

TRABAJO ACADÉMICO
de culminación de trayectoria académica de la Licenciatura en Derecho
Realizado en los términos del artículo 17 del reglamento de Distinciones
Universitarias de la Universidad de Guanajuato

**PROPUESTA DE GUÍA BÁSICA PARA EL ANÁLISIS SISTEMÁTICO
DE LOS CRÍMENES REGULADOS EN EL ESTATUTO DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL. ESPECIAL ENFOQUE A LOS
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD**

POR

LUIS FELIPE AMILKAR GUERRERO OROZCO

DIRIGIDO POR

DR. LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO

(Guanajuato, agosto de 2024)



UNIVERSIDAD DE
GUANAJUATO



SIGLAS Y ABREVIATURAS

CEPOLCRIM	Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales
CPI	Corte Penal Internacional
Corte	Corte Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ER	Estatuto de Roma
Et al.	Coautores
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TPI	Tribunal Penal Internacional
VV.AA.	Varios autores

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

PRIMERA PARTE APROXIMACIÓN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA CPI

1. LOS ORÍGENES	5
2. EL RUMBO A PARTIR DE LA DUDH.	6
3. EL PARTEAGUAS (1998)	6

CAPÍTULO II FUNCIONAMIENTO DE LA CPI

1. COMPETENCIA DE LA CPI

Competencia personal	7
Competencia material	7
Competencia territorial	8
Competencia temporal	8

2. PROCESO LEGAL

Examen preliminar	8
Investigación	9
Primeras diligencias	9
Etapa de juicio	9
Etapa de apelaciones	10
Ejecución de sentencia	10

SEGUNDA PARTE
PROPUESTA DE GUÍA BÁSICA PARA EL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS
CRÍMENES REGULADOS EN EL ESTATUTO DE LA CPI. ESPECIAL
ENFOQUE A LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO

1. BASES SISTEMÁTICAS	14
2. MARCO DE REGULACIÓN	17
3. CRÍMENES COMPETENCIA DE LA CPI (La parte especial del ER)	18

CAPÍTULO II
ELEMENTOS COMUNES DE LOS CRÍMENES REGULADOS EN EL ER

1. PRINCIPIOS GARANTISTAS	18
2. LOS BIENES JURÍDICOS	19
3. EL TIPO PENAL	20
Elementos materiales	20
Alcance de las acciones típicas	21
La imputación de resultados	21
Tentativa	21
Autoría y participación	22
<i>Regulación de la responsabilidad individual</i>	22
<i>Regulación específica</i>	23
<i>Tratamiento especial a los jefes y otros superiores</i>	24
<i>Propuesta de aplicación</i>	25
Contenido subjetivo del tipo	25
<i>Tratamiento general del comportamiento doloso</i>	25
<i>Presencia de elementos subjetivos específicos</i>	26
<i>Ausencia de dolo</i>	26
4. ANTIJURIDICIDAD	27
5. CULPABILIDAD	27
Inimputabilidad	28
Error de prohibición que deja sin efecto la conciencia de antijuridicidad	28
No exigibilidad de otra conducta	28
6. OTRAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD	29
7. IMPORTANCIA DE LA VÍCTIMA	29

8. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	29
Contenido material	30
Elemento contextual.....	30
Actos típicos realizados en el marco del contexto.....	31
Apertura típica	32
Comentario final	32
CONCLUSIONES	33
FUENTES	34

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de realizar un trabajo en los términos de lo dispuesto por el artículo 17 del Reglamento de Distinciones Universitarias, representa una gran oportunidad para desarrollar algún tema u objeto de análisis que tenga especial significado académico con la experiencia adquirida en nuestros estudios de licenciatura.

El presente trabajo me representa un especial significado, dado que se aborda desde una parte del derecho que es de mi especial interés: el Derecho penal. Por otro lado, recientemente tuve la oportunidad de formar parte del equipo de la Universidad de Guanajuato que participó en la *XI Edición del Concurso CPI, simulación judicial ante la Corte Penal Internacional (edición 2024)*. Esas circunstancias me han motivado a involucrarme en el tema en cuestión, y hacerlo con el conocimiento adquirido en mis estudios de licenciatura.

El trabajo consiste en la realización de una *propuesta de guía básica para el análisis sistemático de los crímenes regulados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Especial enfoque a los crímenes de lesa humanidad*.

La pretensión es que dicha guía pueda servir como un punto de partida para el análisis de los casos de dichos crímenes. Se estructura en dos partes. En la primera parte hacemos una breve semblanza de los antecedentes de la Corte Penal Internacional y de su funcionamiento.

En la segunda parte, propiamente se desarrolla la guía referida. Se plantea el estado de la cuestión y se asume postura en cuanto a la necesidad de estructurar los componentes de los crímenes que conoce la CPI. Asimismo, se justifica por qué esa guía adopta los principios de la dogmática jurídica penal alemana, y las bases sistemáticas sobre las cuales se desarrolla nuestra propuesta.

Es importante destacar que se asume como soporte normativo el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y el marco de regulación que en ese ordenamiento se precisa. Así, todas las propuestas formuladas mantienen ese soporte normativo, ninguna se construye en el vacío, siguiendo el rigor que prevalece en las elaboraciones dogmáticas.

Con ese sustento se construye la propuesta general para el análisis sistemático de los crímenes referidos en el ER. Previamente se sientan las bases garantistas

estipuladas en el propio ER, después se hace referencia a los bienes jurídicos, y luego se entra al contenido de cada categoría de los crímenes.

Cada crimen materia de la CPI sería motivo de un análisis profundo y detenido, lo cual escapa de los fines del presente trabajo. La experiencia adquirida en el concurso de la CPI donde el caso abordado fue sobre un crimen de lesa humanidad me motivó a realizar un esbozo general al respecto.

Por último, estimo necesario advertir los alcances del presente trabajo. No se trata de una tesis, tesina, ni de un estudio monográfico. Se formula una propuesta basada en un marco teórico mínimo, realizada con el cuidado, rigor, conocimiento, formación y limitaciones propias de un estudiante recién egresado del programa de la licenciatura en derecho.

En todo caso, este esfuerzo particular responde a la tradición de los estudios penales que singularizan a nuestro programa de derecho de la Universidad de Guanajuato y a la investigación que sobre esa materia se genera, siempre tratando abordar las necesidades y realidad imperante de nuestro tiempo. En el año de 1998, cuando se discutía sobre la posible creación del Tribunal Penal Internacional –que finalmente se denominó Corte Penal Internacional– un profesor (Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez) y un estudiante de doctorado, en ese entonces (Luis Felipe Guerrero Agripino), publicaron un artículo al respecto, en la Revista de Investigaciones Jurídicas. En ese artículo anticipaban las bondades y complejidad de la creación y funcionamiento de dicho órgano, al referir:

“La creación del TPI, sin duda alguna propicia el interés de diversos sectores sociales y académicos, pero particularmente de los que estamos involucrados en el estudio del derecho penal. Se avizora una alternativa jurídicamente idónea, socialmente fortalecedora, políticamente urgente y humanitariamente llena de esperanzas por alcanzar una aspiración legítima: la sensación de justicia, que a su vez se traduce en paz, orden y seguridad.

Pero al margen de cualquier deseo o propósito, corresponde al penalista –desde cualesquiera que sea ámbito– resaltar aquellos aspectos técnicos y políticos que de alguna manera puedan influir en el diseño, orientación y operatividad de este organismo...”¹

¹ OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: “La creación del tribunal penal internacional. Hacia una paz mundial sustentada en la justicia”, en: *Investigaciones Jurídicas*, n° 64, volumen VI, enero-junio de 1998, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, p. 54.

A 26 años de distancia de esa expectativa, se elabora esta aportación, con la idea de poder aportar algo a la discusión sobre ese tema y con la pretensión de seguir aprendiendo en el complejo mundo del derecho penal.

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA CPI

1. LOS ORÍGENES

Los orígenes de la justicia internacional pueden remontarse desde el origen del propio Estado. Particularmente, los antecedentes más próximos a la CPI son aquellas instituciones internacionales que llevaron el *ius puniendi* del Estado a un estrato internacional, mediante la creación de *tribunales ad hoc*, los cuales sólo tenían jurisdicción en un determinado territorio, y eran *ex profeso*, es decir, posterior a la comisión de las conductas delictivas que justificaron su instauración.²

Por consiguiente, los orígenes más inmediatos de la CPI se encuentran después de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la ONU y la Carta de Naciones Unidas (1945)³. Simultáneamente, además de crear dicho organismo para garantizar la paz entre las naciones, se buscó una institución con la intención de acabar con la impunidad por las atrocidades cometidas en el holocausto (incluso, esa motivación de combate a la impunidad perdura hasta ER⁴).

En consecuencia, se creó el primer tribunal *ad hoc*, que sirvió para juzgar a los principales autores nazis de los crímenes cometidos en Europa. Luego, en 1945 se constituyó el primer *Tribunal Militar Internacional*, también llamado: *Los Tribunales de Núremberg*⁵. A partir de su creación, varios oficiales nazis fueron juzgados por crímenes de guerra y Crímenes contra la humanidad. Asimismo, y bajo las mismas condiciones, fueron creados los Tribunales de Tokio⁶, para juzgar a los criminales de guerra japoneses que participaron en la segunda guerra mundial.

² Véase SALAS CHÁVEZ, Gustavo R.: “El Derecho Penal Internacional”, en *Criminogénesis*, año 1, número 4, México, 2009, p. 53.

³ Para más información acerca de los antecedentes de la CPI, véase GRIJALVA ETERNOD, José R.: “Aproximaciones a los desafíos de la Corte Penal Internacional en la aplicación de la justicia internacional penal: soberanía y complementariedad”, en (VV. AA): *Ensayos sobre temas selectos de la Corte Penal Internacional*, coords.: José Antonio Guevara Bermúdez y Javier Dondé Matute, Tirant lo blanch e INACIPE, México, 2016, pp. 1-36.

⁴ Véase la exposición de motivos del Estatuto de Roma.

⁵ United States Memorial Museum. “Introduction to the Holocaust”. Holocaust Encyclopedia. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/introduction-to-the-holocaust>. Consultado el 4 de Agosto de 2024.

⁶ También llamado Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

Cabe destacar que, técnicamente, los orígenes de la justicia internacional pueden surgir a partir de diversos eventos históricos anteriores, pero considero que este es un buen punto de partida, pues a partir de aquí, se considera que inicia el Derecho Penal Internacional Moderno⁷. Además, la Asamblea de la ONU aprobó los principios de Núremberg como la base de lo que constituiría la CPI.

2. EL RUMBO A PARTIR DE LA DUDH

Consecuentemente, un hito en la humanidad y antecedente de la CPI, la podemos ver la a través de la DUDH (1948), la cual, simboliza *un ideal común para todos los pueblos y naciones*⁸; significó un gran avance en los Derechos Humanos, donde, a mi parecer, a pesar de que no tiene relación directa con la CPI, guarda una relación intrínseca y próxima con la justicia internacional en general.

Bajo esa tesitura, se crearon los *Tribunales internacionales para la ex-Yugoslavia* (1993), el *Tribunal Internacional para Ruanda* (1994), el *Tribunal Especial para Timor Oriental* (2000), el *Tribunal Especial para Sierra Leona* (2002), las *Cámaras extraordinarias en los tribunales de Camboya* (2006) y el *Tribunal Especial para el Líbano* (2007).

Dichos tribunales, fueron creados para brindar justicia a las víctimas de crímenes de trascendencia humanitaria, ante crisis emergentes de Derechos Humanos en su territorio. Por tanto, la CPI, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, “ha venido desarrollando sus funciones en el marco de conflictos armados activos”⁹.

3. EL PARTEAGUAS (1998)

Finalmente, en 1998 se creó el Estatuto de Roma¹⁰, y entró en vigor el 1 de julio de 2002. Hasta agosto de 2024, ha habido 32 casos, 12 investigaciones en proceso, 5 investigaciones concluidas, 3 exámenes preliminares y 57 acusados.¹¹

⁷ Término usado en: WERLE, Gerhard y JESSBERGER Florian: “La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán El código penal internacional alemán” en *Revista de Penal* n° 12, julio 2003, España, p. 127.

⁸ Naciones Unidas, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos, preámbulo*.

⁹ Véase MEDELÍN URQUIAGA Ximena, ARJONA ESTÉVEZ Juan Carlos y GUEVARA B. José A.: *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer A.C., México, 2009, p. 13.

¹⁰ RAGUES I VALLÈS Ramón: “Dogmática Penal y Tribunales internacionales el miedo insuperable en la jurisprudencia penal internacional”, en (VV. AA) *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, coord.: Moisés Moreno Hernández, CEPOLCRIM, México, 2003, p. 399.

¹¹ <https://www.icc-cpi.int>

“¿Cómo podía ayudar el derecho a evitar las matanzas? Proteged al individuo, decía Lauterpacht; proteged al grupo, decía Lemkin”.¹²

CAPÍTULO II ***FUNCIONAMIENTO DE LA CPI***

La CPI, es un híbrido de varios sistemas –como, por ejemplo, entre el *Civil Law* y el *Common Law*– pues, al ser una jurisdicción universal, no puede estar supeditado a un único sistema de justicia. Por ello, en el presente trabajo se pretende destacar los rasgos elementales del sistema propio de la CPI, pero –para efecto de la propuesta de guía– decantándonos por los postulados de la dogmática penal alemana, como más adelante precisaremos.

Antes de entrar al fondo del presente trabajo, estimo necesario tener presente el funcionamiento de la CPI. Intentaré exponerlo de manera sintética y general, pues cada una de sus partes es muy exhaustiva y de sumo interés, pero escapa del propósito del presente trabajo abundar al respecto.

1. COMPETENCIA DE LA CPI

Competencia personal

A diferencia de otros tribunales internacionales, la CPI juzga las atrocidades cometidas por individuos en particular. Es decir, no a un colectivo o al ente colectivo en lo general, pues funge como un órgano que busca dar una justicia permanente a las víctimas de los crímenes de mayor trascendencia a nivel global.

Competencia material

La CPI sólo tiene competencia en aquellos crímenes de trascendencia global que afectan bienes jurídicos de la comunidad internacional. Es decir, aquellos que, históricamente, han dejado una mancha en nuestro historial como humanidad, dichos crímenes se encuentran tipificados en el art 5 del ER.

¹² SANDS, Philippe. *Calle Este-Oeste: Sobre los orígenes de "genocidio" y "crímenes contra la humanidad"*, trad.: Francisco J. Ramos Mena, Anagrama, Barcelona, pp. 395. (formato Kindle).

Competencia territorial

La CPI tiene su sede en La Haya, Países Bajos, y tiene competencia en los países que han ratificado el Estatuto de Roma. Actualmente, en agosto de 2024, son 124 los países que han aceptado la jurisdicción de la CPI¹³. Asimismo, la CPI puede ejercer su jurisdicción en Estados no partes del ER, ya sea por haberse efectuado una declaración especial por el Estado, o cuando exista una Remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad de la ONU¹⁴.

Cabe recalcar que, a diferencia de la *Corte Internacional de Justicia*, la CPI no es un órgano de la ONU, pues tiene autonomía técnica y de gestión, a pesar de que existe un acuerdo marco para la cooperación entre la CPI y la ONU con base al artículo 2 del ER¹⁵.

Competencia temporal

La CPI no podrá conocer ningún crimen que se haya cometido con anterioridad a la entrada en vigor del ER¹⁶.

2. PROCESO LEGAL

Examen preliminar

Antes de que se inicie un proceso, la oficina del Fiscal, teniendo en cuenta la jurisdicción de la CPI, debe realizar un análisis para evaluar las pruebas de los delitos cometidos, con el fin de determinar la gravedad y si la apertura de una investigación serviría a los intereses de la justicia y de las víctimas¹⁷. Asimismo, se podrá realizar una Declaración Especial por parte de una Estado, de conformidad con el artículo 12.3 del ER, o una Remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad de la ONU¹⁸.

¹³ Véase *International Criminal Court, the state parties to the Rome Statute*, (en línea), disponible en <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>, consultado el 4 de agosto de 2024.

¹⁴ Véase MEDELÍN URQUIAGA Ximena, et. al., *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ Véase *Ibidem*, p. 32.

¹⁶ Véase Estatuto de Roma, Art. 11.

¹⁷ Véase *International Criminal Court, How the court Works*, (en línea), disponible en “<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>”, Consultado el 4 de agosto de 2024.

¹⁸ *Ibidem*, p.38.

Investigación

Una vez que el Fiscal encuentra razones suficientes para abrir una investigación, debe informar a la Sala de Cuestiones Preliminares para determinar la admisibilidad del caso y, de esta forma, solicitar que se emita una orden de arresto en contra del sospechoso o una citación para comparecer de forma voluntaria ante la CPI.

Asimismo, se debe notificar a todos los Estados parte de la decisión de iniciar una investigación, a menos que por la circunstancia específica, no sea posible hacer dicha notificación.

En todo caso, el Fiscal puede revisar su decisión en cualquier momento, si se produce un cambio significativo en las circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo¹⁹.

Cabe aclarar que la CPI no posee un aparato coercitivo para traer al acusado a su jurisdicción, pues la base de este organismo se basa en la cooperación internacional. Por tanto, corresponde a los países hacer que el sospechoso comparezca ante la CPI.

Primeras diligencias

En esta etapa, la Sala de Cuestiones Preliminares tendrá que asegurarse de que el acusado conozca los cargos por los que se le ha detenido, para dar paso a la confirmación de cargos, donde el Fiscal deberá presentar pruebas con respecto a cada uno de ellos, a fin de demostrar que existen motivos para creer que la persona imputada cometió el crimen²⁰.

Etapa de juicio

Los jueces consideran todas las pruebas, y luego emiten un veredicto; cuando hay un veredicto de culpabilidad, emiten una sentencia, explicando los motivos correspondientes. La máxima condena a una persona puede ser hasta 30 años de prisión y, en circunstancias excepcionales, cadena perpetua²¹.

¹⁹ Véase el artículo 18 del ER.

²⁰ Véase MEDELÍN URQUIAGA Ximena, *et. al., op. cit.*, p. 137.

²¹ Véase *International Criminal Court, How the court Works*, (en línea), disponible en “<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>”, consultado el 4 de agosto de 2024.

Etapas de apelaciones

Tanto el Fiscal como la Defensa tienen derecho a apelar la decisión de una Sala de Primera Instancia sobre el veredicto (decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado) y la sentencia.

Las víctimas y la persona condenada pueden apelar una orden de reparación.

Ejecución de la sentencia

Las sentencias se cumplen en países que han acordado hacer cumplir las sentencias de la CPI. Si un caso se cierra sin un veredicto de culpabilidad, se puede reabrir si el Fiscal presenta nuevas pruebas²².

²² *Idem.*

SEGUNDA PARTE

PROPUESTA DE GUÍA BÁSICA PARA EL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS CRÍMENES REGULADOS EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. ESPECIAL ENFOQUE A LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

CAPÍTULO I ***PLANTEAMIENTO***

Como se ha referido en supra líneas, la CPI es producto de una suma de voluntades de los países fundadores, por lo que coexisten una diversidad de sistemas jurídicos. A continuación, nos ubicaremos en la parte sustantiva, particularmente en la estructura sistemática de los crímenes que se regulan en el ER.

Lo cierto es que no hay una sistemática estable de los crímenes regulados en el ER que se pueda apreciar desde las resoluciones de las salas de la CPI. Así lo han referido diversos autores. Por ejemplo, dentro de la doctrina mexicana, Dondé Matute aduce que del ER no se deriva un sistema de *compuertas*. Es decir, la ubicación de categorías definidas, sino de *rompecabezas*, donde la CPI en sus resoluciones incorpora los elementos del crimen estudiado, según sea cada caso.²³ Así lo evidencia con ejemplos de varias resoluciones de las Salas de la CPI.²⁴

El autor se decanta por esa modalidad, es decir, que no se asuma un modelo de *compuertas* sino de *rompecabezas*. Que dependiendo de cada caso se defina una determinada estructura y que cada Sala decida lo que estime pertinente.²⁵ Mi postura es que merece la pena asumir un modelo general que nos permita contar con un punto de partida, desde luego, con las variables y contenidos específicos de cada categoría dependiendo de las particularidades de cada caso.

Así, aplicando las herramientas dogmáticas disponibles, en el análisis de los casos, se genera mayor orden y certeza. De lo contrario, es como Gimbernat Ordeig – hace varias décadas– sostuvo en defensa de la importancia de la dogmática jurídica penal:

“Cuanto menos desarrollada está una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependiente del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punibilidad o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada o meticulosa que debería ser sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica

²³ Véase DONDÉ MATUTE, Javier: *Elementos básicos para una teoría del crimen internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2023, p. 139 (Formato Kindle).

²⁴ Véase *Íbidem*, pp. 139-141.

²⁵ Véase *Íbidem*, p. 142.

aplicación del derecho penal del que –por no– haber sido objeto de un estudio sistemático y científico se desconoce su alcance y límite...”²⁶

En la construcción de la guía sistemática sugerida se asumen las siguientes bases:

- a) Las herramientas de la dogmática jurídico penal alemana, como marco de referencia, agregando particularidades inherentes a los crímenes, objeto de estudio del análisis.

En esa dogmática encontramos un método más depurado que el *burdo positivismo* –en términos de Zaffaroni–, y donde podemos hallar alternativas más razonables y previsibles para el tratamiento de los casos.²⁷ Por la naturaleza de los crímenes contemplados en el ER, precisamente se debe hacer un esfuerzo para otorgarle rigor científico a su tratamiento, lo cual, en la dogmática referida –en los fundamentos de la teoría general del delito– podemos encontrar los términos más propicios para ello, sin que eso quiera decir que sea perfecta e inacabada. En términos de Guerrero Agripino:

“No es aventurado sostener que la teoría del delito representa un digno ejemplo del rigor científico del derecho. Es uno de los ámbitos donde se puede evidenciar la fuerza vinculante entre la técnica y la ideología, para establecer marcos teóricos que permitan llegar a mejores niveles de entendimiento de lo que es el delito, así como las mejores alternativas para su aplicación al tratamiento de los casos.

Bajo la solvencia de este cuerpo teórico, el fenómeno del delito se analiza sistemáticamente, elemento por elemento (con sus diversas estructuras) en sentido positivo –para verificar la presencia de cada uno de ellos– y en sentido negativo bajo el análisis de una serie de instituciones jurídicas con las cuales se puede llegar a determinar su existencia”.²⁸

- b) Las categorías del delito que se asumirán para la construcción de la guía de análisis asumen, fundamentalmente la evolución de la teoría del

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, (homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa)*, Panedille, Buenos Aires, 1970, pp. 518 y 519.

²⁷ Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, 2016, p. 49.

²⁸ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *El derecho penal ante la industria 4.0 y otras complejidades sociales. (Actualidad y futuro)*, Grañén Porrúa, México, 2020, pp. 18 y 19.

delito de una dogmática teleológica representada, principalmente, en las aportaciones de Roxin. Más adelante abundaremos al respecto.

- c) Asumimos como punto de partida del análisis el ER. Como toda construcción sistemática, el estudio será integral, no meramente secuencial de los preceptos que se contienen en dicho ordenamiento. Este ejercicio es mucho más complejo que el realizado en los códigos penales. Aquí estamos hablando de un instrumento que congrega diversos ámbitos: sustantivo, adjetivo, orgánico y disciplinar. No se caracteriza por su rigor técnico, lo cual conlleva hacer un gran esfuerzo dogmático para derivar las instituciones penales y elementos de los crímenes.

1. BASES SISTEMÁTICAS

A continuación, se describen, en términos generales, las categorías que conforman la sistemática del delito, sobre las cuales se derivará la sistemática asumida para el análisis de los crímenes regulados en el ER.

a) El reconocimiento de los bienes jurídicos

La primera justificación y rumbo del derecho penal lo encontramos en los bienes jurídicos. Dichos bienes no los *inventa* el poder punitivo, los reconoce; están por encima de la mera positivización.²⁹ Su presencia encuentra su fundamento en aspectos éticos, filosóficos y político criminales que reconocen la esencia del ser humano y la colectividad.³⁰ Asimismo, la afectación del bien jurídico le otorga legitimación al poder punitivo. Como atinadamente sostiene Astrain Bañuelos: “Ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación del bien jurídico total

²⁹ Véase ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito. (Elementos del delito en base en la política criminal)*, trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 46.

³⁰ MORALES VALDÉS, Hugo: *Principio de ofensividad de bienes jurídicos y su ofensividad lesiva. Una teoría del bien jurídico penal*, UBIJUS, México, 2022, pp. 114 y 115. A propósito de consideraciones previas a la regulación jurídica, sostiene: “... el comportamiento del agente afecta los intereses humanos protegidos por la norma jurídica, no creados por esta sino seleccionados por el legislador para contenerlos en ella, pues como afirma Bettiol: ‘la ley está hecha por el hombre, no el hombre por la ley’. De esta manera se acepta que detrás de una norma existe un bien jurídico, es decir, se excluye la hipótesis de que existen bienes o cosas que por su propia calidad son objeto de protección penal”.

o parcialmente ajeno, individual o colectivo y que es considerado trascendental para la sociedad”.³¹

La teoría del bien jurídico, desde luego, también puede proyectarse al ámbito de los crímenes de la CPI, y no se contrapone con el carácter preponderante de proteger los derechos humanos. Como bien refiere Martínez Nava: “... es justamente en el campo fértil de la vigencia de los derechos humanos, en donde mejor se pueden garantizar que la violencia y la delincuencia cedan ante una cultura de paz y legalidad”.³²

b) Tipo penal

En el tipo penal se encuentra la proyección del principio garantista *nullum crimen sine lege*.³³ La materialización de este principio conlleva el otorgamiento de un importante contenido sistemático.³⁴ Comprende:

- El análisis del comportamiento (**acción**) del delito o crimen establecido en el ordenamiento punitivo. (En este caso, en el ER). Dicho comportamiento puede realizarse de manera activa u omisiva, y debe no sólo causar resultados materiales, sino crear y realizar riesgos jurídicamente desaprobados que ameriten la imputación penal (imputación objetiva).
- La configuración de los **elementos objetivos**, descriptivos (materiales) del tipo. Por ejemplo, el objeto sobre el que recae la acción, los medios utilizados, las características de la víctima, así como las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión.

³¹ ASTRAIN BAÑUELOS, Eduardo: *El Derecho penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia a en México*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 91.

³² MARTÍNEZ NAVA, Susana: “Política criminal y derechos humanos, el binomio propio de un Estado constitucional”, en (VV. AA), *Desafíos actuales del derecho penal y la política criminal en Alemania y Latinoamérica*, coords.: Cristina E. Montalvo Velásquez, Jhon Zuloaga Taborda y Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia, 2024, p. 170.

³³ Véase GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Comisión Nacional de los derechos humanos, México, 2017, p. 119.

³⁴ Véase ESCÁRCEGA ROBLEDOS, Karla: “Hasta que la muerte nos separe: del amor al feminicidio: Historia legislativa y análisis del tipo penal en el Código Penal del Estado de Guanajuato”, *Criminalia* (Academia Mexicana de Ciencias Penales), año XC, edición de aniversario, UBIJUS, México, 2023. En ese estudio, la autora, además del contenido sistemático, precisa la importancia de ubicar, desde el tipo penal, el contexto social subyacente, P. 352.

- Cuando sea el caso, en algunos de los elementos anteriores, corresponde hacer valoraciones de índole jurídica, social o cultural. **(Elementos normativos)**.
- En este nivel también es necesario determinar el **contenido subjetivo** de la realización de la acción, bien sea a título de dolo o de culpa, así como la presencia, en algunos tipos, de elementos subjetivos específicos.
- Asimismo, deben determinarse las formas de realización del tipo, a saber: La puesta en peligro de bienes jurídicos. Es decir, cuando el tipo no llega a su fase de consumación **(tentativa)**;

La intervención del o de los sujetos activos: a título de autor (directo, mediato o como coautor) o de partícipe **(instigador o cómplice)**; y

La concurrencia de dos o más delitos o crímenes **(concurso)**.

c) Antijuridicidad

Esta categoría entraña la valoración que contraviene el orden jurídico. Comprende el análisis de las circunstancias de la acción determinada que, en todo caso, pueden excluir tal desvaloración aún y cuando, en principio, se hayan actualizado los elementos del tipo penal. En otras palabras, toda acción típica es antijurídica, salvo que se actualice una causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho o el consentimiento válido de la víctima.

d) Culpabilidad

En este elemento se manifiesta la necesidad concreta de pena al autor; representa un juicio de imputación personal al él, debido a su actuación típica y antijurídica. Se le imputa su responsabilidad por no haber orientado su actuación de manera adecuada. Ahora bien, hay circunstancias que excluyen esa imputación, lo cual hace innecesaria la aplicación pena: cuando el activo es inimputable, cuando actúe bajo coacción, cuando comete el hecho típico y antijurídico debido a un error de prohibición, o cuando por diversas circunstancias, racionalmente no se le pueda exigir una conducta diversa a la que realizó.

2. MARCO DE REGULACIÓN

La dogmática jurídica no se construye en el vacío, asume un marco jurídico determinado como objeto de estudio, y como punto de partida para formular interpretaciones, formulaciones y estructurar criterios para la mejor aplicación a la atención de los casos concretos.

En ese sentido, se asume como marco normativo el ER. Particularmente, las fuentes que se establecen en el artículo 21 y que señaladamente expresa como Derecho aplicable. Dicho precepto señala:

“1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”

Además, hay que agregar como fuente la jurisprudencia emanada de la propia CPI.

3. CRÍMENES COMPETENCIA DE LA CPI. (*La parte especial del ER*)

Aunque lo ortodoxo es que primero se haga el análisis de los elementos comunes (parte general) y luego se establezca el catálogo específico de los ilícitos (parte especial), para efectos del presente análisis, enunciaremos los crímenes de los que conoce la CPI, y luego abordaremos la guía sistemática para su análisis. Estos crímenes se encuentran regulados en el artículo 5 del ER, y son:

- a. El crimen de genocidio;
- b. Los crímenes de lesa humanidad;
- c. Los crímenes de guerra; y
- d. El crimen de agresión.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS COMUNES DE LOS CRÍMENES REGULADOS EN EL ER

1 PRINCIPIOS GARANTISTAS

Antes de entrar a la estructura sistemática, es necesario establecer los postulados garantistas del derecho penal sobre los cuales se analizarán los casos. En otras palabras, hay que poner *el primer piso* desde una perspectiva garantista. Esta regulación se encuentra en la parte III del ER que se denomina “De los principios generales del derecho penal”. Estos principios son:

- a. El principio *nullum crimen sine lege* regulado en el artículo 22 en los siguientes términos:
 - 1. “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en el que tiene lugar, un crimen de la competencia de la corte.
 - 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de la investigación, enjuiciamiento o condena.
 - 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará la tipificación de una conducta independientemente (sic) del presente Estatuto”.

- b. El principio *nulla poena sine lege*, regulado en el artículo 23, que establece: “Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
- c. El principio de *irretroactividad ratione personae*, contemplado en el artículo 24 el cual señala:
 - 1. “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.
 - 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

2. LOS BIENES JURÍDICOS

Los bienes jurídicos que se reconocen en el ER tienen una relevancia particular: además del reconocimiento de la protección individual o colectiva determinada, abarca el interés de la humanidad. Se trata de afectaciones que, después de 1945, la comunidad internacional ha establecido para dejar en claro que hay actos que por ninguna circunstancia pueden aceptarse en ninguna parte del mundo. Así se deja constancia en el preámbulo del ER:

“Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

[...]”

3. EL TIPO PENAL

ELEMENTOS MATERIALES

A estos elementos también se les ubica en el common law como el *actus rea*. Su contenido lo vamos a encontrar en la descripción que se hace de cada crimen. Se trata de figuras alternativas, en algunos casos subordinadas y generalmente casuísticas.

A continuación, a manera de ejemplo, daremos un bosquejo de tales descripciones típicas.

El crimen de genocidio (artículo 6). Se configura cuando se actualiza alguno de los actos mencionados en ese precepto, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Dichos actos son.

- a) Matanza de miembros de grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Crímenes de lesa humanidad (artículo 7). En apartado posterior haremos una especial referencia a este crimen, anticipamos que su actualización requiere de la presencia de un contexto y finalidad determinada, para la actualización de tipos específicos como homicidio, exterminio, esclavitud, por mencionar algunos.

Crímenes de guerra (artículo 8). La actualización de estos crímenes requiere que su comisión forme parte de un plan o política como parte de la comisión a gran escala. Dicho precepto precisa los crímenes que tendrán tal categorización. Por ejemplo: la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; la toma de rehenes; atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos o que no sean objetivos militares; destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo, entre otros muchos supuestos de hecho típicos que se encuentran en ese precepto.

El supuesto de hecho típico del **crimen de agresión (artículo 5. 2)**, el ER lo supeditó a una aprobación posterior –de conformidad con lo dispuesto por los artículos 121 y 123– dentro de la compatibilidad correspondiente con la Carta de Naciones Unidas. Escapa de los fines del presente trabajo analizar el seguimiento respectivo enunciado en ese precepto.

ALCANCES DE LAS ACCIONES TÍPICAS

Las descripciones típicas pueden realizarse mediante actos positivos u omisivos. Aunque no se regule una cláusula de transformación –como sucede en la mayoría de los códigos penales que siguen la tradición de la dogmática germánica– nada impide que la realización del tipo suceda mediante la no realización de conductas ordenadas normativamente. Piénsese, por ejemplo, en la abstención de un alto mando de dar una orden para que no se realice o sece algunos de los comportamientos regulados en los crímenes de guerra.

LA IMPUTACIÓN DE RESULTADOS

En las diversas figuras reguladas como crímenes de guerra debe hacerse un análisis más exhaustivo que la mera causación de resultados. En cada caso específico, deberá analizarse si la persona correspondiente, además de ser causante de las afectaciones, su actuar creó un riesgo desaprobado y si éste se materializó en el resultado. Por ejemplo (en los crímenes de guerra), si en determinados casos, ex ante, se sabía de la presencia de población civil en una determinada zona de ataque o si no se cuenta con dicha información, y puede formar parte de un riesgo permitido, bajo determinadas circunstancias.

TENTATIVA

La descripción de los crímenes regulados en el ER está enfocada a lesiones consumadas de bienes jurídicos, y en algunos casos sanciona peligros concretos³⁵ o abstractos³⁶ a determinados bienes. Además, expresamente se regula de manera

³⁵ V.gr.: En los crímenes de guerra [artículo (artículo 8, 2, b) x)] “Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificadas en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o **pongán gravemente en peligro su salud**”. (El resaltado es propio).

³⁶ V.gr.: En los crímenes de guerra [artículo 8, 2, b) xii], se sanciona el solo hecho de “Declarar que no se dará cuartel”.

genérica la tentativa. Así se deriva en la regulación que se hace de la responsabilidad penal individual. En el artículo 25, 3, se establece:

- b) Ordene, proponga... ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) ... o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa...
- d) Contribuya de algún modo en la comisión o tentativa de comisión...

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Uno de los aspectos más trascendentes en este tipo de crímenes es determinar el nivel de intervención de los agentes. En cada caso específico el nivel de responsabilidad puede ser diverso, bien sea a título de autor, coautor o partícipe (instigador o cómplice). Ahora bien, suele ser común que las afectaciones no se generan de propia mano, sino que se hagan a través de las estructuras de poder estatales o de facto, vinculadas a ellas. Esa cuestión ha sido abordada por la doctrina desde diversas posturas. Desde nuestro punto de vista, el tratamiento más consistente lo encontramos en la teoría del dominio del hecho –dominio proyectado a través de la voluntad valiéndose en la estructura de poder– bajo la modalidad de la autoría mediata, construcción elaborada por Claus Roxin³⁷ y aplicada, incluso, a otras modalidades de la criminalidad organizada.³⁸

En el ER se hace una regulación exhaustiva de los diversos niveles de responsabilidad por la intervención en los crímenes. Ubicamos tres niveles de tratamiento:

Regulación general de la responsabilidad individual

En el artículo 25 se describen diversas modalidades de intervención, las cuales ubicamos de la siguiente manera:

- 3 a) Quien cometa el crimen por sí solo [**autoría directa**], con otro [**coautoría**] o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable [**autoría mediata**].

³⁷ Véase ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, prólogo de Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 267-301; 691-700. También abordó ese tema en su discurso de recepción del Doctorado Honoris Causa que le otorgo la Universidad de Guanajuato en el año de 2017. Véase de dicho autor: “Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Aurschwitz”, en (VV. AA): *El honor y la causa del pensamiento de Claus Roxin en el sistema jurídico penal*”, coord.: Luis Felipe Guerrero Agripino, UBIJUS y Universidad de Guanajuato, Méx., 2019, pp. 53-66.

³⁸ Véase GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada. (Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales)*, UBIJUS y Universidad de Guanajuato, Méx., 2012. En esa obra se sugiere aplicar los fundamentos del dominio del hecho, mediante estructuras de poder organizadas de tipo mafioso.

3 b) Quien ordene [también da para la **autoría mediata**], proponga [**complicidad**] o induzca [**instigación**] la conducción de ese crimen ya sea consumado o en grado de tentativa.

Regulación específica

Desde nuestro punto de vista, con las dos cláusulas arriba descritas sería suficiente para formular la construcción sistemática de los niveles de autoría y participación. No obstante, en el ER –en el mismo precepto, el 25– se regulan de manera específica otros supuestos que, en estricto sentido, ya se abarcan en los preceptos previos. Estos supuestos son:

“1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte;

o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente

Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.”

Tratamiento especial a los jefes y otros superiores

Como en supra líneas comentábamos, las aportaciones de Claus Roxin, mediante el dominio del hecho a través de estructuras de poder, poseen un alto contenido sistemático y rigor científico para delimitar los diversos niveles de responsabilidad de los altos mandos, en manifestaciones complejas de la criminalidad, como las que se regulan en el ER. Sin embargo, en dicho ordenamiento se hace una regulación casuística al respecto, en el artículo 28.

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”

Propuesta de aplicación

Dada la exhaustividad de la regulación de las figuras de la autoría y participación, nuestra sugerencia es la siguiente: que en el análisis de cada caso, se verifique si el nivel de intervención respectivo encuadra en un supuesto específico de los contemplados en el artículo 25 (a partir de la fracción c) o en alguno del artículo 28 –cuando se trate de los jefes y otros superiores–, y de no encuadrar en alguno de esos supuestos, acudir a las cláusulas generales contempladas en las fracciones a y b del artículo 25. Lo anterior, siguiendo la regla básica en el sentido de que la norma especial excluye a la general.

CONTENIDO SUBJETIVO DEL TIPO

Los elementos subjetivos del tipo –o el *mens rea*, como se identifica en el common law– los encontramos en dos vertientes.

Tratamiento general del comportamiento doloso

El artículo 30 del ER ubica al comportamiento doloso como *elemento de intencionalidad*. Y asume su tratamiento en los siguientes términos:

“1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.”

De esta regulación se desprenden lo siguiente:

- a) Se contienen los dos elementos básicos del comportamiento doloso: conocimiento y voluntad.
- b) Ese conocimiento y voluntad pueden adquirir las tres dimensiones del dolo: directo de primer grado, directo de segundo grado (o de consecuencias necesarios) y el eventual.
- c) Dada la naturaleza de estos crímenes no se aprecia posible la comisión culposa.

Presencia de elementos subjetivos específicos

Además del conocimiento y voluntad que de manera general se requieren para la configuración dolosa de los crímenes, en algunos casos se regulan intenciones específicas, indispensables para la actualización del tipo. Es decir, la presencia de elementos subjetivos específico que van más allá del dolo. Por ejemplo:

En el crimen de **genocidio** (artículo 6): “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados **con la intención** de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. (El resaltado es propio).

En los **crímenes de lesa humanidad** se requiere la presencia de un ataque a una población civil [artículo 7.2 a)]. “Por ‘ataque a una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o **para promover esa política**”. (El resaltado es propio).

En los crímenes de guerra [artículo 8, 2, b), xxiii]: “Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida **para** poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares”. (El resaltado es propio).

Ausencia de dolo

Existe la posibilidad de aun y cuando se realice la acción típica, el crimen no se actualice dada la supresión del dolo debido a un error insuperable. Así se desprende del artículo 32.1: “El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen”.

4. ANTIJURIDICIDAD

Los comportamientos que encuadren en algunos de los crímenes contemplados en el ER, en principio, son antijurídicos; son contrarios al orden jurídico internacional, afectan a toda la humanidad. Esa situación prevalece en tanto no concurra alguna causa de justificación.

Las causas de justificación se contemplan en el ER en un artículo (31) de mayor cobertura denominado **Circunstancias eximentes de responsabilidad penal**. En este precepto se regulan otras instituciones jurídicas que más adelante abordaremos. Por lo que concierne a las causas de justificación, regula **la legítima defensa** y el **estado de necesidad**:

Artículo 31, 1. “... no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

[...]

c). Actuare razonablemente **en defensa propia o de un tercero** [*legítima defensa*] o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial **para su supervivencia o de la de un tercero** [*estado de necesidad*] o de un bien que fuese esencial para realizar una acción militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado”.

Se requiere hacer un gran esfuerzo sistemático para estructurar cada componente de la legítima defensa como del estado de necesidad, pues se encuentran *enredados* en el precepto citado.

5. CULPABILIDAD

Una acción, aun siendo típica y antijurídica, puede ser excluida de la responsabilidad penal si concurren circunstancias extraordinarias que no hagan propicia la aplicación de la pena. Nos referimos a las causas de inculpabilidad reguladas en el artículo 31. Tales causas son:

Inimputabilidad

Artículo 31. 1. “... no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

[...]

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que haya sido intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera (*actio liberae in causa*)”.

Error de prohibición que deja sin efecto la conciencia de antijuridicidad

Artículo 32. 2. “El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considera eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente se hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto”.

Dicho precepto (33), regula las órdenes superiores y disposiciones legales.

“1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita; y
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.”

No exigibilidad de otra conducta

[Artículo 31, 1, d)] ...no será responsable penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de una coacción dimanante (sic) de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes

para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esta amenaza podrá:

- i) Haber sido hecha por otras personas; o
- ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

6. OTRAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

El ER regula una cláusula abierta, mediante la cual abre la posibilidad de aplicar otras figuras sistemáticas para excluir la aplicación de los crímenes de guerra.

Artículo 31. 1. “En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

Esta cláusula permite mayor apertura a las construcciones sistemáticas derivadas de la evolución doctrinaria del derecho penal. Por ejemplo, en al ámbito de la imputación objetiva.

7. IMPORTANCIA DE LA VÍCTIMA

Dada la intensidad de los actos que se regulan en los crímenes que regula el ER, en la valoración que se haga de cada categoría de los elementos de los crímenes, debe tenerse a la vista el nivel de vulnerabilidad de las víctimas, además de las medidas de reparación que el propio ER regula (artículo 75).

8. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Como lo advertimos desde la introducción, la guía propuesta es un marco de referencia general. En el análisis específico de cada crimen se deben incorporar los componentes específicos acordes a la naturaleza, alcances e impacto de estas figuras. Se trata de construcciones complejas con variables diferentes a las que se suelen revisar en la dogmática convencional. Cada crimen ameritaría un análisis profundo y detallado, lo cual, desde luego, no está al alcance del presente trabajo.

No obstante, por la experiencia adquirida en la *XI edición del concurso CPI simulación judicial ante la Corte Penal Internacional (2024)*, haremos un bosquejo particular a los delitos de lesa humanidad.

CONTENIDO MATERIAL

La estructura típica un crimen de lesa humanidad (asumiendo como base el artículo 7 del ER), se conforma de dos componentes:

- a) Un comportamiento desarrollado con una determinada intensidad, en un contexto específico (elemento contextual); y
- b) En el marco de ese elemento contextual, la realización específica de uno o más actos tipificados en dicho precepto.

Elemento contextual

(Artículo 7.1) Comprende la realización de actos específicos (tipos penales que más adelante se especificarán), cometidos:

- Como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (parte descriptiva-normativa) y con conocimiento de dicho ataque (parte subjetiva).
- [Artículo 7.2. a)]Dicho ataque a la población civil se entiende como una línea de conducta que signifique la comisión múltiple de dichos actos de conformidad de una política de estado (una política criminal), o por parte de una organización de otra índole, pero destinada a promover dicha política estatal.

Este análisis tiene alcances epistémicos de orden criminológico y político criminal. Debe seguir una metodología rigurosa con la finalidad de llegar a la mayor comprensión posible del fenómeno, por lo cual comprende una diversidad de enfoques y variables. Tiene un alcance multidisciplinar que incluye, por ejemplo, aspectos geográficos, políticos, económicos, históricos, sociológicos, antropológicos y culturales. Debe tomar en cuenta datos, evidencias empíricas, relatos y testimonios.

Actos típicos realizados en el marco de ese contexto (artículo 7, 1)

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada **o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable**; (el resaltado es propio).
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, **u otros motivos** universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; (el resaltado es propio).
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) Crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Apertura típica

Como se puede apreciar en las fracciones g, h y k, los tipos descritos dejan abierta la posibilidad de que comportamientos no regulados expresamente, sino apelando a la similitud de la gravedad, puedan categorizarse como supuestos de hecho típicos.

Esta cláusula abierta tiene repercusiones sistemáticas y garantistas de gran calado. Se deben analizar tales supuestos análogos con rigor y la mayor precisión posible.

A la vista de apertura de la apertura fracción K, merece la pena preguntarnos, ¿por ejemplo, ¿qué supuesto de hecho típico podría alcanzar la relevancia y gravedad requerida? Uno de ellos es el matrimonio forzado. Dicha manifestación criminal conlleva, fundamentalmente, la imposición de un estatus de relación a la víctima, es decir, “los deberes asociados con el matrimonio incluidos los efectos de exclusividad de la unión, así como el consiguiente estigma social que genera efectos negativos sobre la libertad de las personas a elegir su plan de vida y autodeterminarse al afectar un campo de libertades no limitadas únicamente a las sexuales”.³⁹

Comentario final

La referencia anterior, dibuja solamente una pincelada de un cuadro sistemático, criminológico y político criminal complejo de uno de los crímenes regulados en el ER. En el fondo prevalece la exigencia de no dejar impunes comportamientos que afectan a víctimas específicas y a la humanidad entera, pero tampoco encuadrar en dichos crímenes actos que no tengan tal magnitud y alcance; que, sin desestimar su gravedad, deban ser tratados y sancionados en el régimen interno del país respectivo.

³⁹ DÍAZ FIGUEROA, Sara Valentina: “El fenómeno de los matrimonios forzados en el macrocaso 11 ante la JEP: un análisis crítico sobre las uniones sexoafectivas forzadas en las filas de las FARC-EP en Colombia”, en (VV. AA): *Desafíos actuales del Derecho penal y la política criminal en Alemania y Latinoamérica*, op. cit., p. 412.

CONCLUSIONES

1. El diseño de la parte sustantiva en el ER es complejo y difícil de desentrañar. Se nota la injerencia de diversos sistemas, lo cual hace difícil su interpretación, análisis y aplicación.
2. Dentro de la diversidad de sistemas involucrados, en la dogmática penal alemana se encuentra mayor rigor científico y solidez técnica, por lo cual resulta conveniente asumirla como referente básico en la construcción sistemática de los crímenes regulados en el ER.
3. Aún no podemos hablar de una dogmática propia del ER, sino sólo de algunos rasgos que pueden servir de base para su construcción.
4. El análisis presentado en este trabajo puede servir de plataforma para delimitar varios objetos de estudio y profundizar al respecto.
5. Los esfuerzos institucionales y académicos en la construcción de un sistema jurídico con mayor rigor científico merecen la pena, pues se trata de una prioridad humanitaria.
6. Al involucrarnos en el estudio del ER, también se encuentran hallazgos que ponen en entredicho los regímenes internos de los países. Por ejemplo, en el sistema penal mexicano, la pena de prisión puede alcanzar hasta 140 años, y en el ER, el máximo son 30 años.

FUENTES

Bibliográficas

ASTRAIN BAÑUELOS, Eduardo: *El Derecho penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia a en México*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

DÍAZ FIGUEROA, Sara Valentina: “El fenómeno de los matrimonios forzados en el macrocaso 11 ante la JEP: un análisis crítico sobre las uniones sexoafectivas forzadas en las filas de las FARC-EP en Colombia”, en (VV. AA): *Desafíos actuales del Derecho penal y la política criminal en Alemania y Latinoamérica*, coords.: Cristina E. Montalvo Velásquez, Jhon Zuloaga Taborda y Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia, 2024.

DONDÉ MATUTE, Javier: *Elementos básicos para una teoría del crimen internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2023, p. 139 (Formato Kindle).

ESCÁRCEGA ROBLEDO, Karla: “Hasta que la muerte nos separe: del amor al feminicidio: Historia legislativa y análisis del tipo penal en el Código Penal del Estado de Guanajuato,” *Criminalia (Academia Mexicana de Ciencias Penales)*, año XC, edición de aniversario, UBIJUS, México, 2023.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, (homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa)*, Panedille, Buenos Aires, 1970.

GRIJALVA ETERNOD, José R.: “Aproximaciones a los desafíos de la Corte Penal Internacional en la aplicación de la justicia internacional penal: soberanía y complementariedad”, en (VV. AA): *Ensayos sobre temas selectos de la Corte Penal Internacional*, coords.: José Antonio Guevara Bermúdez y Javier Dondé Matute, Tirant lo blanch e INACIPE, México, 2016.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *El derecho penal ante la industria 4.0 y otras complejidades sociales. (Actualidad y futuro)*, Grañén Porrúa, México, 2020.

_____, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Comisión Nacional de los derechos humanos, México, 2017.

_____, *La delincuencia organizada. (Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales)*, UBIJUS y Universidad de Guanajuato, Méx., 2012.

MARTÍNEZ NAVA, Susana: “Política criminal y derechos humanos, el binomio propio de un Estado constitucional”, en (VV. AA), *Desafíos actuales del derecho penal y la política criminal en Alemania y Latinoamérica*, coords.: Cristina E. Montalvo Velásquez, Jhon Zuloaga Taborda y Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia, 2024.

MEDELÍN URQUIAGA Ximena, ARJONA ESTÉVEZ Juan Carlos y GUEVARA B. José A.: *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer A.C, México, 2009.

MORALES VALDÉS, Hugo: *Principio de ofensividad de bienes jurídicos y su ofensividad lesiva. Una teoría del bien jurídico penal*, UBIJUS, México, 2022.

OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: “La creación del tribunal penal internacional. Hacia una paz mundial sustentada en la justicia”, en: *Investigaciones Jurídicas*, n° 64, volumen VI, enero-junio de 1998, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

RAGUES I VALLÈS Ramón: “Dogmática Penal y Tribunales internacionales el miedo insuperable en la jurisprudencia penal internacional”, en (VV. AA) *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, coord.: Moisés Moreno Hernández, CEPOLCRIM, México, 2003.

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, prólogo de Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1998.

_____ “Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Aurschwitz”, en (VV. AA): *El honor y la causa del pensamiento de Claus Roxin en el sistema jurídico penal*”, coord.: Luis Felipe Guerrero Agripino, UBIJUS y Universidad de Guanajuato, Méx., 2019.

_____, *Política criminal y estructura del delito. (Elementos del delito en base en la política criminal)*, trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992.

SALAS CHÁVEZ, Gustavo R.: “El Derecho Penal Internacional”, en *Criminogénesis*, año 1, número 4, México, 2009.

SANDS, Philippe. *Calle Este-Oeste: Sobre los orígenes de "genocidio" y "crímenes contra la humanidad"*, trad.: Francisco J. Ramos Mena, Anagrama, Barcelona (formato Kindle).

WERLE, Gerhard y JESSBERGER Florian: “La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán El código penal internacional alemán” en *Revista de Penal* n° 12, julio , España, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, 2016.

Electrónicas

Enjuiciar a personas por genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresión, <https://www.icc-cpi.int> (consultado el 4 de agosto de 2024).

International Criminal Court, How the court Works, (en línea), disponible en <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>, (consultado el 4 de agosto de 2024).

International Criminal Court, the state parties to the Rome Statute, (en línea), disponible en <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>, (consultado el 4 de agosto de 2024).

United States Memorial Museum. “Introduction to the Holocaust”. Holocaust Encyclopedia. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/introduction-to-the-holocaust> (consultado el 4 de agosto de 2024).

Ordenamientos jurídicos internacionales

Estatuto de Roma

Declaración Universal de los Derechos Humanos