

# LA CONSTITUCIÓN Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

*Javier Dondé Matute  
e Isabel Montoya Ramos*

Con respecto a la última reforma constitucional, de la cual está por demás decir que introdujo trascendentes figuras en nuestro sistema de justicia penal, infortunadamente no hubo una sola voz que se levantara para hacer notar las posibles derivaciones tanto jurídicas como internacionales, que puede ocasionar al Estado mexicano el anterior párrafo quinto y ahora octavo del artículo 21 constitucional. En este artículo sus autores puntualizan que lo realmente criticable no era el haber ignorado dicho párrafo, como lo hizo hace unas semanas el Constituyente Permanente, sino la introducción y aprobación desde el 2005 de la reforma sobre la Corte Penal Internacional, debido a que esta cuestión pudo haberse superado a través de interpretaciones constitucionales expansivas o bien con la ayuda de reservas interpretativas. Por ello es que este investigador y asistente de investigación —respectivamente— del INACIPE, hacen un llamado de atención sobre este párrafo, el cual de mantenerse vigente podría generar la invasión de las esferas competenciales de los Poderes Ejecutivo y Judicial, por parte del Poder Legislativo.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el año de 2006 se comenzó a gestar en el seno del Ejecutivo y del Congreso de la Unión, la reforma constitucional integral al sistema de justicia penal en México. Esta reforma cambió diez artículos de la parte dogmática de la Carta Magna. Entre los cambios que se realizaron se encuentran: la implementación de juicios orales y los medios alternativos de justicia; otorgar a la policía más

facultades investigativas; bajar el estándar probatorio en la fase de pre-juicio; constitucionalizar el arraigo; endurecer las medidas en contra de la delincuencia organizada; e integrar la figura de la extinción de dominio, entre otras.

Sin embargo, a pesar de que esta reforma fue la más profunda que se le haya hecho a nuestro sistema penal y de que el artículo 21 de la Constitución fue cambiado, ninguna voz se ha alzado respecto de la lamentable reforma acerca de la Corte Penal Internacional (Corte o CPI) que se hizo a este artículo<sup>1</sup> y de la posibilidad de mejorar erradicando dicho cambio que se percibía —y se percibe— como innecesario. El haberlo ignorado durante el proceso de reforma al sistema de justicia penal, implica que la justicia penal internacional no es vista como parte integrante de dicho sistema. Se asume que se trata de algo ajeno y distante.

Se considera que el análisis de la reforma constitucional de 2008, no solamente incluye lo que ésta cambio, sino lo que debió de haber cambiado. Tal es el caso del párrafo octavo del artículo 21 constitucional. Teniendo esta premisa en mente, en este artículo se expondrán las deficiencias que presenta el párrafo octavo vigente del artículo 21 constitucional. Se argumentará que hay alternativas a esta deficiente redacción que es violatoria del Derecho Internacional e, inclusive, de algunos principios fundamentales del Estado. El lector deberá tener presente durante dicha lectura que el artículo 21, párrafo octavo constitucional, debió derogarse como parte del paquete de reformas en materia penal, para hacer más armónico el sistema nacional con el internacional penal y para aprovechar esta gran reforma.

Se considera que la reforma del 21 constitucional sobre la CPI no era necesaria, ya que uno de los grandes problemas que tiene la Constitución Federal es que no se le ha dejado evolucionar y desarrollarse con base en la interpretación de sus preceptos. Cada vez que se tiene la necesidad de adecuar una nueva realidad (o conveniencia) a nuestro marco jurídico, se ha optado por cambiar el texto constitucional. El resultado es que existen tres veces más reformas que artículos constitucionales, cuando lo correcto sería que el Poder Judicial de la Federación interpretara los preceptos constitucionales a la luz de los cam-

<sup>1</sup> La reforma a la que se hace alusión, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2005.

bios propios de una sociedad dinámica, que interactúa en un mundo cada día más globalizado.

Antes de realizarse la reforma, hubo pronunciamientos acerca de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto), ya que se consideró que ciertas interpretaciones invitaban a la analogía, que había tipos abiertos, que se violaba el monopolio de la acción penal del Ministerio Público, que se permitía la cadena perpetua, que no había una correlación entre el delito y la pena, que se violaba el principio de *ne bis in idem*, que no operían las inmunidades, que se aplicaría la irretroactividad a la fecha de adhesión y que el artículo 119 constitucional permite la extradición sólo a Estados.<sup>2</sup>

Ante estas objeciones, el objetivo de este artículo no es refutarlas, sino exponer algunas interpretaciones, analogías, situaciones fácticas e instrumentos que pudieron haber dado respuesta a la falta de constitucionalidad del Estatuto. De tal manera, se describirán estos instrumentos para evidenciar que el Estatuto es perfectamente compatible con la Constitución Federal, por lo que resultaba innecesario “parcharla”. Igualmente, se analizará el párrafo octavo del artículo 21 vigente y se determinará de qué manera pudo haberse mejorado o, en dado caso, derogarse. Con este análisis se evidenciará que era necesario y oportuno haber incluido en la reforma de 2008, la modificación de este párrafo para que México actuara en consonancia con sus obligaciones internacionales.

Para alcanzar los objetivos señalados, el artículo se dividirá en dos apartados principales. En el primero se estudiarán todos aquellos instrumentos que pudieron haber evitado la reforma constitucional.

Para esto, es preciso tomar en cuenta que al estudiar la constitucionalidad de algún tratado (o ley), es importante determinar *a priori* si es posible una interpretación armónica entre el instrumento jurídico y la propia Ley Fundamental. En este sentido es perfectamente válido que la Suprema Corte le dé una interpretación tal al tratado que resulte compatible con la Constitución. Así el tratado, para ser constitucio-

<sup>2</sup> Para un recuento detallado de las objeciones constitucionales que se argumentan, véase García Ramírez, Sergio, “Cuestiones constitucionales a propósito de la Corte Penal Internacional” en *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio 2002, pp. 175-189. También véase Corcuera Cabezut, Santiago y Guevara Bermúdez, José Antonio, *Justicia penal internacional*, México, Universidad Iberoamericana de México, 2001.

nal, debe interpretarse a la luz de la glosa establecida por la Corte. Solamente en caso de que sea imposible darle una delimitación interpretativa que resulte compatible con la Constitución, debe proceder la declaración de inconstitucionalidad, es decir, los tratados internacionales gozan de la presunción de constitucionalidad.<sup>3</sup> De este modo,

basta que un tratado internacional lo firme el Ejecutivo, por sí o por conducto de plenipotenciarios, lo apruebe el Senado y se publique en el *Diario Oficial de la Federación*, para presumir que es acorde con la Constitución Federal, en el entendido de que esa presunción legal subsistirá hasta en tanto se declare la inconstitucionalidad o ilegalidad correspondiente por el órgano competente en la vía idónea.<sup>4</sup>

En el segundo apartado, se analizará el párrafo octavo del artículo 21 de la Constitución y se dará una propuesta sobre éste.

<sup>3</sup> Cfr. “AGUA. LOS AUMENTOS PROGRESIVOS EN EL COBRO DE DERECHOS POR SU SUMINISTRO NO IMPLICAN NECESARIAMENTE, QUE SEAN INCONSTITUCIONALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Novena Época, Tomo III, febrero de 1996, p. 135; “SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA EN AMPARO CONTRA LEYES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS. PROCEDE CUANDO EL PRECEPTO RECLAMADO SEA MANIFIESTAMENTE VIOLATORIO DE UN DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, PRODUCIENDO INDEFENSIÓN AL PARTICULAR”, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Pleno, Tomo IV, Primera Parte, julio a diciembre de 1989, p. 121. Vid. Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano del 3 de enero de 2003, <http://www.tc.gob.pe/audiencias/0010-2002-AI.html>; en donde el tribunal constitucional de aquel país dio una interpretación restrictiva a la legislación antiterrorista para adecuarla a la Constitución, de forma tal que se evito la anulación de gran parte de ella y la creación de una laguna legislativa importante.

<sup>4</sup> “TRATADOS INTERNACIONALES. DEBEN PRESUMIRSE APEGADOS AL TEXTO CONSTITUCIONAL HASTA EN TANTO SE DEMUESTRE SU INCONSTITUCIONALIDAD EN LA VIA PROCEDENTE”, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, Tomo XXVI, julio de 2007, p. 384. En este punto, es oportuno señalar que México firmó el Estatuto de Roma el 7 de septiembre del 2000; lo ratificó el 28 de octubre de 2005; se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2005 y entró en vigor el 1 de enero de 2006.

## II. ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS QUE PUDIERON HABER EVITADO UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

### II.1 *Exclusividad de la acción penal y principio de complementariedad*

La propuesta que se aprobó y se publicó el 20 de junio de 2005, fue aquella que se basó en la reforma que hizo Francia con respecto a la CPI. Sin embargo, nuevamente, el Congreso de la Unión copió la ley de un país extranjero para aplicarla en México, sin considerar que los sistemas jurídicos son distintos y que es preciso adecuar las leyes a la sociedad y realidad concretas del país, y que lo que puede servir a un país puede no servir a otro. Además, no entendió que en cada país las reformas tienen sus propias razones y procesos.<sup>5</sup>

Así, el cambio constitucional añadió un párrafo al artículo 21 que señala: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. El razonamiento para reformar este artículo, fue que el artículo 21 regulaba la exclusividad del Ministerio Público para la investigación de los delitos,<sup>6</sup> y que dicho monopolio impedía reconocer la jurisdicción de la Corte.

Si bien el artículo en cuestión al hablar de autoridad judicial se refiere a la Federación y a los estados, al momento de hacer la reforma no existía obstáculo alguno para interpretar este precepto, e incluir en él la jurisdicción internacional aceptada por un tratado de la misma índole.

En este caso, hubiera sido mejor haber interpretado de manera expansiva el término “autoridad judicial” para incluir en él a la autoridad judicial internacional, lo que estaría acorde con el espíritu del artículo en cuestión y con la propia Constitución, en virtud del artículo 133. En otras palabras, si la Constitución le da la calidad de

<sup>5</sup> Véase Osorio Isaza, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, México, INACIPE, 2007, p. 6. Este autor señala que no hay “modelos a copiar o trasladables de un Estado a otro, por abundante que fuera la coincidencia de elementos culturales, de carácter delictivo o de condiciones sociales que pudieran identificarse, pues jamás podría suplantarse la idiosincrasia jurídica de un Estado...”

<sup>6</sup> Como podrá observarse, en 2005, el artículo 21 todavía no compartía la exclusividad de la investigación de los delitos con la policía, tal como se tiene contemplada ahora con la nueva reforma.

autoridad judicial a la federal y a la estatal, también se la da a la internacional, porque los tratados son ley suprema de la Nación.

Ahora bien, si lo que preocupaba al momento de realizar la reforma era la invasión de las funciones del Ministerio Público por el Fiscal de la Corte, esto era un punto muy salvable, que bien pudo haberse arreglado con la interpretación del tratado y del principio de complementariedad que rige a la CPI.

En virtud del principio de complementariedad, los tribunales nacionales siempre tendrán prioridad para juzgar los crímenes competencia de la Corte.<sup>7</sup> Inclusive, esto se ha reconocido como una obligación de los Estados. Es decir, los tribunales de los Estados están obligados a investigar y enjuiciar los crímenes competencia de la Corte que hayan ocurrido en su territorio. Únicamente, en caso de que dichos tribunales no tengan la voluntad de hacerlo o estén incapacitados, es que la CPI investigará los crímenes.

Así, los tribunales mexicanos están obligados a juzgar los delitos cometidos en México, por mexicanos o en contra de mexicanos, en términos del Código Penal Federal.<sup>8</sup> Esto quiere decir que los tribunales mexicanos siempre procesarán, antes que cualquier tribunal internacional, a quienes cometan los delitos establecidos en el Estatuto, por lo que sus funciones no se verán comprometidas.<sup>9</sup> En términos generales, esto indica que cualquier posible violación a la Constitución no se actualizaría si México ejerce su jurisdicción primaria, y enjuicia a los probables responsables de los crímenes determinados.

Además, hay que sumar a esto que conforme al artículo 20.3 del Estatuto, la CPI no podrá juzgar a persona alguna que ya haya sido procesada por algún otro tribunal, salvo que ocurran los supuestos de falta de voluntad o de capacidad para investigar o procesar.<sup>10</sup>

Tómense en cuenta los casos en los que hubo la necesidad de establecer tribunales especiales. En la Ex Yugoslavia y Ruanda hubo un verdadero y tangible quebrantamiento de las instituciones locales de persecución y administración de justicia, al grado de volverse inexistentes.<sup>11</sup> Es poco probable que en México se dé una situación equipar-

<sup>7</sup> Artículo 17.1 del Estatuto.

<sup>8</sup> Artículo 4 del Código Penal Federal.

<sup>9</sup> Véase artículo 1 del Estatuto.

<sup>10</sup> Artículo 17 del Estatuto.

<sup>11</sup> En el artículo 17 del Estatuto se establecen los requisitos que se deben cumplir para que se den estos supuestos.

rable que amerite la intervención de la Corte. Sino todo lo contrario, existen más probabilidades de que México se pudiera ver involucrado en la etapa de la cooperación, como sucedió en el caso Cavallo.

A manera de conclusión, antes de haber hecho la reforma hubiera sido mejor darle una interpretación expansiva al término “autoridad judicial”, para que no se desvirtuara la exclusividad de la acción penal en el Ministerio Público. A esta interpretación se le pudo haber sumando la interpretación del principio de complementariedad de la CPI. Así, en principio, cualquier violación a la Constitución no se actualizaría si México ejerce su jurisdicción primaria.

## II.2 Extradición

En cuanto a la extradición, ésta puede ser definida como: “(...) una institución de Derecho Internacional, implementada entre los signatarios de un tratado para lograr auxilio o colaboración recíproca, en la entrega de un indiciado, procesado, acusado o sentenciado por una de las partes (requerida) o para que la otra parte (requirente) provea que la administración de justicia cumpla su objetivo y fines y se reprima la delincuencia.”<sup>12</sup>

México ha firmado y ratificado varios tratados internacionales en esta materia, y es la propia Secretaría de Relaciones Exteriores quien lleva a cabo los trámites necesarios,<sup>13</sup> lo cual es también cuestionable, pues la Procuraduría General de la República es la instancia más adecuada para desahogar estos procedimientos, tal como lo establece la Constitución y como sucede con la entrega de personas buscadas por una entidad federativa y detenidas en otra.

La extradición internacional encuentra su fundamento en los artículos 119, párrafo tercero, y 133 de la propia Constitución, y por medio de ella el Estado mexicano auxilia en la persecución de los delitos a otros países y otros países auxilian al nuestro, sin que se argumenten problemas de jurisdicción o exclusividad.

Es cierto que la entrega, figura por la cual se obligan los Estados parte a someter a una persona a la jurisdicción de la CPI, y la extradi-

<sup>12</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Procedimientos para la Extradición*, México, Porrúa, 1993, pp. 1-2.

<sup>13</sup> Artículo 17, Ley de Extradición Internacional.

ción son distintas.<sup>14</sup> La primera tiene una regulación exhaustiva en el Estatuto, mientras que la segunda apenas se menciona. Lo único que se señala es la prelación que deberán tener en el caso de que haya solicitudes concurrentes.<sup>15</sup> Sin embargo, de la lectura del propio Estatuto no se desprende una diferencia sustancial en su naturaleza, procedimientos y fines. Por lo tanto, para llevar a cabo la entrega y resolver problemas análogos se podría —sin dificultad alguna— aplicar los procedimientos establecidos en la Ley de Extradición Internacional. En caso de que no se acepte esta interpretación, entonces se podría considerar una reforma a la mencionada ley, que solamente indique que en casos de entrega se aplicarán las disposiciones de la misma.

A su vez, esto es compatible con los artículos 87.1 a), 88 y 89.1 del Estatuto, que remiten al Derecho interno la regulación de estos procedimientos, el primero de los cuales obliga a los Estados a establecer el conducto idóneo para la cooperación con la Corte, al momento de ratificar el Estatuto.

Este argumento se ve reforzado por el artículo 4 del Estatuto de Roma, que le otorga personalidad jurídica internacional a la Corte, lo cual la colocará en el mismo plano que cualquier persona jurídica reconocida por el Derecho Internacional (los Estados y las organizaciones internacionales).<sup>16</sup> De tal suerte, no existe impedimento para establecer una analogía entre cualquier Estado y la CPI. Es decir, México podría actuar en relación con este Tribunal tal y como lo hace en múltiples casos cuando algún país solicita una extradición o cuando el país solicitante es México, situaciones en que la autoridad judicial mexicana no se ve menoscabada, por lo que tampoco tendría que verse afectada por el ejercicio competencial de la Corte.

En términos generales, la idea expuesta en este apartado descansa sobre el presupuesto de que no existe una relación jerárquica entre la CPI y los Estados parte, y en concreto entre aquélla y los órganos nacionales de procuración y administración de justicia. En realidad la relación es horizontal, en otras palabras, el trato entre la Corte y los Estados parte es entre iguales, tal y como sucede en los trámites de

<sup>14</sup> El propio Estatuto distingue entre la entrega y extradición, toda vez que no utiliza la misma terminología. Véanse los artículos 102 y 90.1.

<sup>15</sup> Véase el artículo 90 del Estatuto.

<sup>16</sup> Respecto de los sujetos de Derecho Internacional, véase Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 260-313.

extradición, en donde los Estados involucrados se encuentran con ánimo de colaboración. Este entendido es lo que hace que las analogías con la extradición sean aplicables para resolver un gran número de objeciones a la constitucionalidad del Estatuto.

### *II.3 Declaraciones interpretativas*<sup>17</sup>

Otro punto a tratar relacionado con todo lo anterior es el tema de la declaración interpretativa. Ésta es un instrumento jurídico que México pudo haber utilizado para encausar sus intereses de justicia penal, tal y como se reflejan en la Constitución. Si bien es cierto que el artículo 120 del Estatuto no permite que un Estado formule reservas, no existe disposición similar para el caso de declaraciones, las cuales tienen como objetivo establecer en qué términos se entiende una disposición del Tratado. Esto pudo haber sido utilizado por México para que algunos artículos se ajustaran al sistema constitucional mexicano.

Es importante mencionar algunos ejemplos de declaraciones que, hasta el momento, se han emitido por los Estados para ilustrar este punto. En este sentido, Andorra y España han establecido que las sentencias se compurgarán conforme a su Derecho interno. Australia ha mencionado que el Fiscal General de aquel país tiene la facultad de investigar y procesar por cualquier crimen competencia de la Corte, a las personas cuya entrega sea solicitada por la misma. De esta manera es necesario que el Fiscal General expida un certificado para que proceda la entrega, o una persona sea detenida en virtud de una orden de aprehensión.

Colombia ha hecho una serie de declaraciones de enorme interés, ya que se ha reservado el derecho de otorgar amnistías, reconocimientos de inocencia y perdones, aclarando que estos deberán estar sujetos a su Constitución y a las normas de Derecho Internacional reconocidas por el propio Estado. En segundo lugar, ha entendido que las disposiciones del Estatuto deben ser interpretadas y aplicadas de manera consistente con el Derecho Internacional Humanitario. En tercer plano, ha establecido que los ciudadanos colombianos sujetos a la jurisdicción de la Corte deberán gozar de una garantía de

<sup>17</sup> La información sobre declaraciones contenida en este apartado, fue obtenida de [untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp](http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp) (visitada el 11 de noviembre de 2002).

defensa plena durante la investigación y el proceso.<sup>18</sup> La última declaración interpretativa señala que nada de lo establecido por el Estatuto altera la ley nacional aplicada por las autoridades judiciales, dentro del territorio colombiano.

En cuanto a la aplicación de la ley nacional, se han hecho otras declaraciones importantes, sobre todo en lo que a los tipos criminales se refiere. Australia ha señalado que estos se entenderán conforme a su Derecho interno: "Australia además declara que entiende por los crímenes en los artículos 6, 7 y 8 serán interpretados y aplicados de conformidad con la manera en que son implementados en el derecho doméstico australiano."

Por su parte, Egipto declaró que el artículo 8.2 (b) será interpretado de tal forma, que se incluyan las armas nucleares: "La República Árabe de Egipto declara que su entender del artículo 8 del Estatuto de la Corte es el siguiente:

(a) Las disposiciones del Estatuto en lo referente a los crímenes de guerra referidos en el artículo 8 en lo general, y en el artículo 8, párrafo 2 (b) en lo particular, serán aplicadas respecto de los medios por los que se perpetrar o por el tipo de arma usado, incluyendo armas nucleares, las cuales son de naturaleza indiscriminada y causan daños innecesarios, en contravención al derecho humanitario internacional."

Por su parte Francia y Nueva Zelanda han sostenido, contrariamente a la interpretación hecha por Egipto sobre las armas nucleares, que éstas deberán de estar excluidas. Adicionalmente, Francia ha propuesto interpretaciones para los términos "conflicto armado", "ventaja militar" y "objetivo militar".

Finalmente, el Reino Unido ha manifestado que desea que el Derecho Consuetudinario Internacional sea usado para complementar los tipos criminales del artículo 8.2 (b) y (c).

<sup>18</sup> Esto viene a colación toda vez que de conformidad con el artículo 61.2, se puede desarrollar la audiencia de confirmación de los cargos en ausencia. "En este caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia". Es decir, que al imputado se le podrán confirmar los cargos sin que esté presente y sin que esté representado, a menos que dicha representación redunde en interés de la justicia. Esto sin duda afecta el derecho a la defensa adecuada.

Estas declaraciones, a pesar de versar sobre temas distintos, como son la intervención del Fiscal, la manera de aplicar las penas, la interpretación de ciertas disposiciones o del Estatuto en general, han servido para adaptar el Estatuto a la realidad o percepción de cada país, no a la inversa, como sería el caso de una reforma constitucional. De tal manera que México pudo haber tomado la misma postura, y haber hecho declaraciones pertinentes y redactadas con precisión que ayudaran a interpretar, conforme al texto constitucional, cualquier posible desviación del Estatuto. De esta forma, al momento en el que el tratado fuera aplicado en México —o con efectos en México— no se hubiera dejado abierta la interpretación del Estatuto, sino que hubiera tenido que ser aplicado de conformidad con las declaraciones.

A manera de ejemplo, México pudo haber declarado la forma de interpretar los supuestos tipos abiertos<sup>19</sup> contenidos en el Estatuto o algunas figuras procesales como el tiempo de la detención, para que éste se ajustara a los tiempos de extradición y no al término constitucional de 72 horas, o lo que debe entenderse por “motivo razonable” como requisito para dictar una orden de detención,<sup>20</sup> el cual pudo haber sido interpretado en términos del artículo 16 constitucional, párrafo segundo.

Así México, al hacer la ratificación del Estatuto, pudo haber hecho declaraciones interpretativas que ayudaran a que su contenido se adecuara más a nuestra legislación, y se pudieran arreglar cuestiones de constitucionalidad sin necesidad de realizar una reforma constitucional.

### III. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO OCTAVO DEL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL

#### *III.1 El artículo 21, párrafo octavo, de la Constitución y las obligaciones internacionales de México bajo el Estatuto de Roma*

Tal y como ya se había mencionado, la reforma en México sobre la CPI se basó en la reforma que Francia hizo a su Constitución. Sin embargo, la reforma francesa se consideró necesaria después de haber

<sup>19</sup> El tipo abierto, se puede entender como aquél cuya definición es lo suficientemente amplia como para incluir varias conductas en su concreción, volviendo la aplicación de la norma impredecible y por ende violatoria de garantías.

<sup>20</sup> Véase el artículo 58.1 a. del Estatuto.

hecho un estudio por el Consejo Constitucional de aquel país, en el cual se dictaminó que el Estatuto era incompatible con la Constitución.<sup>21</sup>

En este análisis se detallaron algunas contradicciones con la Constitución francesa, por lo tanto, el propio Consejo Constitucional estableció que era indispensable reformar la Constitución para hacerla compatible con el Estatuto de Roma. Fue en virtud de este análisis que se incorporó el artículo 53-2 que indica: "La República podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo con las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998."<sup>22</sup>

La redacción actual del párrafo octavo del artículo 21 constitucional adolece de varios problemas,<sup>23</sup> pero en virtud de que los fines de este estudio se limitan a la constitucionalidad del tratado en cuestión, solamente se resaltarán los pertinentes.

En primer lugar, la reforma inspirada por la hecha en Francia se distingue en que en este país se autorizó a la República la aceptación de la jurisdicción de la Corte, por una sola vez y para los efectos a que el Estatuto tuviere lugar. Contrariamente, en el dispositivo mexicano, la aceptación de la jurisdicción se hará en "cada caso". Lo anterior es preocupante, ya que es violatorio del propio instrumento y pudiera producir responsabilidad internacional por parte de nuestro país.<sup>24</sup>

En efecto, esta redacción vulnera las dos obligaciones principales que adquiere un Estado al ratificar el Estatuto: el reconocimiento de

<sup>21</sup> Véase *Conseil Constitutionnel*, Decisión núm. 98-408 du 22 janvier 1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98408/98408dc.htm>.

<sup>22</sup> Traducción en <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>

<sup>23</sup> Afortunadamente, el Poder Legislativo se ha dado cuenta de los problemas que implica la redacción vigente del párrafo octavo del artículo 21 y ha lanzado una iniciativa de reforma a dicho párrafo. Véase Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo quinto del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que el Estado mexicano reconozca la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, disponible en <http://www.senado.gob.mx/gace.php? sesion = 2008/02/28/1&documento = 26>, miércoles 3 de septiembre, 13:04.

<sup>24</sup> Es indispensable recordar que la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados (D.O. 14/fb/1975) establece, por un lado, que no se podrá invocar el Derecho interno para eludir el incumplimiento de una obligación internacional (art. 27). Además, el mismo instrumento internacional establece que una vez que un tratado es firmado por un Estado, éste no podrá ir en contra del mismo (arts. 11 y 12).

la jurisdicción de la Corte en todos los casos de su competencia,<sup>25</sup> y la obligación general de cooperar con la misma.<sup>26</sup> Esto acarrea incumplimiento del tratado y, por lo tanto, responsabilidad internacional.

Además la reforma es contradictoria, pues por un lado el dictamen de la misma estableció el deseo de que México formara parte del sistema del Estatuto, pero la propia reforma establece límites importantes, como anteponer el Derecho nacional al tratado y establecer cláusulas que, en esencia, constituyen una reserva al mismo, lo cual también se podría considerar como incumplimiento, ya que el artículo 120 del Estatuto claramente se señala que: "no se admitirán reservas al presente Estatuto".

Por otro lado, la reforma pretendía establecer las bases constitucionales para la ratificación del Estatuto, pero lo que realmente hizo fue ubicar a México en los supuestos de la aceptación *ad hoc* de la competencia de la Corte.<sup>27</sup>

En este punto, también es importante que se tomen en cuenta los antecedentes y las negociaciones del Estatuto. En la iniciativa de la Comisión de Derecho Internacional, el artículo 22 abrió la posibilidad de que los Estados limitaran o extendieran su aceptación de la jurisdicción de la CPI, especialmente por ciertos crímenes o por cierto tiempo. A esto se le denominó *opting-in regime*.

Sin embargo, este régimen haría que la Corte no tuviera jurisdicción inherente y que siempre necesitara el consentimiento explícito del Estado para que ejerciera su jurisdicción. Esto, a su vez, hubiera provocado que probablemente la Corte nunca hubiera operado, ya que hubiera dependido completamente de la decisión de los Estados para que se activara su jurisdicción o no.

Esta propuesta fue muy criticada y la consideraron como una especie de jurisdicción "a la carta", que era difícil de aceptar si la CPI estaba pensada para investigar y enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.<sup>28</sup> Ante estas críticas, la

<sup>25</sup> Artículo 1 del Estatuto.

<sup>26</sup> *Ibidem*, artículo 86.

<sup>27</sup> Véase Stahn, Carsten *et al*, "Developments at the International Criminal Court: the international criminal court's ad hoc jurisdiction revisited" en *American Journal of International Law*, Vol. 99, abril 2005; Kaul, Hans Peter, "Preconditions to the exercise of jurisdiction", en Cassese Antonio *et al* (eds.), *The Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 583-616.

<sup>28</sup> Hans Peter, Kaul, *Op. cit.*, p. 593.

Comisión de Derecho Internacional propuso el llamado *opting-out regime*, que consistía en que los Estados aceptarían la jurisdicción de la Corte, excepto de los crímenes expresamente excluidos por cada uno de los Estados.

Estos regímenes tuvieron poco apoyo. Por lo tanto, durante las negociaciones del Estatuto se buscaron más alternativas. Entre ellas se encontró la propuesta de Corea, que en su parte relevante señaló que un Estado, al convertirse en parte del Estatuto, se consideraba que había aceptado y acordado el ejercicio de la jurisdicción de la Corte una vez y para todas.<sup>29</sup>

La propuesta coreana fue considerada como a favor de una Corte que efectivamente pudiera operar y tuvo mucho apoyo; tanto, que se refleja claramente en el primer párrafo del actual artículo 12 del Estatuto.

Entonces, si se toman en cuenta estas negociaciones y la reforma del artículo 21 constitucional se verá que ésta entra dentro del supuesto del *opting-in regime*, ya que el Estado mexicano limita su aceptación de la jurisdicción de la Corte a casos en concreto. Es decir, el Estado mexicano señalará respecto de que casos si permitirá que la Corte actúe.

Con esto, se echa por la borda el largo proceso que se dio antes de que se aprobara el texto final del Estatuto y se llegó a lo que los negociadores de Roma querían evitar: una Corte sin jurisdicción inherente, y que dependiera de los Estados para poder trabajar. El legislador mexicano no tomó en cuenta que las disposiciones del Estatuto tienen una razón de ser y toda una historia de negociaciones detrás.

Además una reforma de este tipo a la Constitución no era necesaria, ya que el artículo 133 señala que los artículos firmados por el titular del Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado son “Ley Suprema de toda la Unión”.<sup>30</sup> Por lo que si un tratado, como el Estatuto,

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 599.

<sup>30</sup> “TRATADOS INTERNACIONALES . SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL,” *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Pleno, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, p. 6. Esta jurisprudencia indica que en la Constitución se puede identificar un “orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales”. Además, “se concluye que los tratados interna-

establece una jurisdicción internacional, no es necesario que se autorice su celebración expresamente; solamente es necesario seguir los procedimientos que la propia Constitución señala, además de las cuestiones administrativas marcadas en la Ley sobre la Celebración de Tratados, para que el instrumento internacional se incorpore al sistema jurídico mexicano.

Así, esta reforma “a la francesa” fue inútil. Esto viene a ser confirmado por el hecho de que en ningún momento se contempló la necesidad de reformar la Constitución, para autorizar a la Federación reconocer la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>31</sup>

A esto se le debe sumar el hecho de que, tal y como está redactada la reforma, se podría negar la jurisdicción de la CPI, bajo el alegato de que el Derecho interno no permite que la Corte ejerza su competencia sobre un caso en cuestión. Dicho argumento, traería como consecuencia que México violara la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975, que en el artículo 27 señala: “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”.

Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que una vez que el Estado mexicano suscribe un tratado, “contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”.<sup>32</sup>

En este sentido, se ha indicado que actualmente “se admite la responsabilidad internacional de un Estado por la promulgación de leyes contrarias a ese orden jurídico, y más claramente, de las que resultan en contraposición a un tratado (...) De igual manera, pue-

cionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales”.

<sup>31</sup> Véase el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de enero de 2000.

<sup>32</sup> “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Op. cit.*

de resultar la responsabilidad internacional cuando no actúa abrogando una ley que sea incompatible con obligaciones internacionales contraídas por el Estado”.<sup>33</sup>

En este caso se podría llegar hasta la Corte Internacional de Justicia, ya que el artículo 119, párrafo segundo, del Estatuto señala que: “(c)ualquier controversia que surja entre dos a más Estados respecto de la interpretación o aplicación del presente Estatuto que no se resuelva mediante negociaciones en un plazo de tres meses contado desde el comienzo de la controversia será sometida a la Asamblea de los Estados partes. La Asamblea podrá tratar de resolver por sí misma la controversia o recomendar otros medios de solución, incluida su remisión a la Corte Internacional de Justicia...”.

A manera de conclusión, este apartado se basa en la idea de que el actual párrafo octavo del artículo 21 constitucional sobre la Corte no va de acuerdo con las negociaciones del Estatuto, ni con su objeto y fin, y viola algunas de sus disposiciones y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por lo tanto, se sugiere que ésta se derogue, pues de no ser así, México podría incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de una obligación internacional contenida en los tratados que el Estado mexicano firmó y ratificó de manera soberana.

### *III.2 Invasión de esferas competenciales*

En cuanto a la Constitución se refiere, se puede advertir que conforme a la reforma vigente el Poder Legislativo (a través del Senado) puede invadir las esferas competenciales del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre el procedimiento. Si bien es cierto que el Senado es el garante de la política exterior mexicana,<sup>34</sup> también lo es que la aceptación de la jurisdicción de la Corte es una función jurisdiccional, idea que encuentra apoyo precisamente en la ubicación que se le dio al párrafo octavo del artículo 21, el cual menciona el papel que debe jugar el Ministerio Público en el ámbito del proceso penal.

La Constitución solamente prevé como función jurisdiccional del Senado el “(e)regirse en jurado de sentencia para conocer del juicio

<sup>33</sup> Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, México, Porrúa, 2006, pp. 241 y 242.

<sup>34</sup> Constitución, artículo 76, fracción I.

político de las faltas u omisiones que cometan los funcionarios públicos (...)", en los términos que la propia Constitución señala.<sup>35</sup>

De conformidad con la reforma, el Senado tendría que calificar la competencia de la CPI, cuando en todo caso le corresponde al Ministerio Público de la Federación la investigación y persecución de los delitos federales;<sup>36</sup> por lo que le correspondería a la Procuraduría General de la República señalar si se está conociendo de algún crimen competencia de la Corte antes de que ésta ejerza su competencia. Entonces, si la calificación se da durante la etapa de averiguación previa, el Senado invadiría las funciones del Ministerio Público. Nótese que se caería en lo mismo que se trató de evitar con la reforma, ya que ésta pretendía evitar la invasión de la exclusividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal de la Corte. Sin embargo, al mismo tiempo, con la reforma se invade las funciones ministeriales del Ministerio Público por el Senado.

Ahora bien, si la calificación se da después del ejercicio de la acción penal, entonces la invasión de esferas afecta a los tribunales de la Federación, a quienes corresponde conocer de "todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y la aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. (...)".<sup>37</sup>

Igualmente dentro de las facultades que se le otorgan al Ministerio Público Federal y a los tribunales de la Federación en los procesos penales, se encuentra la de determinar su propia competencia.<sup>38</sup> Facultad que se ve limitada por el Senado, que no debe tener injerencia en el ámbito del Ejecutivo y Judicial.

Por su parte, la mención del Ejecutivo federal parece acertada, pero debería aclararse que el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte es facultad de la Procuraduría General de la República, pero con el mismo matiz que señaló Australia al momento de ratificar el Estatuto,<sup>39</sup> y permitir que la Procuraduría General de la República determi-

<sup>35</sup> Constitución, artículo 76, fracción VII.

<sup>36</sup> Véase Constitución, artículos 21, párrafo 1 y 102, apartado A, párrafos 1 y 2; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículo 8, fracciones I, b) y II a)

<sup>37</sup> Constitución, artículo 104, fracción I; Ley Órgánica del Poder Judicial de la Federación, artículo 50, fracción I.

<sup>38</sup> Véase Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 11, fracción I.

<sup>39</sup> Véase la sección correspondiente.

ne su propia competencia para investigar y perseguir los delitos. En el remoto supuesto de que no tuviera competencia, entonces se deberá proceder en términos similares a los de una extradición.

Con lo antes expuesto, se deduce que la reforma vigente al artículo 21 invade la competencia del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo. Por lo tanto, habrá que derogarla para que esto ya no sea así y se eviten problemas posteriores.

#### IV. REFORMAS NECESARIAS: UNA PROPUESTA

Por último, se ha mencionado implícitamente la necesidad de reformas secundarias<sup>40</sup> y se ha tratado de sustentar el argumento de la innecesariedad de reformas constitucionales. Esto no quiere decir que no sea necesario implementar reformas a la legislación secundaria. Ya se mencionó la posibilidad de reformar la Ley de Extradición Internacional, para incluir la figura de la entrega.

Igualmente, es necesario establecer la tipicidad de los crímenes competencia de la Corte, ya sea en el Código Penal Federal o en una ley especial, pues aunque hay figuras análogas éstas no corresponden directamente.<sup>41</sup> Esto no representa mayor problema, ya que al ser ratificado el Estatuto es parte del sistema jurídico mexicano, conforme al artículo 133 constitucional, de tal manera que los tipos penales ahí descritos al convertirse en parte del Derecho Penal mexicano se convierten, al mismo tiempo, en delitos federales, quedando así cubierto el principio de legalidad.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Actualmente se han trabajado dos leyes de implementación del Estatuto: una sobre cooperación y otra sobre aspectos sustantivos del Estatuto.

<sup>41</sup> Véase *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571, 578 - 9. En este caso se desechó el argumento de que no se cumplía con el principio de doble criminalidad, toda vez que no es necesaria una correspondencia directa entre los tipos penales en un país y otro; mientras los hechos por los que se busca la extradición estén contemplados de alguna manera en ambas legislaciones.

<sup>42</sup> La posibilidad de que un tratado internacional contemple tipos penales está reconocida por el propio Código Penal Federal, en el primer párrafo del artículo 6: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un *tratado internacional* de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo." (énfasis del autor). Véase el artículo 50, fracción I (a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Amparo Directo en Revisión 2922/98.

Ese argumento se basa en la premisa de que las conductas (o situaciones) contempladas en este instrumento, son conductas criminales de conformidad con el Derecho Internacional, ya sea convencional o consuetudinario.<sup>43</sup> Ahora bien, si se considera que esto no es suficiente, dado que en estricto sentido la ratificación del Estatuto se limita a reconocer la jurisdicción de la Corte,<sup>44</sup> los delitos establecidos por el Estatuto se pueden incorporar al Código Penal Federal, o establecer como tipos delictivos en una ley especial.

Por último, se ha señalado que con la reforma vigente sobre la CPI, México incumple sus obligaciones internacionales bajo el Estatuto, y además el Senado, al tener que calificar la posibilidad de que ciertos hechos puedan constituir crímenes bajo el Estatuto, invade la competencia de los otros poderes. Es por esto que se propone que se derogue la reforma constitucional hecha.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se ha tratado de demostrar que no era necesaria la reforma hecha a la Constitución sobre la CPI, ya que hubiera sido posible interpretar términos como autoridad judicial de manera expansiva, conjuntamente con el principio de complementariedad para proteger la exclusividad de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Además de esto, antes de hacer la reforma se pudieron haber buscado figuras análogas que pudieran encajar en la legislación, sin necesidad de recurrir a los cambios. Tal es el caso de la entrega que regula el Estatuto, y que es muy parecida a lo que en México se conoce como extradición, de la que se tiene una regulación y con base en ella estas figuras se podrían homologar. O también se pudo haber ratificado el Estatuto con declaraciones interpretativas, y así México pudo haber hecho que el tratado se adecuara lo más posible a su sistema jurídico.

<sup>43</sup> Al ser la costumbre fuente de Derecho Internacional, de conformidad con el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ésta también puede ser fuente de tipos penales, tal y como lo determinó sentando precedente el Tribunal de Nuremberg; *vid.* Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y su Resolución, 1950, Principio I.

<sup>44</sup> Así lo establecen los artículos 1º y 5º del Estatuto.

Ahora bien, la reforma a la Constitución hace que el Poder Legislativo invada la competencia de los otros poderes y hace que el Estado mexicano incumpla sus obligaciones internacionales, y con esto se da la posibilidad de que se incurra en responsabilidad internacional. Es por esto que se ha propuesto que se derogue dicha reforma. Es aquí en donde era importante haber incluido en la reforma integral al sistema de justicia penal el tema de la Corte, el cual sigue siendo un pendiente para México. Esto, en razón de que el análisis de la reforma de 2008 también cubre lo que no se incluyó y se considera que debió haber sido incluido, por el tipo de cambios que implica la reforma para nuestro sistema penal y por su profundidad.

Por otro lado no se debe tener temor a la derogación de dicha reforma, pues como se ha tratado de demostrar, una reforma a la Constitución sobre la CPI no era y no es necesaria (al menos por ahora). Primero se deben intentar agotar los recursos que se tengan a la mano, y estudiar seriamente el tratado a la luz del sistema jurídico mexicano para determinar qué tipo de reformas se necesitan.