que se exige es que el proceso sea genuino y que el delito nacional sea lo suficientemente grave.

9 *Ibidem*, inciso 4.3. Es importante que la legislación que implemente los crímenes se ajuste de manera precisa a lo establecido por el Estatuto de Roma, pues representan el estado actual de la evolución típica de estas conductas.

En cualquiera de los dos supuestos se trata de una violación al texto constitucional.

En los apartados siguientes veremos el alcance que los tribunales de la Federación le han dado a estos dos principios.

A. Tipos penales abiertos

Este tema ha sido de escaso tratamiento en la jurisprudencia nacional. De hecho solamente se pueden encontrar dos casos en los cuales el tema se ha planteado. En el primero, la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación decidió que el Código Penal de Michoacán definía el delito de violación de garantías de forma ambigua, puesto que no describía conducta alguna ni señalaba un acto preciso que debía prohibirse.¹⁰

En un caso más reciente, el Tribunal Pleno declaró constitucional el tipo penal de enriquecimiento ilícito;¹¹ sin embargo, a *contrario sensu* determinó que todo tipo penal debía contener una conducta, representada por un verbo y, por lo menos, un elemento adicional que sirva como descriptor de la misma conducta.

Aunque de estos criterios es difícil extraer conclusiones definitivas, se puede señalar que la Suprema Corte exige que los delitos se basen en la tipificación de conductas, entendidas como acciones u omisiones, las cuales deben redactarse con cierta precisión y claridad, por lo que es necesario que las mismas se acompañen de otros elementos que cumplan con dicha función.¹²

B. Tipos penales en blanco

La prohibición de los tipos penales en blanco se desprende del propio artículo 14, párrafo 2 que señala: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino me-

10 Véase *Semanario Judicial de la Federación* (SJF), C, Primera Sala, p. 1216.

11 Véase SJF y su *Gaceta* XVI, agosto de 2002, Pleno, 9a. época, tesis P.XXXIX/2002, p. 9.

12 Véase SJF y su *Gaceta* XVI, octubre de 2002, 9a. época, tesis XXIII.3o.J/3, p. 1298. El Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito desprendió del artículo 14 constitucional la obligación de omitir tipificaciones que impliquen negar la culpabilidad de las personas al sancionarlas por lo que son, no por lo que hacen.

diante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

En este precepto es clave el uso del término “leyes”, el cual excluye la posibilidad de que otra clase de normas jurídicas establezcan tipos penales.¹³ Adicionalmente, por lo menos en el ámbito federal es competencia exclusiva del Congreso de la Unión el establecer delitos y punibilidades.¹⁴ El Ejecutivo se debe limitar a asegurar que se observan y acatan las leyes.¹⁵ Al interpretar conjuntamente estos dos artículos, se concluye que la Constitución otorga a la Legislatura la facultad de establecer leyes y al Ejecutivo la facultad de hacerlas cumplir.¹⁶

Una excepción interesante, que además es relevante para el presente estudio, son las remisiones a tratados internacionales. La Primera Sala de la Suprema Corte ha determinado que las remisiones que hace el Código Penal Federal (CPF) a tratados internacionales para completar las listas de sustancias que deben ser consideradas como narcóticos o psicotrópicos son válidas, en virtud de que el artículo 133 incorpora los contenidos de los tratados al ordenamiento jurídico mexicano.¹⁷

2. *Bien jurídico*

Aunque expresamente no se encuentre señalada la necesidad de proteger un BJ, este requisito se puede deducir de diversos preceptos constitucionales.

Según Díaz-Aranda, del texto de los artículos 39 y 41 de la Constitución se desprende que el poder estatal se establece para beneficio del pueblo.

En este sentido, la facultad para legislar en materia penal que tiene el Congreso de la Unión (artículo 73, fracción XXI) sólo se justifica en la medida en que por medio de esas normas se procure el bienestar de la so-

13 Véase *SJF*, XII, segunda parte, Primera Sala, p. 69.

14 Constitución, artículo 73, fracción XXI.

15 *Ibidem*, artículo 89.

16 Véase *SJF*, 199-204, segunda parte, 7a. época, Primera Sala, p. 54.

17 Véase *ibidem*, p. 71.

ciedad, es decir, cada norma penal debe tutelar un BJ fundamental para el individuo o la sociedad.¹⁸

Por su parte, Osorio y Nieto sostiene que en los artículos 14 y 16 de la Constitución se encuentra un reconocimiento al BJ, se hace un listado abierto de diversos derechos y libertades que no pueden ser afectados por el Estado.¹⁹

Aunque estos preceptos constitucionales pudieran ser un fundamento aceptable para la exigencia que tiene el legislativo para la protección del BJ, los tribunales de la federación parecen haber sustentado dicho requisito en el concepto de “cuerpo del delito”.

En efecto, el artículo 19 de la Constitución señala que para que se dicte un auto de formal prisión (o sujeción a proceso) es necesario que se exprese: “el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”.

Como una consecuencia de lo anterior, los tribunales federales han tenido que determinar el contenido del concepto. En este contexto, algunos tribunales colegiados de circuito han determinado que el cuerpo del delito incluye el BJ del ilícito en cuestión, de forma tal que al dictarse el auto de formal prisión se debe hacer referencia al mismo;²⁰ aunque por lo menos uno ha sostenido que el único límite a la facultad de tipificar conductas son los propios “derechos, garantías y principios constitucionales que la carta magna reconoce a favor de toda persona”.²¹ Desafortunadamente, la Suprema Corte no ha confirmado este criterio.

Para los fines del presente estudio se puede señalar que si el cuerpo del delito incluye al BJ, entonces el legislador está obligado a considerar

18 Díaz Aranda, Enrique, “Interpretación de la legislación penal en el Estado social y democrático de derecho mexicano”, en Moreno, Moisés (coord.), *Orientaciones de política criminal legislativa*, México, INACIPE-ELD, 2005, p. 184.

19 Véase Osorio y Nieto, César Augusto, *Delitos federales*, 5a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 13.

20 Véase *SJF* y su *Gaceta* III, febrero de 1996, Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. época, tesis VI.3o.16 P, p. 390; *SJF* y su *Gaceta* XIII, abril de 2001, Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. época, tesis I.5o.P.10 P, p. 1061; *SJF* y su *Gaceta* XVII, febrero de 2003, Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. época, tesis I.7o.P.26 P, p. 1010.

21 *SJF* y su *Gaceta* XVI, octubre de 2002, 9a. época, tesis XXIII.3o.J/3, p. 1298.

el objeto de protección al momento de tipificar, pues de lo contrario los tribunales podrán declarar que un determinado delito no cuenta con BJ qué proteger, por lo que deberá dictarse auto de libertad por no poderse establecer uno de los elementos del cuerpo del delito. En conclusión, el artículo 19 constitucional prevé la obligación de tipificar conductas que protejan, por lo menos, un BJ.

IV. CRITERIOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Es importante delinear los criterios que para la tipificación de conductas se establecen en la Convención Americana de Derechos Humanos, con especial énfasis en las determinaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) haya tomado.

1. Principio de legalidad

La Convención Americana de Derechos Humanos establece el PDLP en su artículo 9, el cual señala:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Esta disposición fue materia de análisis en el caso Castillo Petruzzi, en el cual se impugnaron las disposiciones que establecían los tipos penales de traición a la patria y terrorismo. El punto que se controvirtió es que las definiciones típicas eran muy parecidas; lo cual traía consigo consecuencias graves, pues la traición a la patria sería juzgada ante tribunales militares, mientras que el terrorismo no. En otras palabras, ante la similitud en las descripciones típicas, las autoridades ministeriales y judiciales gozaban de discrecionalidad para procesar a una persona ante tri-

bunales civiles o militares con consecuencias procesales y de punición desfavorables en el último de los casos.²²

Esto lleva a concluir que la violación del PDLP se tiene que determinar en función de las desventajas procesales y de ejecución penal que pudiera traer como consecuencia. Sin embargo, al finalizar sus argumentos se expuso un criterio genérico para la elaboración de tipos penales:

En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.²³

En resoluciones recientes la CIDH ha desarrollado más estos principios y ha señalado que para dar cumplimiento al PDLP es necesario que los tipos penales fijen los elementos de las conductas penales, debe ser posible deslindarlas de las conductas lícitas o sancionables por medios no penales y no debe contravenir otras normas de la Convención Americana.²⁴ Este último requisito incluye la no penalización de derechos u obligaciones, especialmente los derivados del ejercicio de una profe-

22 Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 119. “La corte advierte que las conductas típicas descritas en los decretos-leyes 25.475 y 25.659 —terrorismo y traición a la patria— son similares en diversos aspectos fundamentales. Como lo han reconocido las partes, la denominada traición a la patria constituye una figura de ‘terrorismo agravado’, a pesar de la denominación utilizada por el legislador. En un caso anterior, este tribunal estableció que ‘[a]mbos decretos-leyes (25.475 y 25.659) se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y... de la propia policía [DINCOTE]’. La existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. En efecto, la calificación de los hechos como traición a la patria implica que conozca de ellos un tribunal militar ‘sin rostro’, que se juzgue a los inculpados bajo un procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que les sea aplicable la pena de cadena perpetua” (citas omitidas).

23 *Ibidem*, párr. 121.

24 Véase caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, serie C. 137, párr. 194.

sión²⁵ y aquellos que restrinjan derechos humanos de una forma incompatible en una sociedad democrática.²⁶

2. *Culpabilidad*

La exigencia de tipificar comportamientos ha sido reconocida por la CIDH. En el caso Fermín Ramírez, se determinó que el tipo penal de asesinato agravado en Guatemala violaba el artículo 9 del Pacto de San José.²⁷ Las disposiciones legales conducentes establecen que a la persona que comete asesinato, y es considerada peligrosa, se le aumentará la sanción aplicándole la pena de muerte.²⁸ La CIDH consideró que establecer

25 Véase caso *De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C 115, párr. 102. “[E]l Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, por: tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, sin embargo, sólo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del Decreto Ley núm. 25.475 eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito; por penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión”.

26 Véase caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C. 111, párr. 106. “El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana”.

27 Este precepto contempla el principio de legalidad penal y el estudio consecuente se hizo en ese contexto, aunque sugirió que la utilización de criterios peligrosistas podía constituir una violación a las garantías judiciales, según el artículo 8 de la convención.

28 Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2004, serie C 126, párr. 92.

criterios peligrosistas para la determinación de la pena violaba el PDLP por dos motivos fundamentales: en primer lugar, se estableció que la imposición de la pena de muerte se basaba en hechos futuros, pues no se podría determinar con precisión si el sentenciado iba a delinquir nuevamente; asimismo, considerar a una persona como peligrosa es sancionarla por lo que es, no por sus conductas.²⁹

Así, la CIDH estimó que usar un criterio propio del derecho penal de autor es una violación de derechos humanos. Aunque no se mencionó expresamente el principio de culpabilidad, no cabe duda que hubo un reconocimiento tácito a dicho principio o, por lo menos, a la obligación de tipificar únicamente comportamientos.

3. Guía para la tipificación de violaciones a derechos humanos

Uno de los deberes que adquiere un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con su artículo 2, es adaptar su legislación interna a las exigencias de este tratado internacional. La CIDH ha interpretado que esta obligación incluye tipificar cualquier conducta que sea violatoria de los derechos humanos consagrados en este tratado internacional.³⁰

29 *Ibidem*, párr. 95. “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado”.

30 Véase caso Paniagua Morales y otros (“Panel Blanca”) vs. Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C, párr. 173. “La corte constata que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

Sin embargo, recientemente la CIDH ha analizado si el tipo penal de DFP se ajusta a los requisitos establecidos en la materia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Este tratado regional establece la obligación de tipificar esta conducta en el ámbito interno de los Estados parte³¹ y, para tal efecto, se establece una definición.³²

En el caso Gómez Palomino, la CIDH analizó la definición contenida en el tratado internacional, desprendiendo de ella los elementos que consideró los mínimos indispensables para que la conducta mantuviera su naturaleza jurídica.³³ Posteriormente retomó el tipo penal peruano y, con base en el método comparado, estableció si los elementos se encontraban presentes y si no había alguna consideración adicional que negara la aplicabilidad de los mismos.³⁴

Cabe notar que antes de realizar este análisis la CIDH resaltó que la DFP es un delito complejo porque implica la violación a una gran cantidad de BJS por lo que no basta con la protección que pudieran brindar otros delitos y requiere de una tipificación especial. En todo caso, deberá plantearse la posibilidad de que haya un concurso de delitos.³⁵

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Al tomarse estos aspectos en su conjunto se llega a la conclusión de que existe una obligación constitucional de tipificar conductas en torno a

31 Artículo I.

32 Artículo II.

33 Véase caso Gómez Palomino vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C. 136, pár. 97.

34 *Ibidem*, párrs. 100-108.

35 *Ibidem*, pár. 92. “En el caso de la desaparición forzada de personas, el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, de conformidad con el citado artículo 2, tiene carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otras. La desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”.

bienes jurídico-penales, de lo contrario sería imposible acreditar el cuerpo del delito. Aunque la CIDH no recoge este concepto, sí establece algunos parámetros de derecho penal mínimo como la no penalización de conductas esencialmente ilícitas y que no contravengan las disposiciones del Pacto de San José, así como la prohibición de efectuar un derecho penal de autor.

Por otro lado, existe unanimidad en considerar que debe haber un respeto al PDLP, obligación que para el legislador se traduce en la tipificación de conductas de forma clara y precisa; lo cual a su vez significa que debe haber un claro deslinde entre las conductas que se busca sancionar y las que no tengan castigo alguno o solamente sean sancionadas como una infracción administrativa.

Adicionalmente, para el caso de los delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos, la CIDH ha exigido que haya un desglose de los elementos esenciales de las definiciones establecidas en los tratados de la materia de los cuales el Estado tiene obligación de no apartarse al momento de penalizar internamente la conducta. Es importante resaltar que esta regla opera para la DFP y la tortura, conductas violatorias de derechos humanos que cuentan con tratados internacionales dedicados exclusivamente a su sanción penal. Por tanto, no se puede utilizar esta regla para los derechos humanos consagrados en la convención donde no existen lineamientos para la tipificación penal de las violaciones a sus normas. En todo caso, los artículos 1.1 y 2 exigen que los derechos humanos reconocidos se consideren como bienes jurídico-penales en el ámbito interno, pero sin que se considere otro criterio para su tipificación.

Lo anterior conduce a otra reflexión. Cuando se está frente a implementación de crímenes internacionales en el ámbito nacional ya no es necesario hacer una valoración del BJ que se debe tutelar, pues dicho juicio de valor ya se realizó al momento de establecer el carácter penal de la conducta. Es por eso que la CIDH ha señalado que en la legislación nacional deben tomarse en cuenta los elementos esenciales de la descripción internacional, lo cual implica que el establecimiento del BJ ya no está sujeto a discusión o modificación. Asimismo, al señalar que existe una obligación de sancionar las violaciones a los derechos humanos, esta misma instancia ha establecido que éstos son verdaderos bienes jurídico-penales; aunque en este caso serán los Estados quienes determinen en qué supuestos normativos se da dicha violación. Así pues, en el caso de la implementación del Estatuto de Roma se puede seguir este mismo ra-

zonamiento y señalar que ya no es necesario hacer una valoración sobre el BJ, sino protegerlo a través de la tipificación de los crímenes previamente establecidos en dicho instrumento internacional.³⁶

VI. ELECCIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

En México existen tres ámbitos de aplicación del derecho penal, por lo tanto la tipificación de los crímenes competencia de la CPI puede establecerse, en principio, en cualquiera de ellos. Es decir, se pueden penalizar estas conductas en el fuero militar,³⁷ en el ámbito federal³⁸ o en cualquiera de las entidades federativas³⁹ o del Distrito Federal;⁴⁰ o cualquier combinación de las anteriores.

Sin embargo, hay elementos que nos permiten señalar que es en el ámbito federal donde se deben de tipificar estas conductas.

Por lo que se refiere al fuero militar, la Constitución limita la competencia de los tribunales castrenses “para los delitos y faltas contra la disciplina militar”; es decir, el BJ tutelado debe corresponder a este orden y sólo a este orden, tal y como lo ha señalado la CIDH.⁴¹ Es un fuero de excepción, lo cual significa que solamente se aplica por exclusión,⁴² de-

36 Véase Dondé Matute, Javier, “Los tipos penales en el ámbito internacional”, *Iter Criminis*, México, núm. 3, tercera época, enero-febrero de 2006, pp. 41-58.

37 Véase Constitución, artículo 13.

38 *Ibidem*, artículo 73, fracción XXI.

39 *Ibidem*, artículo 124. Osorio y Nieto, *op. cit.*, nota 19, p. 19. “Este artículo es uno de los fundamentos constitucionales del sistema federal mexicano; de él derivan dos esferas de competencia, en todo el sistema político y el orden jurídico y consecuentemente así como los poderes federales sólo realizan las atribuciones que expresamente les otorga la Constitución, así como los delitos que afecten a la Federación, y que expresamente se encuentren previstos como tales en los ordenamientos de esa competencia serán delitos federales”.

40 Véase Constitución, artículo 102, base primera, fracción V, inciso h).

41 Véase Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, párr. 124. “La corte ha establecido que toda persona tiene el derecho de ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bjs propios del orden militar” (citas omitidas).

42 Véase SJF, 115-120, segunda parte, Primera Sala, 7a. época, p. 51.

jando para las instancias civiles (federal o local) el conocimiento de los delitos en general.

En el caso del genocidio y de los CDLH no parece haber mayor controversia, dado que los BJS tutelados no corresponden al fuero militar. En el caso del genocidio el BJ que se protege es la integridad de los grupos étnicos, nacionales, raciales y religiosos.⁴³ En el caso de los CDLH se trata de violaciones a derechos humanos.⁴⁴ Consecuentemente, la disciplina militar no es relevante al considerar cuál es el BJ tutelado por estos crímenes.

La situación no es tan sencilla para el caso de los CDG pues aquí hay una clara relevancia con las funciones de las fuerzas armadas, pero aun en este caso es importante hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, la redacción del Estatuto de Roma prevé que los CDG sean cometidos por sujetos activos que no son necesariamente agentes del Estado,⁴⁵ por ende tampoco miembros de las fuerzas armadas. Estas personas no podrán estar sujetas a la disciplina militar, pues se trata de civiles (para tales efectos), por lo que deberán ser juzgados por tribunales de este orden.

No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que haya miembros de las fuerzas armadas que cometan CDG. Aquí, nuevamente, lo relevante es determinar si los mismos implican una violación a la disciplina militar. En función del BJ, la activación del fuero militar es cuestionable. Los CDG responden a una lógica distinta a la de la disciplina militar, pues en realidad constituyen las cláusulas penales del derecho internacional humanitario, por tanto, deben atender a los fines de esta rama del derecho.⁴⁶

43 Véase Gil Gil, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, colección Interciencias 6, p. 142.

44 Véase Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 151. Véase también Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 64; y Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 84.

45 Véase Estatuto de Roma, artículo 8. Ninguno de los tipos penales establecidos en este artículo establece un sujeto activo calificado, por lo que pudiera ser cualquier persona. En particular, podría encuadrar en cualquiera de los supuestos normativos (sobre todo los relativos a los conflictos armados no internacionales) los miembros de grupos subversivos, guerrilleros o paramilitares, lo cuales no están sujetos a la justicia militar.

46 Véase Bassiouni, M. Cherif, *Derecho penal internacional, proyecto de código penal internacional*, trad. de José L. de la Cuesta Arzamendi, Madrid, Tecnos, 1984, p. 109. “Se consideran ‘crímenes de guerra’ las acciones u omisiones prohibidas por las

Ciertamente, vulnerar alguno de estos BJS implica un desacato a la disciplina militar, pero bajo ese argumento cualquier conducta ilícita (no necesariamente penal) llevada a cabo por militares tiene esta consecuencia. Tal postura es inaceptable para un fuero penal que es de excepción y que debe tender a su reducción, no a su ampliación.⁴⁷

De lo anterior, se llega a la conclusión de que los crímenes competencia de la CPI no son del orden militar, pues no tienen como objeto de protección la disciplina militar;⁴⁸ sin embargo, falta por considerar si los mismos son del fuero federal o estatal.

Como ya se vio, en México la facultad de legislar en materia penal corresponde a las entidades federativas y a la Federación. Los Estados podrán legislar estableciendo tipos penales y punibilidades que no correspondan a “delitos y faltas contra la Federación”;⁴⁹ siempre y cuando su Constitución local lo permita.⁵⁰

Sin embargo, no hay disposición alguna en el texto constitucional que señale a qué instancia le corresponde legislar la implementación de tratados internacionales. A pesar de esta omisión, el texto constitucional faculta al presidente a “dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales”.⁵¹ Asimismo, le otorga facultades al Senado para “analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal; y además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”⁵² Por otro lado, se le prohíbe a los Estados

reglas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados internacionales, según los correspondientes acuerdos internacionales y los principios y reglas generalmente reconocidos del derecho internacional aplicables a conflictos armados”. Véase también Ibáñez Guzmán, Augusto J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 150.

47 Véase caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, parr. 124.

48 Véase Relva, *op. cit.*, nota 2, p. 349. Este autor considera que se trata de delitos contra los derechos humanos. *Cfr.* Proyecto de Ley sobre Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional (Argentina), artículo 3o.; véase International Crimes Act (Netherlands-Bill on International Crimes), artículo 1, sección 2. Estos Estados han optado por dejar intocada la jurisdicción militar en los casos en los que la persona acusada sea un miembro de las fuerzas armadas.

49 Véase Constitución, artículo 73, fracción XXI.

50 Véase SJF, CXXI, Segunda Sala, 5a. época, p. 1891.

51 Constitución, artículo 89, fracción X.

52 *Ibidem*, artículo 76, fracción I.

“celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras”.⁵³

De lo anterior se desprende que como la política exterior y, en particular, la celebración de tratados corresponde en exclusiva a las instancias federales, resulta que debemos considerar que la implementación de estos últimos es una facultad implícita y necesaria para hacerlos efectivos. Dicho de otra manera, los crímenes internacionales, cuando sean de aplicación nacional, se considerarán como delitos federales.⁵⁴

Además de los argumentos constitucionales señalados, existe otro de orden práctico. Si se deja a los Estados la implementación de tratados internacionales, se corre el riesgo de que una de las entidades federativas no lleve a cabo esta tarea, lo que implicaría el incumplimiento por parte de todo el Estado mexicano de sus obligaciones internacionales. Por lo anterior, resulta más conveniente que toda la obligación recaiga en la Federación; así, con un solo cuerpo normativo se dan por cumplidos los compromisos internacionales.⁵⁵

VII. ¿IMPLEMENTACIÓN EN UNA LEY ESPECIAL O MEDIANTE REFORMAS AL CÓDIGO PENAL FEDERAL?

Hay muy pocos criterios establecidos para determinar cuándo se debe tipificar un delito en el código penal y cuándo en una ley especial. Solamente García Domínguez ha abordado el tema con alguna precisión. Este autor señala que tradicionalmente se han establecido dos argumentos para la tipificación de conductas en leyes especiales: “por una parte, ello permite una detallada regulación de las conductas constitutivas de delitos especiales y de sus presupuestos, y por otra, que la presencia de los

53 *Ibidem*, artículo 117, fracción I.

54 Véase *Manual....cit.*, nota 3, inciso 2.4. Este es el mecanismo empleado por Australia, otro Estado con un gobierno federal y legislación penal en cada una de las entidades federativas.

55 Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Véase también caso Garrido y Baigorria *vs.* Argentina, Reparaciones, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 46. “En cuanto a las ‘dificultades’ invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, la corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (citas omitidas).

delitos especiales en el Código Penal pondría al descubierto peculiaridades que no resultan tan chocantes en una ley especial".⁵⁶

A pesar de que este autor no recomienda la disagregación del derecho penal, reconoce que la necesidad de una ley especial puede surgir;⁵⁷ por tanto, establece las siguientes reglas para cuando ello sea necesario:

Primera. No deben repetirse en las leyes especiales las disposiciones existentes tanto en la parte general como en la parte especial del Código Penal, porque ello es innecesario e inútil... Segunda. En relación con la parte general, las leyes especiales sólo deben contener normas que ofrezcan verdaderas variantes, especialidades o excepciones a las reglas generales del Código Penal... Tercera. Salvo por causa justificada perfectamente demostrable, en las leyes especiales no se deben modificar las reglas de aplicación de las sanciones establecidas en la parte general de Código Penal... Cuarta. En las leyes especiales sólo se deben contener delitos que no estén tipificados en el Código Penal... Quinta. Las normas que regulan los delitos especiales deben ser claras y precisas... Sexta. En las leyes especiales sólo se deben crear tipos de delitos que previsiblemente puedan ser eficaces.⁵⁸

Así, de una revisión del Estatuto de Roma se desprende que los tipos penales estarán sujetos a un régimen especial, del cual no pueden participar los delitos nacionales, lo cual sustenta doctrinalmente la implementación penal en una ley especial, sobre todo al considerar los criterios mencionados.⁵⁹ De tal suerte que resultaría más congruente establecer estas normas en una ley especial para dejar en claro que las mismas no son de aplicación general, sino exclusiva para estos crímenes.⁶⁰ Entre estas nor-

56 García Domínguez, Miguel Ángel, *Los delitos especiales federales*, México, Trillas, 1987, p. 31.

57 *Ibidem*, pp. 31 y ss. Véase también, Acosta Romero, Miguel y López Betancourt, Eduardo, *Delitos especiales*, 5a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 14. Estos autores sostienen que la tipificación en leyes especiales carecen de una apropiada técnica legislativa, lo que acarrea "inseguridad jurídica, imprecisión e inestabilidad".

58 García Domínguez, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 56, p. 37.

59 Véase Proyecto de Ley sobre Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional (Argentina), artículo 4o. A pesar de que casi todos los proyectos de ley de implementación consultados establecen una parte general en donde se establecen las reglas de derecho penal aplicables a estos crímenes, en el caso de Argentina se prevé la supletoriedad del código penal.

60 Véase *Manual...*, *cit.*, nota 3, inciso 4.4. Si en la legislación nacional no se contemplan las formas de autoría y participación o las excluyentes de responsabilidad

mas se encuentran las siguientes: la autoría mediata del superior jerárquico,⁶¹ la imprescriptibilidad,⁶² el derecho absoluto a la libertad bajo caución,⁶³ orden del superior jerárquico,⁶⁴ jurisdicción universal.⁶⁵

De lo anterior observamos que estamos claramente ante uno de los supuestos señalado por García Domínguez por los que se justifica la tipificación en una ley especial, pues estas conductas, o mejor dicho su implementación, exigen un trato diferenciado al establecido genéricamente en el código penal. Visto de otra forma, si todas estas formas jurídicas se incorporaran en el CPF, este ordenamiento jurídico tendría que prever diversas excepciones a sus reglas generales, lo cual resultaría carente de sistematicidad, aunque se considerara la posibilidad de incorporar un capítulo con reglas especiales. En todo caso, si se establece una ley especial, con ello basta para hacer notar que se trata de un régimen diferenciado, del cual el derecho penal general es solamente supletorio.⁶⁶

VIII. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS

1. *Consideraciones preliminares*

Aceptar la necesidad de crear una ley especial en la que se incorporen manifestaciones de responsabilidad penal que no deben ampliarse al

que contempla el Estatuto de Roma podría interpretarse que hay motivos para que la CPI conozca de la situación.

61 Véase Estatuto de Roma, artículo 28. Véase también Crimes Against Humanity and War Crimes Act (Canadá, 2000), sección 5, y Ley de Introducción del Código Penal Internacional (Alemania), artículo 13. Esta forma de autoría fue incorporada en estos Estados como un tipo penal autónomo.

62 Véase Estatuto de Roma, artículo 29.

63 *Ibidem*, artículo 60 (2).

64 *Ibidem*, artículo 33.

65 Véase Amnesty International, *The International Criminal Court: Checklist for Effective Implementation* (Checklist), julio de 2000, p. 5. Véase también Human Rights Watch, *International Criminal Court-Making the International Criminal Court Work: A Handbook for Implementing the Rome Statute* (Handbook), septiembre de 2001, vol. 13, núm. 4 (G), p. 15. El consenso entre las organizaciones no gubernamentales es que los Estados incluyan el ejercicio de la jurisdicción universal, aunque la misma no está reconocida en el Estatuto de Roma.

66 Véase *Manual...*, *cit.*, nota 3, inciso 2.2. Si se opta por implementar a través de una ley especial, en la misma se debe señalar que la naturaleza especial de la CPI obliga a que ésta tenga preeminencia sobre el derecho penal general.

sistema general de derecho penal no implica que haya un sistema paralelo, sino que el mismo responde a las obligaciones internacionales del Estado mexicano y, por lo mismo, a las necesidades de la justicia penal internacional. Sin embargo, un esquema como el que se propone pudiera convertirse en un sistema penal de excepción,⁶⁷ si no se precisan con claridad las diferencias (político-criminales) entre el sistema ordinario de justicia penal y éste, el cual se puede denominar internacional.

Para evitar tal situación es posible retomar los criterios del caso Castillo Petruzzi en el cual se establece la obligación del legislador de hacer una clara distinción entre las conductas típicas para no permitir que las autoridades puedan someter a una persona a un régimen penal u otro por conductas similares.⁶⁸ En este caso debe haber una diferenciación clara entre los delitos nacionales y los de naturaleza internacional.

La situación es sencilla en lo que respecta a conductas que no han sido tipificadas todavía, como la gran mayoría de los CDG y algunos CDLH. Tampoco hay complicaciones con los tipos penales que ya han sido incorporados el sistema penal mexicano; ya que en estos casos, tomando en cuenta el planteamiento de una ley especial, solamente bastaría con trasladar el tipo penal del ámbito general del CPF al internacional.

Los supuestos difíciles son tres: los tipos criminales que se han incorporado al sistema penal mexicano, pero con una descripción distinta a la establecida en el Estatuto de Roma; los tipos penales de delitos nacionales que también pueden ser considerados crímenes internacionales y los tipos penales que han sido formulados con cierta ambigüedad o generalidad, lo cual hace difícil determinar si hay una implementación de las obligaciones internacionales. En los apartados siguientes se analizarán estos tres supuestos enfatizando la necesidad de evitar la creación de un derecho penal especial en los términos establecidos por la CIDH.

67 Véase Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*, México, UNAM, 2004, pp. 275-277. Aunque con el enfoque de la delincuencia organizada, este autor considera que estamos frente a un derecho penal de excepción cuando para circunstancias particulares se establecen reglas que difieren del régimen general de derecho penal aplicable. Véase también Muñoz Conde, *El derecho penal del enemigo*, México, INACIPE, conferencias magistrales núm. 62003, 2005.

68 Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 119.

2. *Tipos penales distintos a los contemplados en el Estatuto de Roma*

En diversas partes del sistema jurídico-penal mexicano encontramos tipos penales que responden a la implementación de tratados internacionales. En este apartado se revisarán los casos de la tortura, la DFP y el genocidio, con base en los criterios de implementación establecidos por la CIDH y su relación con el Estatuto de Roma.

A. *Tortura*

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura define este delito en los siguientes términos:

Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflaja a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.⁶⁹

El tipo penal de tortura fue establecido con base en la definición proporcionada en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, tratado internacional elaborado en el seno de las Naciones Unidas.⁷⁰ Esto se desprende al verificar los elementos esenciales; 1) El sujeto activo calificado como servidor público o persona que actúe en colaboración con un servidor público; 2) La acción de

69 Artículo 3, párr. 3o.

70 El artículo 1 (1) de esta convención estable lo siguiente: “A los efectos de la presente convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflaja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

infligir sufrimientos graves, ya sea físicos o psíquicos y 3) Realizar dicha conducta con una finalidad determinada.⁷¹

A pesar de que haya cierta compatibilidad entre la definición internacional y el tipo penal nacional,⁷² lo mismo no se puede afirmar entre la ley federal y el Estatuto de Roma, en el cual se define este crimen en los siguientes términos:

Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.⁷³

En esta definición no se menciona finalidad alguna, lo cual ya marca una diferencia importante con la ley vigente. Adicionalmente, la tortura no necesariamente deberá ser cometida por un servidor público, pues el tipo penal no lo menciona y, al definir el contexto en el cual se deberán llevar a cabo los CDLH, se prevé la posibilidad de que éstos se realicen “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política...”.⁷⁴ La segunda hipótesis normativa referente a las organizaciones abre la posibilidad de que la tortura sea realizada por entes no estatales, es decir, por personas que no son servidores públicos o personas que actúen en colaboración con un servidor público.

Las omisiones del sujeto activo calificado y de las finalidades de la conducta implican que el tipo criminal del Estatuto de Roma sea más amplio.

71 Cabe resaltar que la definición de este tratado internacional contempla dentro de las finalidades que debe tener la tortura dos supuestos no contemplados en la ley especial sobre la materia: la intimidación del sujeto pasivo y la discriminación del mismo.

72 Aunque cabe resaltar que hay diferencias de más profundas con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cuyo artículo 2, párr. 1o., la define en los siguientes términos: “Para los efectos de la presente convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infljan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

73 Véase Estatuto de Roma, artículo 8 (2) (e).

74 *Ibidem*, artículo 8 (2) (a).

plio que el establecido en la legislación vigente; es decir, que existe la posibilidad de que ciertas conductas sean consideradas crímenes internacionales, pero no delitos en el fuero federal.

B. Desaparición forzada de personas

El tipo penal federal establece lo siguiente: “Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independiente-mente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o va-rias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención”.⁷⁵

En relación a este delito existe la ventaja de contar con el análisis realizado por la CIDH, la cual ha señalado que los elementos esenciales de la DFP son: “a) privación de libertad contra la voluntad de la persona interesada; b) intervención de agentes estatales, al menos indirectamente por asentimiento y c) negativa de reconocer la detención y a revelar la suerte o el paradero de la persona interesada”.⁷⁶

Aunque el tipo penal no es del todo claro, se puede desprender que se dan todos los elementos reconocidos por la CIDH; ya que la detención no es otra cosa que la privación de la libertad, que en todo caso (aunque sea legal) siempre será contra la voluntad de la persona. Igualmente, con el “ocultamiento” se satisface el último requisito, pues en éste se describen las acciones propias de esta acción. El caso del servidor público es el más claro pues el tipo penal requiere ese sujeto activo calificado. Además, es importante señalar que no se agrega elemento alguno que niegue o condicione la aplicabilidad del tipo penal.

Ahora bien es necesario tener presente la descripción típica establecida en el Estatuto de Roma:

Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o

⁷⁵ CPF, artículo 215-A.

⁷⁶ Caso Gómez Palomino *vs.* Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, 136, párr. 97 (citas omitidas).

el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.⁷⁷

En este caso también se presenta una definición típica que discrepa con el tipo penal actual, ya que aunque se realice una interpretación libre de los elementos esenciales, en la que se trate de buscar coincidencias, no es superable el uso del término “organización política”. Este término, al igual que el caso de la tortura permite que haya casos en los que un agente no estatal cometa este crimen. Sin embargo, en el Estatuto de Roma se agrega la frase “por un período prolongado” lo cual reduce el ámbito de aplicación, pues el lapso transcurrido es irrelevante en el tipo penal actual. Aun así, no se puede afirmar que haya una coincidencia entre ambos supuestos normativos.

C. Genocidio

El crimen de genocidio está redactado de forma idéntica en la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio y el Estatuto de Roma, pero la definición internacional es diferente a la establecida en el CPF, por lo que es necesario analizar si hay una diferencia de fondo. El tipo penal establece:

Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrarse por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquéllos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

77 Estatuto de Roma, artículo 8 (2) (i).

Al analizar las diferencias entre este tipo penal y las descripciones de los tratados internacionales, se observa que hay una distinción sustancial por las formas en las cuales se puede realizar el genocidio.⁷⁸ En primer lugar, el CPF limita el impedir nacimientos por medio de la esterilización cuando la definición internacional no hace tal restricción. El traslado en el CPF va dirigido a los menores de 16 años, cuando el Estatuto de Roma y la convención mencionan que las víctimas deben ser menores de edad, lo que hace que este supuesto sea más amplio que el anterior. En ambos casos, hay una diferencia que permite que ciertos supuestos contemplados en la definición del Estatuto de Roma no formen parte del derecho nacional.⁷⁹

En todo caso, para evitar confusiones, se recomienda derogar este precepto del CPF y adoptar textualmente la definición del Estatuto de Roma.

D. Los tipos penales contemplados en el Código de Justicia Militar

En el CJM se encuentran varios tipos penales que, al compararse con lo establecido en el Estatuto de Roma, pudiera llegarse a la conclusión de que se tratan de CDG. El estudio comparado se dificulta, pues cada uno de estos tipos penales puede llegar a incluir dos o más supuestos normativos del artículo 8 del Estatuto de Roma.⁸⁰ Además, como ya se señalaba, la incorporación de estas conductas en el CJM limita su aplicación a los militares, cuando en el Estatuto de Roma se prevé que los CDG sean cometidos por cualquier persona que cometa una de las conductas tipifi-

78 Véase *Manual...* cit., nota 3, inciso 4.3. Los elementos indispensables para la tipificación del genocidio son la comisión de una de las conductas especificadas, que las mismas se dirijan a un grupo protegido y que se tenga la intención de destruir a dicho grupo de forma total o parcial.

79 Cfr. Neri Guajardo, Elia Patricia, “México”, en Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Kondad-Adenauer-Stifung, A. C., 2003, p. 407. Esta autora considera que la referencia a los “delitos contra la vida” remiten al capítulo del CPF que lleva el mismo nombre, lo cual ampliaría el catálogo de conductas que pueden constituir genocidio a las lesiones, el adulterio y el abandono de personas.

80 Véase anexo.

cadas en el contexto de un conflicto armado.⁸¹ La laguna que se crea es significativa por lo que es necesario formular un replanteamiento.

En consecuencia, se sugiere que estas conductas sean derogadas del CJM e incorporadas, de conformidad con el desglose de supuestos normativos que establece el Estatuto de Roma, en la ley de implementación. Es decir, la confusión creada por la incorporación de varios CDG en un solo tipo penal se soluciona creando un tipo penal por supuesto normativo. En este caso en particular, es importante ceñirse a lo establecido en el artículo 8 para evitar, al aglutinar supuestos normativos, una discrepancia entre ordenamientos jurídicos.

E. Los delitos contra los deberes de humanidad

El artículo 149 del CPF señala: “Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos, o en los hospitales de sangre, se le aplicará por ese solo hecho: prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto, para los casos especiales, en las leyes militares”.

Este precepto tiene cierta afinidad con el artículo 8 (2) (a) en el cual se protegen, a través de la criminalización de diversas conductas, a las personas mencionadas por los Convenios de Ginebra: heridos y enfermos,⁸² naufragos,⁸³ prisioneros de guerra⁸⁴ y la población civil en general.⁸⁵ Es en este rubro donde se encuentra la primera diferencia, pues el tipo penal solamente contempla a los prisioneros, heridos y enfermos.

Esto abre una primera brecha entre ambas descripciones; sin embargo la mención de “rehenes” pone en franca contradicción al CPF con el Estatuto de Roma. En efecto, al contemplar como personas protegidas a los rehenes, se hace suponer que existen supuestos en los cuales la toma

81 Véase Estatuto de Roma, artículo 8, párr. 2o., incisos c) y f). En estos dispositivos se establece un límite inferior en cuanto a la intensidad de los conflictos armados, de tal forma que se excluye la aplicación del Estatuto de Roma en “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores”.

82 Véase Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña.

83 Véase Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.

84 Véase Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra.

85 Véase Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

de rehenes está permitida, cuando esta práctica está expresamente criminalizada por el Estatuto de Roma.⁸⁶

Aunado a lo anterior, la descripción típica es demasiado ambigua, lo cual pudiera constituir una violación al PDLP. Lo anterior se debe a que no hay una conducta precisada en el tipo penal, sino una mera referencia a los deberes de la humanidad. Esta remisión obliga a considerar todas las formas en las cuales pudiera violarse dichos deberes.⁸⁷ Una de las formas más sencillas de realizar esto es refiriéndose a la lista de conductas establecidas en el artículo 8 del Estatuto de Roma, pero en todo caso, ante la oportunidad de implementar este tratado internacional, lo más conveniente es derogar este tipo penal y listar las conductas que constituyen, en concreto, violaciones a los deberes de humanidad en congruencia con el Estatuto de Roma.

2. Tipos penales de delitos nacionales que pudieran constituir crímenes internacionales

Este es el supuesto más sencillo de detectar pero que pudiera causar más problemas. En estricto sentido, solamente el asesinato (que no es otra cosa que el homicidio doloso),⁸⁸ la privación de la libertad⁸⁹ y la violación⁹⁰ son delitos que se encuentran tipificados internamente, pero que pudieran constituir crímenes internacionales. Esto último ocurre cuando las conductas se realizan en el contexto de un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil”.⁹¹ El tema de los elementos contextuales es de suma importancia por lo que será objeto de un tratamiento especial, pero para efectos de lo que en este rubro se plantea, basta con señalar que el Estatuto de Roma no define estas conductas;⁹² por tanto, deben considerarse como aceptables las establecidas en el CPF.

86 Artículo 8, párr. 2o., inciso a), prima viii).

87 Aunque este precepto no ha sido materia de impugnación, este análisis es consistente con los criterios de la Suprema Corte.

88 Véase CPF, artículo 302.

89 *Ibidem*, artículo 364, fracción I.

90 *Ibidem*, artículo 265.

91 Estatuto de Roma, artículo 7, párr. 1o.

92 Aunque sí se encuentran lineamientos para su interpretación en los Elementos de los Crímenes, documento que de conformidad con el artículo 9, párr. 1o. del Estatuto de Roma “ayudarán a la corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto de Roma”.

El problema surge al distinguir los delitos nacionales de los crímenes internacionales. Como ya se comentó, es indispensable hacer una diferenciación en la tipificación que permita justificar el trato diferenciado establecido en la ley de implementación. La única respuesta posible es hacer depender la tipicidad de estas conductas del contexto en el que se realizan. La operatividad se explicará en los apartados siguientes.

IX. OTRAS CONSIDERACIONES DE DERECHO PENAL

1. *Elementos contextuales*

En el Estatuto de Roma se exige que los CDLH se realicen como parte de “un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque”.⁹³ Además, los CDG deben cometerse en el contexto de un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional.⁹⁴

Estos elementos contextuales distinguen a los delitos nacionales de los crímenes internacionales, sostienen la jurisprudencia internacional⁹⁵ y

93 Artículo 7, párr. 1o

94 Véase *Prosecutor vs. Kordic y Cerkez*, caso núm. IT-95-14/2 (Trial Chamber), 26 de febrero de 2001, párr. 32. “[I]n order for a particular crime to qualify as a violation of international humanitarian law under... the Prosecution must also establish a sufficient link between that crime and the armed conflict. In this regard, the Appeals Chamber has held that: Even if substantial clashes were not occurring in the [specific region] at the time and place the crimes were allegedly committed... international humanitarian law applies. It is sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict”. Véase también *Prosecutor vs. Kayishema and Ruzindana*, caso núm. ICTR-95-1-T (Trial Chamber), 21 de mayo de 1999, párrs. 185-190. “[T]he term ‘nexus’ should not be understood as something vague and indefinite. A direct connection between the alleged crimes... and the armed conflict should be established *factualy*. No test, therefore, can be defined *in abstracto*. It is for the Trial Chamber, on a case-by-case basis, to adjudge on the facts submitted as to whether a nexus existed”.

95 Véase *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac and Vukovic*, caso núm. IT-96-23 and IT-96-23/11 (Trial Chamber), 22 de febrero de 2001, párr. 418. “There must exist a nexus between the acts of the accused and the attack, which consists of: (i) the commission of an act which, by its nature or consequences, is objectively part of the attack; coupled with (ii) knowledge on the part of the accused that there is an attack on the civilian population and that his act is part of the attack”. Véase también *Prosecutor vs. Mile Mrksic et al.*, caso núm. IT-95-13-R61 (Trial Chamber I), Decision on the Review of In-

la doctrina,⁹⁶ lo cual se convierte en una cuestión de suma trascendencia al implementarlos en el ámbito interno.

Como ya se señaló, el artículo 20 del Estatuto de Roma permite que las conductas constitutivas de crímenes internacionales sean procesadas con fundamento en delitos nacionales; sin embargo, esta forma de tipificación no es posible en todos los casos. Una de las preocupaciones más importantes que se ha manifestado a lo largo de este estudio es la necesidad de evitar la conformación de un derecho penal de excepción para los crímenes internacionales a través de la distinción clara entre las conductas constitutivas de delitos nacionales y las que conforman crímenes internacionales. En tipos penales como el del genocidio, no existe esta duplicidad. En el caso de conductas que no se han tipificado aún como la esclavitud,⁹⁷ el exterminio o la persecución tampoco existe una duplicidad de tipos. Sin embargo, en los casos de tortura, DFP, violación y asesinato es necesario hacer esta distinción.

Por tanto, los elementos contextuales correspondientes a los CDLH son indispensables para marcar esta diferencia. Cuando una violación o un asesinato se llevan a cabo, entonces resulta aplicable el CPF. Pero cuando se comete en el contexto señalado, entonces se está frente a uno de los CDLH, lo cual actualiza la aplicación de la ley de implementación, incluyendo las normas especiales del caso.⁹⁸

dictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence 3 de abril de 1996, párr. 30. “Crimes against humanity are to be distinguished from war crimes against individuals. In particular, they must be widespread or demonstrate a systematic character. However, as long as there is a link with the widespread or systematic attack against a civilian population, a single act could qualify as a crime against humanity. As such, an individual committing a crime against a single victim or a limited number of victims might be recognised as guilty of a crime against humanity if his acts were part of the specific context identified above”.

96 Véase *Manual...*, *cit.*, nota 3, inciso 4.1. “The reason for the inclusion of the context element in crimes against humanity is to distinguish ordinary crimes under national law from international crimes which are of international concern”.

97 *Cfr.* Neri Guajardo, *op. cit.*, nota 79, p. 409. Esta autora menciona que la esclavitud es uno de los crímenes internacionales incorporados al sistema penal mexicano en virtud del artículo 365, fracción II del CPF; sin embargo, esta definición típica y la del artículo 70., párr. 20., inciso c), son tan diferentes que no consideramos que se trate de la misma conducta.

98 Véase *Handbook*, *op. cit.*, nota 65, pp. 5, 6 y 20. Es necesario implementar los aspectos de derecho penal general para que la implementación sea completa.

Algo similar pasa con la tortura y la DFP. La obligación derivada de los tratados internacionales en la materia, de tipificar internamente estas conductas, se ha cumplido ya en la legislación ordinaria. Pero, como se señaló, entre estos tipos penales y los establecidos en el Estatuto de Roma hay diferencias. Al eliminar el sujeto activo calificado y, en el caso particular de la tortura, las finalidades requeridas por la convención de la materia, se amplían los supuestos de responsabilidad penal que establece el Estatuto de Roma. A pesar de ello, los elementos contextuales restringen la posibilidad de aplicación, pero lo más importante para efectos de este estudio es que se distingue entre la tortura y la DFP como delitos aislados (o como formas de cumplir con obligaciones internacionales) y como CDLH competencia de la CPI.

En el caso de los CDG también hay conductas que pueden ser delitos aislados como el homicidio intencional,⁹⁹ la destrucción o apropiación de la propiedad¹⁰⁰ o la toma de rehenes;¹⁰¹ pero solamente se constituyen como CDG y adquieren relevancia internacional cuando se cometan en el contexto de un conflicto armado. Por tanto, es fundamental para no establecer un derecho penal de excepción, que se aclare el contexto de guerra en el que se deben cometer estas conductas.

En conclusión, lo que se propone es que estos delitos se mantengan en el CPF para los casos aislados y para dar cumplimiento a los tratados internacionales que exigen la tipificación de la tortura y de la DFP y, por su parte, en la ley especial incorporar los tipos que, con base en los elementos contextuales, constituyan CDLH o CDG, según el Estatuto de Roma.¹⁰² A pesar de que hay quienes sostienen que el Estatuto de Roma es un estándar mínimo que debe implementarse,¹⁰³ esta postura es criticable pues no es sencillo determinar cuál es ese estándar mínimo. Por ejemplo, en el caso de la DFP se vio que la definición contemplada en el

99 Véase Estatuto de Roma, artículo 8, párr. 2o., inciso a), prima i).

100 *Ibidem*, prima iv).

101 *Ibidem*, prima viii).

102 Véase International Crimes Act (Netherlands-Bill on International Crimes), artículo 1, sección 1 y artículo 2, sección 8. En Holanda se ha reconocido esta diferencia en función de la definición de tortura; sin embargo, a diferencia de lo sugerido en este estudio, la Ley de Implementación de Crímenes propone que ambos casos de tortura se tipifiquen en la ley especial.

103 Véase Relva, *op. cit.*, nota 2, p. 339. Véase también Handbook, *op. cit.*, nota 65, pp. 16 y 17.

Estatuto de Roma contempla menos elementos típicos, lo cual haría suponer un ámbito de protección mayor; sin embargo, al incluirse los elementos contextuales, la aplicabilidad se reduce de tal forma que no es posible determinar con exactitud cuál de los dos supuestos normativos ofrece mayor protección a la víctima. Esto sin tomar en cuenta que la ampliación del tipo penal pudiera reducir la protección de la persona acusada, ya que se amplía el universo de conductas penalizadas y podría haber una violación al PDLP, pues entre menos elementos típicos, la descripción será más ambigua. Así, ante la posible violación de este principio rector de la tipificación penal, es preferible optar por la doble tipificación propuesta.

2. Punibilidades

En los apartados anteriores se mencionó que una parte fundamental en el ejercicio de tipificación es la identificación del bien jurídico-penal que se busca proteger. También se señaló que al implementar crímenes internacionales dicha identificación se llevó a cabo por las instancias que elaboraron el tratado internacional en cuestión y que lo avalaron al celebrarlo y ratificarlo. Sin embargo, el BJ no tiene relevancia exclusivamente al momento de describir las conductas lesivas, sino también al elegir la pena aplicable; ya que el legislador debe de elegir la punibilidad de conformidad con la importancia que se le asigne al BJ protegido.¹⁰⁴

Con estos antecedentes, hay dos aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de implementar el Estatuto de Roma. Es importante que la punibilidad corresponda al BJ tutelado y que la misma sea proporcional en relación a otros BJS protegidos en el sistema en su conjunto. El legislador mexicano cuenta con algunos lineamientos que le auxilian al realizar esta labor. Un punto de partida es el propio Estatuto de Roma, el cual señala que la pena máxima que se podrá imponer es de 30 años de prisión y en casos excepcionalmente graves cadena perpetua. Esta última probablemente se imponga en casos de genocidio, ya que tradicionalmente se ha considerado el crimen internacional más grave.¹⁰⁵ En todo

104 Es importante señalar que algunos tratados internacionales que obligan a los Estados parte a tipificar conductas usan frases como “se aplicarán las penas más severas”, lo cual sugiere que el legislador deberá imponer una punibilidad elevada.

105 Véase *Prosecutor vs. Akayesu*, caso núm. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), 2 de octubre de 1998, párr. 8. “Regarding the crime of genocide in particular, a preamble of

caso, la cadena perpetua ha sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte,¹⁰⁶ por lo que esta opción le quedaría vedada al legislador mexicano.

Por otro lado, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha sostenido que los CDLH son más graves que los CDG, por el carácter generalizado o sistemático de la conducta.¹⁰⁷ Esto significa que a los primeros, siempre y cuando se realicen dentro del contexto señalado, les corresponderá una punibilidad mayor que a los segundos.

Hasta aquí los lineamientos no representan mayor problema para desarrollar la implementación, sin embargo obligan a reflexionar sobre el sistema de punibilidades en su conjunto. En el propio CPF encontramos que hay penas que por mucho rebasan el máximo establecido por el Estatuto de Roma; por ejemplo, para el caso del homicidio calificado se prevé un rango de 30 a 60 años de prisión,¹⁰⁸ en el supuesto del secuestro las penas se encuentran en un rango de 15 a 40 años de prisión.¹⁰⁹ Estos son ejemplos de tipos penales que prevén penas mayores a los 30 años, pero inclusive hay BJS tutelados que posiblemente no tengan la relevancia de los crímenes internacionales, pero que contemplan punibilidades altas y que debería ser objeto de un ajuste. Un ejemplo de lo anterior son los delitos contra el patrimonio, en donde por un robo en el que no medie vio-

the genocide convention recognises that at all periods of history, genocide has inflicted great loses on humanity and reiterates the need for International corporation to liberate humanity from this scourge. The crime of genocide is unique because it is of its element of *dolus specialis* (special intent) which requires that the crime of the crime be committed with the intent to destroy in whole or in part a national ethnic racial or religious group as such, as stipulated in Article 2 of the Statute. Hence the Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes and is therefore crucial in determination of a sentence".

106 Véase *SJF* y su *Gaceta* XIV, octubre de 2001, Pleno, 9a. época, tesis P./J. 127/2001, p. 15.

107 Véase *Prosecutor vs. Tadic*, caso núm. IT-94-1 (Trial Chamber), 14 de julio de 1997, párr. 73. "A prohibited act committed as part of a crime against humanity, that is with an awareness that the act formed part of a widespread or systematic attack on a civilian population, is, all else being equal, a more serious offence than an ordinary war crime. This follows from the requirement that crimes against humanity be committed on a widespread or systematic scale, the quantity of the crimes having a qualitative impact on the nature of the offence which is seen as a crime again". *Prosecutor vs. Krstic*, caso núm. IT-98-33 (Trial Chamber), 2 de agosto de 2001, párr. 700.

108 Véase CPF, artículo 320.

109 *Ibidem*, artículo 366.

lencia se puede imponer una pena de hasta diez años de prisión.¹¹⁰ Esta crítica va dirigida al sistema de punibilidades establecido en el sistema penal mexicano y su revisión implicaría modificaciones al CPF, lo cual escapa de los alcances de este estudio, el cual pretende enfocarse en las necesidades de la ley de implementación.

Al volver al tema del BJ, es de notarse que los diversos CDLH y CDG en realidad protegen BJS de diversa jerarquía, por lo tanto se sugiere adecuar las punibilidades según la importancia del BJ. Por ejemplo, al asesinato que lesiona la vida deberá corresponder una pena más alta que la que pudiera corresponder a la deportación. Igualmente, los CDG protegen diversos BJS, por lo que podría dedicarse un artículo para cada uno de los objetos de protección.¹¹¹

X. REFLEXIONES FINALES

En un trabajo de este tipo es imposible terminar con conclusiones, sino únicamente con cuestionamientos adicionales. Como se señaló de inicio, uno de los objetivos planteados era establecer la ruta crítica que debe seguirse para la debida implementación de los crímenes competencia de la CPI y, paralelamente, proponer soluciones a los problemas principales que se enfrentarán en cada uno de éstos. En todo caso, con el proceso que se plantea ha sido posible establecer un marco general de referencia para resolver los problemas que se presentarán, al delimitar el marco constitucional e internacional que normativamente deberá enmarcar las discusiones. Así pues, a pesar de que las soluciones propuestas no sean incorporadas, el marco jurídico mencionado, junto con los pasos que deberán seguirse garantiza que haya un orden preestablecido, en un proceso que promete ser controvertido.

110 *Ibidem*, artículo 370, párr. 3o.

111 Esta técnica ha sido usada en varios proyectos de leyes de implementación o en leyes ya vigentes. *E. g.* Proyecto de Ley de Implementación para la República Democrática del Congo, artículos 20-39; Ley de Introducción del Código Penal Internacional (Alemania), artículos 8 y 9; Proyecto de Ley sobre Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional (Argentina), artículos 14-19.

XI. ANEXO

RELACIÓN ENTRE TIPOS PENALES DEL CJM Y DEL ESTATUTO

<i>Código de Justicia Militar</i> ¹¹²	<i>Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional</i>
Artículo 209. Se castigará con la pena de doce años de prisión al que, sin exigencia extrema de las operaciones de la guerra, incendie edificios, devaste sementeras, saquee pueblos o caseríos, ataque hospitales, ambulancias o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos, o cuyo carácter pueda distinguirse a lo lejos de cualquier modo, o destruya bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte; así como vías de comunicación. A los promovedores se les impondrá pena de treinta a sesenta años de prisión.	Artículo 8. 2. a) iv Artículo 8. 2. b) v Artículo 8. 2. b) ix Artículo 8. 2. b) xiii Artículo 8. 2. b) xvi Artículo 8. 2. b) xxiv
CAPÍTULO III. Maltrato a prisioneros, detenidos o presos y heridos	Artículo 8. 2. a) ii Artículo 8. 2. a) iii Artículo 8. 2. a) v Artículo 8. 2 b) xv Artículo 8. 2. b) xxi
Artículo 324. Las violencias contra los prisioneros, detenidos, presos o heridos o algún miembro de su familia, que estuviese en unión o en presencia de ellos, se castigará: I. Con seis meses de prisión cuando el maltrato sea de palabra.	

112 Se toman en cuenta exclusivamente los CDG que se realicen en el contexto de un conflicto armado internacional, ya que México no es parte del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, por lo que se debe suponer que no hay intención de tipificar los supuestos que ocurrán en el contexto de un conflicto armado no internacional.

*Código de Justicia Militar**Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*

II. Con la pena que corresponda a la lesión causada, cuando el maltrato sea de obra, teniéndose como circunstancia agravante la condición del ofendido.

III. Con dos años de prisión, si el maltrato no causa lesión, pero implica padecimientos físicos y crueles, o priva al herido, prisionero, detenido o preso, de la curación o del alimento necesarios.

IV. Con seis años de prisión, cuando al prisionero, detenido o preso que se fugue o intente fugarse, se le haga fuego, hiriéndolo, sin que haya habido necesidad absolutamente indispensable para usar de ese recurso extremo. Si resultare la muerte del ofendido se impondrá la pena de quince años de prisión.

V. Con dos años de prisión cuando se obligue al prisionero a combatir contra su bandera.

VI. Con un año de prisión cuando se despoje de sus vestidos u otros objetos, al herido, prisionero, detenido o preso, para apropiárselos.

Artículo 329. Todo el que por alguno de los medios expresados en el artículo 325 cometiere contra los vecinos del lugar por donde transite, cualesquiera otras vejaciones no especificadas en este capítulo, sufrirá la pena de dos años de prisión, con la salvedad establecida en la disposición precedente.

<i>Código de Justicia Militar</i>	<i>Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional</i>
Artículo 330. El que hiciere innecesariamente uso de las armas contra cualquiera persona, o que sin autorización ejerciere cualquier otro acto injustificado de violencia contra algún individuo, será castigado con la pena de un año de prisión. Si se causare daño se estará al delito que resultare, cuando la pena que corresponda a éste sea mayor que la señalada en este artículo.	Artículo 8. 2 a) i Artículo 8. 2 a) ii Artículo 8. 2 a) iii Artículo 8.2 b) vi Artículo 8. 2 b) xxi
Artículo 325. Se castigará con cinco años de prisión al que, valiéndose de su posición en el ejército, o de la fuerza armada, o aprovechándose en campaña del temor ocasionado por la guerra, y con objeto de una apropiación ilegítima, se haga entregar o arrebate del dominio ajeno, las cosas pertenecientes a los habitantes del lugar.	Artículo 8. 2 a) iv
Artículo 334. El que, sin exigirlo las operaciones militares, y valiéndose de su propia autoridad o de la fuerza armada, destruyere maliciosa y arbitrariamente los víveres, mercancías u otros objetos de propiedad ajena, será castigado con prisión de tres años.	Artículo 8. 2 a) iv
En caso de devastación de fincas, plantíos, sembrados, bosques o vías de comunicación pública, o saqueo de pueblos y caseríos, la pena será la de siete años de prisión.	

*Código de Justicia Militar**Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*

Artículo 335. El que yendo en marcha con una fuerza se apodere, sin autorización, de objetos de propiedad particular, será castigado con las penas de tres años de prisión y destitución.

Artículo 336. Se impondrán las penas de dos años de prisión y destitución:

I. A quien se apodere indebidamente, de objetos pertenecientes al botín de guerra o presas marítimas.

II. Al que sin necesidad apremiante abra las escotillas, rompa los sellos que las aseguren o disponga de objetos o útiles que pertenezcan a las presas, y al que destruya o altere los roles, conocimientos, facturas y demás documentos que amparen la carga que transporte la referida presa.

Artículo 215. Será castigado con cinco años de prisión el que sin estar autorizado exija el pago de alguna contribución de guerra, o servicios personales; haga requisición de víveres, o elementos de transporte, tome rehenes, o ejecute cualquiera otra clase de vejaciones en la población civil de país enemigo.

Artículo 8. 2 a) ii

Artículo 8. 2 a) iii

Artículo 8. 2 a) viii

Artículo 8. 2 b) xxi