



**UNIVERSIDAD  
DE GRANADA**

**TESIS DOCTORAL**

**El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el De-  
recho Penal Internacional. En particular en el Estatuto de la  
Corte Penal Internacional**

*Línea de Investigación: Derecho Internacional, de la Unión Europea y  
Comparado*

**Autor:** *Davide Resta*

**Directores de Tesis:** *Profesora María Inmaculada Ramos Tapia*  
**Universidad de Granada**  
*Profesor Sergio Moccia*  
**Università degli studi di Napoli Federico II**

**Tutora:** *Profesora Francisca L. Villalba Pérez*

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales  
Autor: Davide Resta  
ISBN: 978-84-1306-127-6  
URI: <http://hdl.handle.net/10481/54975>

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN Y PLAN DE INVESTIGACIÓN

### CAPÍTULO I – La Ley Penal y el Estado de Derecho

- 1 – El Derecho Penal para la protección y defensa de los bienes jurídicos
- 2 – Los principios clásicos del Estado de Derecho

### CAPÍTULO II – Las Garantías de Derecho Penal y el Principio de Legalidad en los Sistemas de Justicia de *Civil* y *Common*

#### *law*

- 1 – Notas Introductorias: evolución histórica del principio de legalidad
- 2 – El *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el sistema penal español
  - 2.1 – La exigencia de *lex scripta* y la reserva de ley
  - 2.2 – La exigencia de *lex praevia*: el principio de irretroactividad
  - 2.3 – La exigencia de *lex certa* y el mandato de taxatividad
  - 2.4 – La exigencia de *lex stricta* y la prohibición de la analogía
- 3 – El *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el sistema penal Italiano
  - 3.1 – La reserva absoluta de ley
  - 3.2 – La exigencia de tipicidad y de determinación
  - 3.3 – La prohibición de la analogía
  - 3.4 – La prohibición de la retroactividad
- 4 – El *Common law* y el *nullum crimen, nulla poena sine lege*

## CAPÍTULO III – El Sistema de Justicia Penal Internacional precursor a la CPI

- 1 – Consideraciones Preliminares
- 2 – Una mirada al pasado más reciente: los Tribunales de Núremberg y de Tokio
- 3 – Los Tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda
- 4 – Los Tribunales penales internacionalizados o híbridos

## CAPÍTULO IV – La Corte Penal Internacional

- 1 – Origen, estructura orgánica y funcionamiento
- 2 – La jurisdicción de la Corte: mecanismos de activación y límites
- 3 – Los caracteres relevantes del proceso y los principios fundamentales derivados del Estatuto
- 4 – La ratificación del Estatuto de Roma de 1998: ¿aproximación enmiendativa o interpretativa?
  - 4.1 – La Interpretación evolutiva de las Constituciones de conformidad con las obligaciones de derecho internacional: cuestiones de compatibilidad constitucionales
    - 4.1.1 – Las inmunidades de Derecho Interno/Internacional
    - 4.1.2 – La prohibición de extradición
    - 4.1.3 – La prohibición de la cadena perpetua
  - 4.2 – El caso italiano: ratificación, legislación de actuación, cuestiones constitucionales de compatibilidad con el Estatuto de la CPI
- 5 – Un *quid pluris*: las relaciones con el Consejo de Seguridad de la ONU y la falta de ratificación de los “poderosos”. En particular el caso de los Estados Unidos de América
- 6 – La tipificación de los crímenes en el Estatuto de Roma de 1998

## CAPÍTULO V – El Principio de Legalidad en el Sistema de Justicia Penal Internacional precursor a la CPI

1 – Consideraciones Preliminares

2 – El *nullum crimen sine lege* en el sistema de justicia penal internacional precursor a la CPI

2.1 – Las primeras formulaciones del *nullum crimen sine iure* a partir de los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio

2.2 – El *nullum crimen sine lege* según la práctica de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda

2.3 – El *nullum crimen sine lege* desde los Comités Preparatorios hacia el Estatuto definitivo de la Corte Penal Internacional

3 – El *nulla poena sine lege* en el sistema de justicia penal internacional precursor a la CPI

3.1 – El *nulla poena sine lege* delante del Tribunal Internacional de Núremberg

3.2 – El *nulla poena sine lege* según la práctica de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda

3.3 – El *nulla poena sine lege* desde los Comités Preparatorios hacia el Estatuto definitivo de la Corte Penal Internacional

## CAPÍTULO VI – ¿Cumplimiento o vulneración del Principio de Legalidad en el Estatuto de Roma?

1 – Consideraciones Preliminares

2 – El sistema de fuentes en el Estatuto de Roma

3 – La garantía criminal, *el nullum crimen sine lege* y sus corolarios derivados

3.1 – La *lex scripta*: reserva de ley escrita y el rechazo de las fuentes consuetudinarias

3.2 – La *lex praevia* y el principio de retroactividad: el *tempus regit actum* complementado por la *lex mitior*

3.3 – La *lex certa*: los principios de taxatividad, certeza y determinación de las normas

3.4 – La *lex stricta*: interpretación restrictiva y prohibición de la analogía *in mala partem*

4 – El principio de legalidad penal, el *nulla poena sine lege*

4.1 – La falta de un sistema diferenciado de penas: generalidad y ambigüedad de las penas establecidas en el Estatuto

4.2 – La abolición de la pena de muerte y la reclusión a perpetuidad

4.3 – El decomiso y la multa: ¿penas principales o con carácter accesorio?

5 – La garantía jurisdiccional, el *nemo damnetur nisi per legale iudicium*

6 – La garantía de ejecución, el *nulla executio sine lege*

## **Conclusiones**

## **Bibliografía**

## ***Introducción y Plan de Investigación***

El presente trabajo se dedica al análisis de un principio clásico de Derecho Penal, el famoso principio de legalidad de los crímenes y de las penas, conocido con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, a partir de su consagración de origen ilustrada, ha encontrado afirmación también en un contexto más amplio, no sólo en el ámbito del Derecho Penal estatal o nacional, sino también en el del Derecho Penal Internacional.

Mientras que el derecho penal se liga a la idea de Estado y de su autónomo e independiente poder represivo – siendo constituido por el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que prevén y disciplinan la aplicación de una sanción criminal, de carácter jurídico-penal (como la multa, el arresto, la prisión), como consecuencia de un determinado comportamiento humano que, definido por ley como crimen, lesiona o, incluso, pone en peligro a uno o más bienes jurídicos defendidos por el mismo ordenamiento – el derecho internacional, a la vez, ha estado históricamente ligado a la idea de una pluralidad de sujetos soberanos, los Estados que, relacionándose entre ellos sobre la base de una teórica igualdad como punto de partida, pueden decidirse, en cualquier momento, a comprometerse, a través de los tratados u otros instrumentos internacionales, y vincularse, según lo pactado entre ellos, sin que exista una autoridad superior que pueda imponerles ciertas reglas de conducta.

Ahora bien, podemos ya presumir de que las violaciones de los bienes jurídicos defendidos por el ordenamiento jurídico internacional son mucho más graves que las de nivel estatal, ya que se trata de bienes jurídicos cuya gravedad está reconocida por la comunidad internacional en bloque. Para castigar los delitos contra dichos bienes la comunidad internacional ha instituido, tras un largo proceso de desarrollo – pasando por la institución de otros tribunales penales internacionales *ad hoc*, es decir, aquellas cortes instituidas, sobre la base de actos unilaterales y por las necesida-

des y exigencias político-criminales del momento en los casos de guerras o conflictos colectivos generados por motivos étnicos, religiosos, políticos, que han causado unas gravísimas violaciones de derecho humanos (como, por ejemplo, aquellos de Núremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda) – la Corte Penal Internacional mediante la firma del Estatuto de Roma de 1998.

En el ámbito internacional se ha optado, por lo tanto, por un modelo de sistema de justicia penal – cuyo fin no puede ser otro que el de obtener una cierta uniformidad de tratamiento de los crímenes internacionales individuales y al mismo tiempo la certidumbre de su represión, tanto a nivel substancial como procesal – basado en la certeza de que los Estados depositarían en un único órgano internacional, tercero e imparcial, la facultad de reprimir los crímenes internacionales por aquellos reconocidos. En la actualidad existe, en consecuencia, una Corte Penal Internacional paralelamente a otros tribunales internacionales con jurisdicción penal, más los distintos ordenamientos jurídicos estatales, que han condenado, a lo largo de estos años, y siguen haciéndolo, a los individuos responsables de la comisión de crímenes internacionales.

A partir de todas estas premisas, podemos afirmar con seguridad que en los actuales ordenamientos jurídicos, estatales y, como hemos anticipado ahora, también en el ámbito internacional, la idea de función de la ley debería estar resumida por el principio de legalidad de los crímenes y de las penas que corresponden a la exigencia de que la producción y aplicación de las normas penales, estatales e internacionales, estén sometidas al monopolio de la ley.

Ahora bien, si por un lado el uno de julio de 2002, fecha de entrada en funcionamiento de la CPI, representa una fecha fundamental en la historia de las relaciones internacionales y la superación de la experiencia de los Tribunales *ad hoc*, – muy controvertida y nunca completamente aceptada



por parte de la comunidad internacional, por el cuestionamiento sobre la validez de la base jurídica por la cual tuvieron origen – por otro lado, es necesario preguntarse, a pesar del consentimiento que el Estatuto de Roma ha obtenido con la firma de la mayoría de los Estados que han acudido a la jurisdicción subsidiaria de la Corte Penal Internacional<sup>1</sup>, si han aparecido, asimismo, algunas interesantes novedades desde el punto de vista del derecho penal clásico.

Como sabemos, a través el análisis del Estatuto de Roma, en primer lugar, tendremos modo de individualizar, en este trabajo, el contenido de aquel núcleo de normas destinadas a la represión, por parte de órganos jurisdiccionales internacionales, de los *crimina iuris Gentium*<sup>2</sup>.

De forma secundaria, se han internacionalizado principios e institutos clásicos de lo *ius puniendi*, que han dado lugar a un sistema de imputación autónomo, articulado en dos niveles: por un lado ha tenido lugar la codificación de los crímenes internacionales individuales perseguidos por la CPI y, por otro, la codificación, por primera vez en la historia, de una parte general, de principios generales que han dado lugar a un núcleo definido y homogéneo de normas y reglas de adscripción de la responsabilidad a los autores de los *crimina iuris gentium*; principios, entre los cuales nos centramos, más concretamente, en el principio de legalidad, objeto de la presente investigación.

Se ha colmado, finalmente, la laguna representada por la continua tensión que antes tenía lugar entre la obligación de ser fieles a los conceptos o principios básicos de derecho penal nacidos en el periodo histórico de la Ilustración, y la necesidad de tener en cuenta los caracteres y peculiaridades del derecho internacional cuyas normas son de índole consuetudi-

---

1 Sobre los 160 Estados participantes a la Conferencia, 120 votaron a favor del texto final, 7 contrarios, 21 abstenciones y 12 ausentes. Pesan la ausencia de Países como China, India y Estados Unidos, única superpotencia que, hoy en día, pueda influenciar el desarrollo global en un mundo globalizado.

naria y convencional y cuyos crímenes presentan unas características particulares que los distinguen inequívocamente de los demás crímenes generales. Esos mismos principios han sido, finalmente, codificados en dicha parte general del Estatuto de la CPI, llegando al punto de ser considerados como una parte inseparable del sistema de fuentes de derecho penal internacional<sup>3</sup>. Se ha abierto, por lo tanto, una fase de estabilización de tales principios generales, reglas de imputación y directrices que, en principio codificados por los Estados en sus sistemas penales nacionales, ahora pertenecen al sistema jurídico internacional en cuya sede y en cuyo nuevo ámbito están destinados a operar hasta el punto de constituir, a partir de esta fase o momento, un ejemplo para las distintas culturas jurídicas y los distintos sistemas jurídicos mundiales que han tenido ocasión de convivir en el actual sistema penal internacional representado por la institución de dicho Tribunal Internacional. Bajo este aspecto, la experiencia de la CPI ha sido y sigue siendo, también, una óptima ocasión para valorar la comparación de los distintos sistemas jurídicos mundiales habida cuenta del momento actual, en el que el fenómeno de la globalización representa la otra cara de la misma moneda o realidad; es decir, el resultado de los continuos movimientos de individuos, capitales y mercancías de una parte a la otra del mundo desplazándose, también, el centro de intereses de las actuales dinámicas mundiales de dirección política, tales como los actuales procesos de integración político-económica de la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, etc... Se trata de un enorme enredo de fenómenos y cambios que siguen influenciando, también, al ámbito y al desarrollo del derecho penal, que ya no se trata simplemente del derecho estatal destinado a reprimir crímenes singulares en áreas limitadas por los confines nacionales,

---

3 ESER, "The Need for a General Part", en BASSIOUNI M. C., *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Toulouse, 1993, pp. 43 y ss.

sino del derecho penal internacional, destinado a castigar y reprimir crímenes como aquellos transnacionales, es decir, aquellos crímenes que ofenden a los bienes jurídicos protegidos por cada Estado, caracterizándose por desplegarse en más Países implicando áreas geopolíticas completas o incluso continentes. Es lo que BOAVENTURA DE SOUSA describe como “transnacionalización de la regulación jurídica del Estado-nación”, lo que conlleva que “los cambios en los derechos estatales de los países son influenciados decisivamente por las presiones internacionales, formales o informales, de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales”<sup>4</sup>.

Teniendo presentes los crímenes para los que la actual CPI está autorizada a perseguir y juzgar, véase los de genocidio, crímenes de guerra, de lesa humanidad y de agresión, observamos que, en la mayoría de las veces, representan el medio o, mas allá, la estrategia por parte de grupos políticos o hasta gobiernos para llegar a diversos objetivos económicos, políticos, territoriales y eso, sin contar las gravísimas vulneraciones de los derechos humanos que se puedan derivarse de tales actuaciones, mucho mas allá de los confines nacionales<sup>5</sup>.

---

4 BOAVENTURA DE SOUSA S., *La globalización del derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos, Colombia, Bogotá, 1998, p. 80.

5 NAVARRO DOLMESTCH R., “Reconfiguración” del sistema de fuentes del derecho penal y “amenaza de crisis” del principio de legalidad: la incorporación del derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”, en FARALDO CABANA P. (Ed.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, pp. 123-178. El autor describe los nuevos sistemas penales resultado de la globalización, oscilantes entre dos extremos opuestos denominados – por la escuela de Frankfurt – modelos de derecho penal máximo/mínimo. El modelo maximalista, que define “incompatible con el Estado de Derecho”, que se caracteriza por su excesiva rigidez, provocando incertidumbre e imprevisibilidad de condenas y penas, y que se configura sobre la base de dos tendencias, por un lado a la expansión, a través del aumento de sus fronteras de protección, incorporando sectores de la vida social que antes quedaban fuera de su alcance de regulación, es decir, protegiendo a nuevos bienes jurídicos, y, por otro, a la flexibilización, lo que conlleva el riesgo de alejamiento del rigor de la estricta legalidad, a través de la incorporación, cada vez, de tipos penales más abiertos o, incluso, de tipos penales en blanco, de tipos penales de delitos de peligro abstracto o dando importancia a la omisión como conducta penalmente relevante a través de los delitos impropios de

En este contexto, era necesaria ya la sola y simple idea de un sistema de justicia ultra-estatal que pudiera ser compartido de forma global y que pudiera garantizar la defensa de los derechos humanos universalmente reconocidos, así como cumplir con la clásica función general-preventiva del derecho penal. En los últimos años, en efecto, se ha multiplicado el número de actores no-estatales que participan en la política mundial, generando una gran diversidad de canales para conducir las relaciones interestatales e interactuar en las políticas transnacionales. Cualquier organización que desempeñe un papel jurídicamente relevante en el sistema internacional, se ha convertido ya en un actor que contribuye al equilibrio mundial, y canales como las relaciones interestatales y transnacionales e incluso transgubernamentales, se ven reflejados en mecanismos que se han consolidado a través de los años como los tratados de libre comercio, la creación de organismos internacionales, la participación activa de Organizaciones No Gubernamentales en situaciones coyunturales y de conflictividad, etc... Bajo esta perspectiva, la Corte Penal Internacional representa uno de estos canales existentes en las actuales relaciones políticas, sociales y culturales en el contexto internacional, uno de los nuevos actores internacionales, cuya finalidad consiste en juzgar a todos aquellos individuos que violen los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Este esfuerzo conciliador de todas las exigencias hasta ahora mencionadas y como efecto de la actual globalización, por un lado, puede considerarse como la más amplia forma de proceso de internacionalización del derecho penal y, por otro lado, a su vez, no es capaz de generar un sistema perfecto, carente de sectores de conflictos. Entre éstos, el primero y

---

omisión más que a través de la vía tipificadora exigida por el principio de legalidad de los crímenes y de las penas, así como a través de la flexibilización de las reglas de imputación. Véase, también, SILVA SÁNCHEZ J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2 Ed., Madrid, 2001, pp. 81 y ss.

más relevante que ha tenido lugar y que representa el objeto de la presente investigación, es aquél relativo al principio que ya podemos decir que rige el sistema penal, nacional e internacional, en su conjunto: el principio de legalidad de los crímenes y de las penas, cuyo contenido y límites han sido objeto de un largo debate que hoy en día sigue vivo.

Los artículos 21 y 22 del Estatuto de Roma de 1998 por el que se instituyó la CPI introducen la Parte III del mencionado Estatuto, dedicada a los principios sustanciales de derecho penal y, en particular, consagran, finalmente y también a nivel internacional, el famoso principio de legalidad de los crímenes y de las penas – y sus corolarios derivados – aquel principio que, de acuerdo con las definiciones iniciales de Feuerbach y Cesare Beccaria, relativas al periodo histórico de la Ilustración, reviste una grandísima importancia ya que, como también evidencia el escritor italiano CATENACCI, “permite conocer en anticipo lo que está prohibido y lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico<sup>6</sup>”, y protege los ciudadanos del uso arbitrario e incondicional del poder represivo del Estado.

Sin embargo, si por un lado se ha generado un sistema “ultra-estatal”, es decir, un aparato represivo-institucional que, sobre la base de la cesión de cada cuota de soberanía por parte de los Estados ha ido mas allá superando los generales límites espaciales de eficacia del derecho penal estatal, por otro lado hay que señalar el desaliento que, hoy en día, es manifestado por gran parte de la doctrina y de la ciencia penal a la hora de constatar en el ámbito internacional la actuación tan auspiciada de

---

6 Véase, sobre el nullum crimen sine lege, CATENACCI M., “Nullum crimen sine lege”, en LATTANZI (Eds.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998.

aquellos principios de Derecho Penal codificados, finalmente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>7</sup>.

Este principio plantea unos aspectos bastante problemáticos que serán objeto de análisis en la presente investigación:

1. En cuanto al *nullum crimen*, en primer lugar, se cuestionará si la necesaria exigencia de que los comportamientos prohibidos previstos por leyes anteriores inhabilita a un sistema de persecución criminal inhábil de adaptarse a los continuos cambios de la opinión pública y de los caracteres criminales de las conductas en continua evolución y desarrollo;
2. En segundo lugar, no se entiende bien cómo es posible conciliar el art. 22 del Estatuto, que consagra el principio de tipicidad, por el que la Corte sólo es competente para los crímenes previstos expresamente en su Estatuto. Por lo tanto, se cuestionará cómo pueden convivir el principio de legalidad – y en particular sus corolarios derivados cuales los principios de tipicidad y de prohibición de analogía – con la facultad prevista por el art. 21 del mismo Estatuto, que consiente la remisión a otras fuentes externas de derecho internacional, es decir, a fuentes extra-estatutarias. En este ámbito, la fundamentación en el derecho consuetudinario de las normas de derecho penal internacional plantearía, en principio, especiales problemas por lo que el *nullum crimen, nulla pena sine lege* excluye la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional<sup>8</sup>.

---

7 MOCCIA S., “Lo Statuto della Corte Penale Internazionale: I profili della legalità”, en DOLCINI, E., PALIERO, C. E. (Eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Ed. Giuffrè, Milano, 2006, Vol. I, Teoria del Diritto Penale, Criminologia e politica criminale, p. 487.

8 SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, en AMBOS K. y GUERRERO O. (Compiladores), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 284.

3. En tercer lugar, se cuestionará si es posible crear fracturas y vacíos en el sistema legal internacional, ya que una disposición singular no puede incluir todas las posibles formas de ataque al bien protegido o merecedor de protección por parte del ordenamiento jurídico. En este ámbito se ha registrado que algunos artículos del Estatuto concluyen con cláusulas abiertas (como por ejemplo el art. 7, letra k, dedicado a los crímenes de lesa humanidad, que permite juzgar a los autores de “otros actos inhumanos de carácter similar”) lo que demuestra una grandísima falta de determinación, contrariamente a cuanto se encuentra auspiciado y previsto por el mismo corolario del principio de legalidad;
4. Con respecto al sistema de penas, es decir, en relación a la segunda cara del principio de legalidad, conocida con el aforismo *nulla poena sine lege*, el Estatuto parece no llegar a ofrecer un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas previstas, sino que parece configurarse con los mismas características que ya constituyeron los precursores Tribunales Penales Internacionales ad hoc: generalidad y ambigüedad por las que, respectivamente, las penas máximas previstas en el Estatuto parecen aplicarse a todos los crímenes sobre los que la CPI tiene jurisdicción, sin distinción in abstracto en base a su injusticia y gravedad. Si el estándar de gravedad representa el único criterio-guía, para que los jueces puedan distinguir, discrecionalmente, entre privación de libertad temporal o perpetua, para los casos de extrema gravedad de los crímenes, la discrecionalidad de esos jueces parece estar sólo limitada por la exclusión de la pena de muerte y por la existencia de una pena máxima de treinta años.

En definitiva, el análisis sumario del Estatuto parece llevarnos a la conclusión de que no podemos hablar, de ningún modo, de *lex scripta, praevia*,

*certa* y *stricta*, requisitos fundamentales conocidos, también, como los corolarios derivados del principio de legalidad penal.

Para poder resolver todas estas dudas me parece necesario hacer un análisis, objeto de la presente investigación, del sistema penal internacional en su conjunto que se deriva y se encuentra actualmente en vigor a partir de la institución de este Tribunal Internacional: la Corte Penal Internacional.

Considero de extremada importancia, no sólo para los fines de esta investigación, fijarnos, *in primis*, en el principio de legalidad del derecho penal vigente en los ordenamientos estatales y en las Constituciones de tradición continental – haciendo especial referencia a los sistemas italiano y español – y apreciar las eventuales diferencias y aspectos en común con los sistemas penales de tipo *common law*, es decir efectuar un tipo de análisis comparativa del principio de legalidad.

Posteriormente, después de haber resumido el sistema penal internacional instaurado después de la citada experiencia, que ha visto como protagonistas los precursores Tribunales Internacionales *ad hoc*, considero fundamental analizar el sistema de fuentes aplicables en Derecho Penal Internacional y, por tanto, describir y analizar el principio de legalidad, objeto de la presente investigación, bajo todos los aspectos y perspectivas. También, por tanto, a partir de lo dictado por las Cortes en importantes sentencias, tanto a nivel nacional como internacional, para que, después de un oportuno análisis de los artículos del Estatuto de Roma, se pueda evaluar y averiguar si el mismo principio está siendo adecuadamente respetado y preservado o no.

Se realiza, en conclusión, un análisis crítica de dicha institución, bajo los puntos concretos analizados, y teniendo en cuenta la orientación de la doctrina mayoritaria en cuestión y la perspectiva de las relaciones interna-



cionales, que pueda servir como punto de partida auspiciar una reforma del Estatuto de Roma de 1998 y devolver al principio de legalidad su función y valor original.

La metodología aplicada para lograr los objetivos mencionados ha sido, en principio, de tipo histórica, vinculada al conocimiento de las distintas etapas en sucesión cronológica que han llevado a cabo la formación del principio de legalidad, para conocer la evolución y el desarrollo del mismo principio.

Posteriormente la metodología aplicada ha sido de tipo analítico-descriptiva-comparativa, es decir, basada en el análisis, la descripción y la comparación de los principios de nivel nacional que rigen los Derechos Penales Estatales, así como los de nivel internacional, vigentes en el Estatuto de Roma del 1998. Tendrán espacio, también, metodologías de tipo lógico-inductiva partiendo de casos particulares de jurisprudencia analizada para llegar a unos conocimientos generales, lógico-deductiva para eventualmente encontrar principios desconocidos, a partir de los conocidos, hipotética-deductiva, fundada sobre la formulación de hipótesis como consecuencia de las influencias de todo el conjunto de principios y leyes más generales. Por último, será indispensable el uso del método dogmático que se atiene a principios doctrinales para interpretar el sentido de las normas jurídicas y elaborar, así, un complejo sistema de carácter formal, ordenado por todos los conocimientos y las particularidades, sistematizando todo en referencia del derecho positivo para proporcionar más seguridad jurídica.

## **Capítulo I – La Ley Penal y el Estado de Derecho**

### *1 – El Derecho Penal para la protección y defensa de los bienes jurídicos*

El Derecho Penal está constituido por el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que prevén y disciplinan la aplicación de una sanción criminal, de carácter jurídico-penal (la multa, el arresto, la prisión o la pena de muerte), como consecuencia de un determinado comportamiento humano que, por su contrariedad al ordenamiento jurídico en examen – sea eso nacional o internacional – se define como delito.

La sociedad como organización social ejerce, a través de la ley penal y las sanciones, el control social de los comportamientos vetados o antijurídicos para defender y proteger a los bienes jurídicos de la cuya defensa depende una pacífica convivencia.

La doctrina define el delito de esta manera:

“es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, se pone en contraste con los fines del Estado y exige como sanción una pena (criminal)”<sup>9</sup>.

Hay que precisar que con los “comportamientos humanos” en examen se entienden sea las acciones y las omisiones, y la formulación “que se pongan en contraste con los fines del Estado” significa que esos crímenes no permiten ni la conservación ni el desarrollo evolutivo de la sociedad, y la formulación “que exigen como sanción una pena (criminal)” presume que hay la imposibilidad de adoptar otras sanciones que no sean suficientes a colmar estas violaciones<sup>10</sup>.

---

9 ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, X° ed., Milano 1985, p. 125; CARRARA F., *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, Vol. 1., Fratelli Cammelli, Firenze, 1897.

10 VALLARDO BERRÓN F. E., *Teoría General del Derecho*, Textos Universitarios, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972.

El delito en comparación con las otras violaciones o ilícitos se distingue por unos caracteres y, sobre todo, por la naturaleza de la sanción conminada en consecuencia de la violación de un bien jurídicamente relevante a nivel Constitucional.

Unos comportamientos humanos, de hecho, lesionan a unos bienes jurídicos que se merecen protección por parte del ordenamiento, según el conjunto de valores contenidos en la mayoría de las constituciones de tradición continental. Está claro que para limitar la libertad personal de un sujeto debe haber un balance de intereses entre el nivel de lesión del bien jurídico defendido por el ordenamiento jurídico y el nivel de sanción como limitación de dicha libertad personal: más importante será el bien jurídico lesionado y más grave será la sanción limitativa de la libertad personal individual. Es por eso que hay la llamada excepción de legitimidad constitucional si no hay proporcionalidad entre la gravedad de la sanción y la importancia del bien jurídico defendido.

Ahora bien, podemos ya presumir y constatar que las violaciones de los bienes jurídicos defendidos por el ordenamiento jurídico internacional son mucho más graves de las de nivel nacional, ya que se trata de bienes jurídicos cuya gravedad está reconocida por la comunidad internacional que ha instituido, después de un largo proceso de desarrollo, a la Corte Penal Internacional para castigar a los autores de tales crímenes.

Se trata de la misma situación en el ámbito internacional en el que las instituciones internacionales tienen que intervenir frente a estas gravísimas violaciones y a la realización de tales crímenes que afectan a la entera comunidad internacional. Aunque no hay en dicho sector una Constitución como en los Estados democráticos o una institución legisladora sino un conjunto de normas jurídicas penales o fuentes de derecho penal internacional que, poco a poco en el tiempo, se han desarrolladas y confirmadas – y que más allá iremos analizando – y que establecen los tipos de viola-

ciones y ataques a los bienes jurídicos protegidos y las penas o sanciones como respuesta del ordenamiento internacional a esos crímenes.

## *2 – Los principios clásicos del Estado de Derecho*

Como hemos visto los elementos fundamentales para que haya un tipo de delito son la necesidad de que un comportamiento humano lesivo de un bien jurídico relevante sea reprimido por una sanción penal – y no por otro tipo de sanción (civil o administrativa) o a través de otros remedios o instrumentos extra-penales – en virtud de los efectos retributivos que detiene la sanción penal, es decir, por un lado persiguiendo los fines de castigar a los autores de las conductas prohibidas y, por otro lado, por la eficacia disuasiva del derecho penal, que intenta disuadir a los individuos de la comisión de dichos comportamientos vetados, es decir, de la comisión de los crímenes.

Además, es necesario que el bien jurídico sea tan relevante de merecerse, por un lado, una apropiada defensa o protección en el ámbito jurídico penal y, por otro lado, la previsión de una sanción proporcional a la lesión del bien jurídico protegido ya que la misma sanción afectará, seguramente en el ámbito internacional, a la libertad personal del individuo-criminal.

Estamos hablando, en otras palabras, de los principales principios clásicos del Estado de Derecho que a partir de ahora vamos sumariamente analizando y que deberían claramente tener aplicación también en el ámbito internacional en el que se puede ya hablar de Estado de Derecho.

Como sabemos el Estado de Derecho es aquel en el cual las autoridades que lo gobiernan, incluso el rey o la máxima autoridad, se encuentran vinculadas, aceptan y respetan el derecho vigente<sup>11</sup>.

En otras palabras, en un Estado de Derecho, toda acción por parte de la sociedad y del estado está sometida y sustentada por normas jurídicas, las que contribuyen para el desarrollo y el crecimiento del Estado y dentro de un marco de absoluta paz y armonía. Esto significa, en otras palabras, que el poder del Estado se encuentra limitado por el Derecho.

Como sabemos, promover el Estado de Derecho y establecer su respeto en los planos nacional e internacional es uno de los objetivos esenciales de la misión de Naciones Unidas para lograr una paz duradera después de un conflicto y para proteger eficazmente los derechos humanos y lograr un progreso y un desarrollo económico ambos sostenidos. El principio de que todos, desde el individuo hasta el propio Estado, deben ajustarse a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por iguales y se aplican con independencia, es un concepto fundamental que impulsa gran parte de la labor de las Naciones Unidas.

A confirmación, las palabras del Secretario General de N. U.:

“Para las Naciones Unidas, el concepto de «Estado de Derecho» ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de

---

11 CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 222 ss, y 449 y ss; LEÓN DUGUIT, *Derecho Constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926.

primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal<sup>12</sup>.

El resultado es que para que tenga aplicación una sanción penal o privativa de la libertad personal hace falta, *in primis*, la violación o lesión de un bien jurídico, por medio de un comportamiento humano, que merezca protección por el ordenamiento jurídico, nacional o internacional que sea.

Se trata de los clásicos principios de matiz liberal venidos a la luz en el período de post-guerra de la Ilustración.

El principio de acción o exterioridad, que prescribe la necesaria exteriorización de acciones u omisiones para que se produzca un comportamiento jurídicamente vetado o prohibido por parte del ordenamiento jurídico.

El principio de lesión o ofensa, que tiene como regla esencial aquella que impide prohibir y castigar una acción humana si no perjudica u ofende a los derechos individuales o sociales de un tercero, la moral o el orden público.

El principio de culpabilidad, es decir, aquel que exige como presupuesto que la pena o sanción, que se pueda culpar o atribuir a quien lo sufra, derive del hecho o comportamiento que la motive. Para ello es necesario, en primer lugar, que no se haga responsable a una persona por delitos ajenos (principio de la personalidad de las penas) y que, en segundo lugar, no puedan castigarse formas de ser sino sólo conductas (principio de responsabilidad).

El principio de subsidiariedad penal, o *ultima ratio*, que establece que si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios me-

---

12 Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616).

nos afflictivos que los de derecho penal, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual efectividad, sea menos grave y contundente. De esta manera, el derecho penal es utilizado como último recurso, exclusivamente para cuando se trate de bienes jurídicos que no puedan ser protegidos mediante el Derecho Civil o el Derecho Administrativo.

De derivación del principio de subsidiariedad es el principio de proporcionalidad según el que una reacción para ser legítima debe ser proporcionada a la ofensa, característica de cualquier teoría sobre la función de la pena: en efecto, para las teorías retributivas el ordenamiento responde a la comisión de crímenes con sanciones proporcionales a la culpabilidad, mientras que las teorías preventivas generales ven las penas – aunque desproporcionadas por exceso – como medio disuasivo y con una eficacia intimidatoria más fuerte y, por último, las teorías preventivas especiales que, tratando los efectos que tiene la aplicación de una pena en el individuo que haya vulnerado el ordenamiento jurídico – al cual esa pena será dirigida –, tienen como principal objetivo el de evitar que aquel que ya haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro, es decir, su finalidad es resocializar al individuo, finalidad que, por ejemplo, está acogida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de acuerdo al artículo 5° numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que señala expresamente que:

"[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Además, como sabemos, la defensa y protección de los bienes jurídicos acordada por el derecho penal, incluso aquel internacional, es necesariamente fragmentaria (principio de fragmentariedad del derecho penal) ya que el derecho penal ha de limitarse a sancionar sólo las modalidades – y no todas las posibles formas – de ataques más peligrosas a esos bienes.

Este carácter, al igual que el principio de subsidiariedad, deriva de la limitación del derecho penal a lo estrictamente necesario (principio de mínima suficiencia o mínima intervención)<sup>13</sup>.

---

13      ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, en *Raccolta di studi di diritto penale*, Milano, 1983, p. 216.



## **Capítulo II – Las Garantías de Derecho Penal y el Principio de legalidad en los Sistemas de Justicia de Civil y Common law**

### *1 – Notas Introductorias: evolución histórica del principio de legalidad*

Los principios de garantía de carácter general de los sistemas penales individuados y recogidos por las Constituciones de los países de matiz liberal son el principio de legalidad, de materialidad, de ofensa y culpabilidad. En los actuales ordenamientos jurídicos la idea de función de la ley está resumida por el principio de legalidad de los crímenes y de las penas que corresponde a la exigencia de que la producción y aplicación de las normas penales estén sometidas al monopolio de la ley.

Vamos a recorrer un breve camino hacia la individuación de la normativa y doctrina mayoritaria sobre el principio de legalidad de los crímenes y de las penas, objeto de la presente investigación, en los distintos sistemas jurídicos de tipo *civil* y *common law* para averiguar los caracteres relevantes y comunes.

Para comprender el alcance del principio de legalidad en los actuales Estados es necesario remontar a su matiz político-institucional que, como fue anticipado, deriva de los principios del Estado liberal de Derecho. En particular, en el cuadro de la doctrina de la separación de los poderes del Estado – de derivación ilustrada – elaborada por el Montesquieu<sup>14</sup>, el monopolio de la potestad punitiva compete al Parlamento, el único órgano representante de la voluntad popular, mientras que el poder ejecutivo está representado por la mayoría parlamentaria y aquel judicial privo de cualquier atribución por parte de los ciudadanos que no sea aquella de garantizar una justicia igual e imparcial, tarea que rinde el juez como mera "boca de ley". De esta forma, atribuyéndole la potestad legislativa en el

---

14 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, ed. Tecnos, 1987, pp. 106 y ss.

ámbito penal a garantía de la libertad de los ciudadanos frente al eventual arbitrio de los poderes ejecutivos y judiciares, se asegura una más fuerte legitimación política de las elecciones punitivas por parte del Estado y una más fuerte prohibición de las intervenciones de los demás poderes ejecutivo y judicial<sup>15</sup>. Se trata, pues, del principio de legalidad entendido como garantía “democrática”: por lo que las leyes proceden del Parlamento, órgano constitucional en el que confluyen carácter estatal y decisión democrática, queda asegurada la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos de mayor trascendencia<sup>16</sup>.

El principio de legalidad en cuanto garantía de seguridad jurídica es el principio que rige el Derecho Penal y se caracteriza por ser el instrumento necesario para garantizar una justicia igual, imparcial y efectiva. Es el más importante de los dogmas jurídicos de un Estado de Derecho, puesto que a través del mismo se persigue el fin de controlar y limitar el poder estatal con la previsión de normas jurídicas generales y abstractas. La legalidad representa la sumisión a la ley y el respeto de la misma garantizando así, a través de ese principio, la libertad y la seguridad de los ciudadanos frente a cualquier arbitrariedad del Estado.

Dicho principio surgió en el marco del pensamiento jurídico de la Ilustración<sup>17</sup>: el mérito principal de poner los cimientos del Derecho penal liberal

---

15 MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 4 ed., Giuffrè, 2012, p. 36-37.

16 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, en *Revista de derecho penal y criminología*, ISSN 1132-9955, N° 12, 2014, pp. 111-164.

17 Véase, para un atento análisis histórico sobre el principio de legalidad CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, Ed. Porrúa, México, 2009, Capítulo Primero, pp. 1-25. Este autor resalta que en realidad a pesar de esas primeras formulaciones latinas el *nullum crimen, nulla poena* se encuentra ya como regla en la Magna Carta de 1215 cuyo art. 39 establecía el *nisi per legale iudicium parium suorum ver per legem terrae*. (Véase WAGNER, *Magna Carta Libertatum von 1215*, Bern, 1951, p. 22). Por otro lado, remontan a la teoría contractual, es decir, las teorías del contrato social formuladas vagamente por Epicuro, intuidas por Lucrecio y Horacio, renovadas por Marcilio y Grocio y que encuentran una clara y completa ilustración en Hobbes y otros contractualistas como Rousseau, Montesquieu, Voltaire y por fin Beccaria, hasta llegar a Feuerbach y Beling. Hobbes en su *Leviatán* imaginó que el Estado fuese un hombre arti-

y de haber fijado expresamente el principio de legalidad<sup>18</sup> fue de CESARE BONESANA, Marqués de Beccaria, que en su clásico *Dei delitti e delle pene* de 1764 dicta, al inicio del Capítulo III, lo siguiente:

“la primera consecuencia de estos principios es, que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con injusticia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad, Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión; se sigue, que ningún magistrado bajo pretexto de celo ú de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”<sup>19</sup>.

Posteriormente el gran penalista Johann Paul Anselm Ritter Von Feuerbach en su *Tratado de Derecho Penal de 1801* resumió el contenido del principio de legalidad en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena sin ley. El mismo autor elaboró la teoría de

---

ficial en el que no se distingue el derecho de lo injusto y se conoce sólo la fuerza y el engaño y, por lo tanto, para el fin de buscar la paz, la conservación y el bienestar está constreñido a llegar a un acuerdo o compromiso, el contrato social, a través del cual se pretende constituir un poder político capaz, en calidad de autoridad pública, de castigar a los transgresores de las leyes – necesarias para el bien del pueblo – a través de penas. Rousseau, a la vez, pretendió trasladar dicha potestad punitiva y de creación de delitos y penas de las manos de un único soberano a los de un órgano democrático, independiente y representativo de toda la sociedad unida por el contrato social. Montesquieu, a la vez, pretendió, en su obra *El Espíritu de las Leyes* de 1748, de dividir el poder estatal en tres funciones encomendadas a tres distintos órganos independientes: la legislativa al Parlamento, la ejecutiva al Gobierno y la judicial a los Tribunales. En cuanto a la elaboración de la ley señaló que fuese necesario un modelo preciso, un estilo sencillo, una interpretación única e uniforme por parte de todos los ciudadanos. Voltaire se refirió al principio de legalidad a través de los requisitos de las leyes: claras, uniformes y precisas. Véase, también, DEDES CHRISTOS, “Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege””, en *Revista de derecho penal y criminología*, ISSN 1132-9955, N° 9, 2002, pagine 141-146. El autor defiende la tesis de que el origen del *nullum crimen, nulla poena*, se encuentra en el antiguo Derecho griego

18 RUIZ ROBLEDO A., “El principio de legalidad penal en la Historia Constitucional española”, en *Revista de derecho político*, ISSN 0211-979X, N° 42, 1996, p. 144.

19 BECCARIA C., *De los delitos y de las penas*, trad. Del Val J. A., Ed. Alianza, Madrid, 1990, pp. 29-33.

la coacción psíquica según la cual la pena actúa como coacción psicológica para que los ciudadanos no cometan ilícitos penales. Todo esto a través de la previsión de las acciones amenazadas, es decir, los crímenes y la amenaza del mal, es decir, las penas, ambas por leyes.

Después de su formulación primitiva por parte de Cesare Beccaria en su obra *Dei delitti e delle pene* y después de su citación por parte de Feuerbach en la misma Introducción de su obra, el *Lehrbuch*<sup>20</sup> – a partir de la cual se considerará como el fundador indiscutido de la moderna Ciencia del Derecho Punitivo – Beling descubrió la tipicidad en su “teoría del delito” por lo que se consideró el creador de la “teoría de la tipicidad” agregando la máxima “no hay delito sin tipicidad”, es decir, para que el hecho sea delito y pueda ser penado, necesita revestir figura delictiva<sup>21</sup>.

La justificación de la adopción constitucional del principio de legalidad en materia criminal responde a una doble exigencia garantista: de legitimación y de seguridad, ambos aspectos que se tuvieron muy en cuenta por los revolucionarios de 1789, convergiendo en un postulado superior y de trascendental alcance: “la interdicción de la arbitrariedad del Estado en el ejercicio de la potestad punitiva”<sup>22</sup>.

La formulación del principio de legalidad por fin ha seguido avanzando hasta llegar a aquella formulación latina más completa y correcta: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*, resumida por el ya citado *nullum crimen sine lege*. Actualmente, por dicha evolu-

---

20 FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, 20 (§ 24).

21 AMBOS K., “100 años de la “Teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>.

22 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., p. 112. Véase, también, GARCÍA RIVAS N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 69-70.

ción, el principio de legalidad supone cuatro garantías<sup>23</sup> que tienen su plena realización en los Estados democráticos liberales de la Europa Continental<sup>24</sup>:

1) la garantía criminal, *el nullum crimen sine lege*, es decir que ninguna conducta, por reprobable que parezca, puede ser considerada delictiva si no lo establece previamente una ley que pueda, de tal manera, garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, los que puedan conocer de forma anticipada las conductas prohibidas por su ordenamiento jurídico y las penas como consecuencias de esas conductas. Dicha garantía implica a su vez cuatro consecuencias conocidas en doctrina como los corolarios derivados del principio de legalidad:

- la *lex scripta*, es decir, el monopolio de la ley para establecer crímenes y penas y el rechazo de las fuentes consuetudinarias;

---

23 ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, n. 8, mayo-agosto 1983, p. 11 y ss. Véanse también las posturas de los penalistas sobre el tema: HASSEMER W., *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 313-314; ROXIN C., *Derecho Penal – Parte General I*, traducción de Luzón Peña, Díaz, García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 137-139.

24 BARBOSA CASTILLO G., "Principio de legalidad y proceso penal", en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 26, N°. 78, 2005, pp. 109-124. El autor hace un análisis del principio de legalidad desde el punto de vista procesal. Señala que el principio de legalidad, en su concepción original, "hace parte de un entramado que configura el modelo de Estado de derecho demoliberal en la Europa Continental: separación de derecho y moral, reconocimiento de la dignidad humana, la igualdad de todas las personas ante la ley, sometimiento de todos a la ley – incluido el Estado y los gobiernos – separación de los poderes públicos, etc. Hoy en día, a la vez, el mismo principio de legalidad se traslada también al ámbito procesal a través del *nullum iudex, nullum iudicium sine lege*: hay normas procesales algunas de las cuales con efectos sustanciales que tienen a que ver por ejemplo con la libertad del procesado, las garantías de los sujetos procesales, etc., que tienen que ser igualmente cumplidas. Un ejemplo con efecto sustanciales es la "sentencia anticipada" (así llamada en Colombia) o el llamado "patteggiamento" en Italia que permite de obtener en cambio de una descongestión de la administración de la justicia una reducción de pena para el imputado que colabora con la justicia admitiendo los cargos a él imputados. Dicha reducción de pena no tiene origen sustancial en el Código Penal, por lo tanto según la lógica tradicional se menoscabaría el principio de legalidad por la no aplicación estricta de la pena previamente establecida por aquel delito.

- la *lex praevia*, es decir, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales, regla complementada por la *lex mitior*, es decir, la aplicación de la ley mas favorable al acusado;
- la *lex certa*, es decir, prescribir certeza y determinación, a través de la correcta delimitación por medio de la ley de todos los delitos y penas, excluyendo cualquier tipo de cláusula o disposición vaga o indeterminada;
- por ultimo, la *lex stricta*, es decir, una interpretación restrictiva que impida cualquier interpretación extensiva y analógica *in malam partem*<sup>25</sup>;

2) la garantía penal, el *nulla poena sine lege*, que prescribe la imposición por los tribunales de penas previstas por ley;

3) la garantía jurisdiccional, el *nemo damnetur nisi per legale iudicium*, que prescribe la posibilidad por todos los ciudadanos, indistintamente, de poder acudir a un juicio formal, ante un tribunal competente, con todas las garantías prescritas por ley, es decir, la posibilidad de ser juzgados por medio de una sentencia judicial dictada de conformidad a un procedimiento legalmente establecido;

4) la garantía de ejecución, el *nulla executio sine lege*, que prescribe también a nivel de modalidad de ejecución de las penas, las formas previstas por las leyes, excluyendo cualquier injerencia por otras Instituciones u Órganos<sup>26</sup>.

---

25 ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, op. cit., p. 20. BARBERO N., “La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, en *Nuevo Foro Penal*, ISSN 0120-8179, N° 89, 2017, p. 156-173.

26 MIR PUIG S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Reppertor, 8ª ed., 2008, p. 106. El autor señala: “Estas distintas garantías también deben exigirse respecto de las medidas de seguridad y sus presupuestos”; véase, también, RUIZ ROBLEDO A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 67; CEREZO MIR J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, 6ª ed., Madrid, noviembre de 2004, pp. 204 y ss.; QUINTERO OLIVARES G., *Manual de Derecho*

Es también cierto que, si bien se puede asegurar la participación de los representantes del pueblo en la elaboración y aprobación de las reglas principales de la sociedad, su voluntad debe expresarse por escrito. Es por esto que, en la actualidad, el principio de legalidad por esa formulación tiene un doble componente, formal y material: por un lado se refiere a la forma que debe adoptar la expresión de la potestad punitiva (y con esto nos referimos a los requisitos de *lex scripta, praevia y certa*), por otro lado, se refiere a su contenido<sup>27</sup>.

En las palabras de QUINTERO OLIVARES: “la sumisión al principio de legalidad, hoy, no se puede conformar con la simple y escrupulosa aplicación de la *lex stricta et scripta* y las demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia material que el derecho positivo dice perseguir”<sup>28</sup>.

El principio de legalidad fue, así, recogido, aunque en distintas formas, en los principales sistemas jurídicos mundiales. Mientras que con respecto a los sistemas de tipo *common law* la regla de la irretroactividad se considera una presunción y los crímenes pueden ser desarrollados por analogía, expresión del gradual desarrollo de la ley misma, en los sistemas de *civil law* la prohibición de normas penales retroactivas es imprescindible y el recurso a la analogía está consentido sólo in mínima parte y para las infracciones menores. La única excepción en este ámbito fue la Constitución de los Estados Unidos de América que fue la única entre los sistemas jurídicos de *common law* que contempló la prohibición de la retroactividad.

---

*Penal*, Parte General, Aranzadi, 3 edición, Navarra, 2002, pp. 74-80; DE VICENTE MARTÍNEZ R., *Vademecum de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 230-231.

<sup>27</sup> RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., p. 114.

<sup>28</sup> QUINTERO OLIVARES G., MORALES PRATS F., MIQUEL PRATS CANUT J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona 1996, p. 2.

Las minuciosas disposiciones en el Estatuto de Roma por el que se instituyó la Corte Penal Internacional, especialmente aquellas que se refieren a la definición de los crímenes y a los principios generales, nos muestran como haya habido una verdadera obsesión por el principio de legalidad de los delitos y de las penas aunque, como veremos en los casos prácticos, los tribunales han aplicado sólo de manera flexible dicha regla.

- *El nullum crimen, nulla poena sine lege en los demás Tribunales Internacionales*

Parece irrelevante, hoy en día, resaltar la importancia de un principio fundamental en Derecho Penal como el principio de legalidad: no sólo ha sido consagrado por la mayoría de los textos constitucionales de los distintos países que pertenecen a la comunidad internacional, sino que, más allá, en el ámbito internacional, a partir de aquella primordial versión latina, ha sido, también, enunciado como principio central en los Tratados internacionales.

Los diversos instrumentos internacionales existentes para la defensa de los derechos humanos prescriben, de hecho, la prohibición, por un lado, de calificar o considerar como delito una conducta, al no ser que la ley o un instrumento a esa equiparable lo haya previamente establecido y, por lo tanto, considerado delito como tal, y, por otro lado, prescriben la prohibición de la imposición de una sanción penal que no sea, también, ya prevista en la ley – o fuente de ley a esa equiparable – ni más grave de aquella ya previamente prevista y aplicable en el momento en el que fue cometido el crimen.

Ya a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuyo artículo 8 dispone:



“nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”;

Así, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948; su art. 11.2 establece lo siguiente:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”;

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su art. 7.1 según el cual:

“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”;

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en su art. 15.1 que dicta lo siguiente:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la

condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”;

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, suscrita en San José en Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, cuyo art. 9, a su vez, establece:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”<sup>29</sup>.

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de las Personas de 1981, aprobada el 27 de julio, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia, cuyo art. 7.2 dicta lo siguiente:

“Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor”.

Por último, la más reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E., proclamada por el Consejo Europeo el 17 de diciembre de 2000, en su art. 49, titulado “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas”, establece lo siguiente:

---

<sup>29</sup> Véase, para los aspectos del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ESPEJO YAKSIC N., LEIVA GARCÍA C., *Digesto de jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos*, de enero de 1984 hasta febrero de 2012, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 2012, pp. 399-408.

“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta”.

El hecho de que las provisiones en examen no se consideren revocables por la mayoría de los defensores de los derechos humanos ha convencido a muchos escritores de que este principio, ya se considera parte de los instrumentos para la protección de los derechos humanos<sup>30</sup>.

## 2 – *El nullum crimen, nulla poena sine lege en el sistema penal español*

En la Constitución Española de 1978 el mismo principio de legalidad se encuentra, aunque parcialmente recogido, en el art. 25.1 que dicta:

“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”.

El Tribunal Constitucional se ha referido al doble fundamento de la legalidad sancionadora del art. 25 [...] de la libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a que atenerse) (STC 239/1988) y a que el principio se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el dere-

---

30 SCHABAS W. A., *Preserve effect..*, op. cit., p. 522.

cho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley” (STC 133/1987)<sup>31</sup>.

El Código Penal Español de 1995 reconoce, también, la garantía de legalidad respecto a los estados de peligro y a las medidas de seguridad, puesto que la medida de seguridad, aunque tiene un presupuesto distinto de la pena – la peligrosidad del autor de un ilícito penal y no su culpabilidad – tiene también naturaleza sancionadora y su imposición debe someterse a las mismas exigencias de legalidad<sup>32</sup>.

De dicha regulación constitucional debe evidenciarse que el principio de legalidad se proyecta tanto sobre el Derecho penal como sobre el Derecho administrativo sancionador ya que con la formula "nadie puede ser condenado o sancionado..." se reconoce un único *ius puniendi* estatal sometido al principio de legalidad, aunque las exigencias en el ámbito penal son más estrictas que en aquel administrativo<sup>33</sup>.

Además, el citado artículo 25 se encuentra situado en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución española, con lo cual el principio de legalidad se configura no sólo como un principio jurídico sino como un derecho fundamental evocable por los ciudadanos delante de los Tribunales con un régimen de especial protección<sup>34</sup>.

---

31 LASCURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Navarra 2009, p. 36.

32 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, II ed., Valencia, 1996, p. 100.

33 NIETO A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 3 ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 258.

34 Especialmente por el recurso de amparo que permite impugnar su vulneración ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 Constitución Española). Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1996, de 14 de octubre, anuló una sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña que condenaba al recurrente en amparo por una falta de daños imprudentes del art. 600 CP-73, vigente en el momento de cometerse los he-

Por lo tanto, el principio de legalidad no es sólo un principio del Estado democrático de Derecho sino que es al mismo tiempo un derecho fundamental de los ciudadanos vinculado con el principio de seguridad jurídica: el derecho a la legalidad penal implica el derecho de toda persona a poder saber, en todo momento, qué conductas están prohibidas (ámbito de lo ilícito o de lo prohibido) y qué es lo que le sucederá en el caso de que se realicen alguna de esas conductas prohibidas (ámbito de las consecuencias jurídicas del delito).

Las exigencias del principio de legalidad se satisfacen, por un lado, por la previsión del delito y de la pena en cualquier norma penal, y, por otro lado, a través del cumplimiento de la *lex scripta, praevia, certa y stricta*<sup>35</sup>.

El art. 25 de la Constitución española no expresa como en otros y más habituales casos un “derecho” de la persona a la “legalidad penal”, sino un mandato constitucional al legislador vigente”. El Tribunal Constitucional español también suele referirse a estas exigencias-garantías de *lex scripta y praevia* a las que corresponde la “garantía formal del principio de le-

---

chos, a pesar e que, según los hechos probados en dicha sentencia los daños ocasionados (278.510 pesetas) no alcanzaban a cubrir la cifra mínima requerida por aquél tipo penal (500.000 pesetas.). El Tribunal Constitucional otorgó el amparo afirmando que la sentencia de la Audiencia “ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no estuvieran previstas como delito o falta – art. 25.1 C.E. – y por ello la estimación de la demanda de amparo ha de suponer la anulación de la Sentencia impugnada a fin de restablecer al recurrente en su derecho”.

35 El Tribunal Constitucional en la STC 133/1987 afirmó que: “el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas e impide, como límite a la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador” (lo que se conoce generalmente como *lex stricta*). En sentido análogo, las SSTC 3/1988, de 21 de enero; 111/1993, de 25 de marzo; 372/1993, de 13 de diciembre; 64/2001, de 17 de marzo; STC 75/2002, de 8 de abril.

galidad”, de *lex certa y estricta* a las que corresponde la “garantía material o de predeterminación normativa”<sup>36</sup>.

El derecho a legalidad penal prohíbe al Poder público que imponga a las personas el deber unilateral de soportar la sanción de sus conductas, y soportar el *ius puniendi* del Estado, si no es conforme a lo dispuesto en la “legislación vigente”<sup>37</sup>.

El Tribunal Supremo en una pronuncia de octubre de 2007, ha casado lo dictado por la Audiencia Nacional en el anterior caso Scilingo, dictando con respecto al principio de legalidad el siguiente fundamento jurídico:

“el principio de legalidad en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, sólo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex praevia*), que la describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex praevia, stricta, scripta et certa* y que la vigencia del principio de legalidad, tal como antes

---

36 VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, ISBN: 9788416402816, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 87. El autor señala, a confirmación dos sentencias: la STC 89/1993, que dicta lo siguiente: “El presente recurso se fundamenta en la alegada vulneración del principio de legalidad penal que eleva a rango de derecho fundamental constitucionalmente garantizado el art. 25.1 de la CE”; además, la STC 137/1997, que dicta lo siguiente: “Respecto a la denuncia del principio de tipicidad penal, este Tribunal ha establecido en reiteradas ocasiones que la interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas *in malam partem* integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex praevia, scripta, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 CE”

37 VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, op. cit., p. 88.

fue expreso, impide, pues, la aplicación directa del Derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso”<sup>38</sup>.

---

38 Anteriormente Sentencia n. 16/2005, de 19 de abril de 2005, de la Audiencia Nacional (caso Scilingo). Véase sobre el caso Scilingo, GIL GIL A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REFLEXIONES (Jurisprudencia), ISSN 1695-0194, RECPC 07-r1, 2005; CAPELLÀ I ROIG M., “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 10, 2005, pp. 1-13. Posteriormente, TS, Sentencia n. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, fundamento jurídico sexto. Disponible en internet: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentenciats.html>. “...el ejercicio del *ius puniendi* del Estado queda limitado a aquellos casos en los que haya mediado una advertencia previa a través de una ley, de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquella. Previsibilidad que depende, en realidad, de las condiciones objetivas de la norma, y no tanto de la capacidad individual de previsión del sujeto. De todo ello se desprende que el principio contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable. El Código Penal vigente, por su parte, establece el principio de legalidad de los delitos en el artículo 1.1; de las penas en el artículo 2.1; reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo, incluso durante el tiempo de cumplimiento de la condena en el artículo 2.2; y prohíbe la analogía en el artículo 4.1. El artículo 607 bis del Código Penal entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, sólo sería posible su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis. En la sentencia impugnada se sostiene que el artículo 607 bis viene a incorporar una norma previa de Derecho Internacional Penal consuetudinario. Niega el recurrente la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Penal. Cfr., GIL GIL A., “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo, en CUERDA RIEZU A. R., JIMÉNEZ GARCÍA F. (eds), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009; LAMARCA PÉREZ C., “Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo”, en *La Ley penal*, n. 34, enero 2007, pp. 69-77. La autora resalta “los peligros que genera la internacionalización del Derecho penal, como, por ejemplo, la colisión con el principio de legalidad y su corolario de mandato de irretroactividad de la norma penal, si se acoge la tesis internacionalista que sostendría que el tipo del art. 607 bis CP incorporaría a la ley penal una norma que ya existe como *ius cogens* y que tiene validez *erga omnes*, sin dar ningún valor a que la norma preexistente no contenga ninguna sanción, contrariamente a lo establecido por el principio de legalidad que pertenece tanto a los delitos como a las penas, y sin tener en cuenta que la norma internacional tiene carácter non *self executing*, sin aplicación directa”. MENDOZA CALDERÓN S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional”, op. cit., p. 315. La autora evidencia que, de igual modo, en relación al principio de taxatividad, “jamás debe permitirse una aplicación analógica del Derecho penal, por ello rechazamos la aplicación del delito de genocidio a aquellos delitos cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático a la población civil, con conocimiento de dicho ataque, cuando se cometan contra víctimas perseguidas por motivos políticos, que constituirían crímenes de lesa humanidad conforme a lo previsto

Sobre el punto NIETO GARCÍA hace notar que: “las normas de Derecho Internacional no son directamente aplicables y que la menor garantía legalista, que la legislación internacional otorga, no legitima a los Tribunales españoles para decrecer la protección que el ordenamiento jurídico interno otorga al propio principio de legalidad. Conforme a la Constitución Española las normas de derecho penal internacional no pueden prevalecer sobre los derechos y garantías constitucionales; ante dos normas de ordenamiento jurídico – la norma de derecho penal internacional y la propia de la Constitución Española – prevalecerá la norma constitucional que protege en mayor medida el derecho fundamental. Es por ello que el TS declara la inidoneidad de la costumbre como fuente del derecho penal al conculcar el riguroso principio de legalidad a que se ajusta el ordenamiento jurídico español”<sup>39</sup>.

### *2.1 – La exigencia de lex scripta y la reserva de ley*

Como señala ALARCÓN CABRERA la ley escrita “posee certeza, objetividad, estabilidad, comunicabilidad y, sobre todo, impersonalidad, ya que se separa de la persona o conjunto de personas que la “escribieron” para adquirir entidad propia”<sup>40</sup>.

---

en el art. 607 bis CP. Creemos, que mantener una interpretación del término «grupo nacional» previsto en el art. 607 CP, excesivamente extensiva, para intentar aplicar el delito de genocidio a estos hechos (por motivaciones principalmente de carácter procesal en relación a estrictas cuestiones de competencia de jurisdicción o para salvar los obstáculos derivados del debido respecto al principio de irretroactividad de la norma penal), implicarían una interpretación que rayaría en la aplicación analógica de la norma penal en contra de lo previsto en el art. 4.1 CP”.

39 NIETO GARCÍA A. J., “A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas”, op. cit., p. 1451.

40 ALARCÓN CABRERA, en Prólogo de “La letra y el espíritu de la Ley” (Frosini, Ariel Derecho, Barcelona 1995), p. 8



En palabras DE VICENTE MARTÍNEZ, “la reserva de ley se fundamenta en dos principios: en el del Estado de Derecho y en el democrático y conforma el contenido esencial del principio de legalidad. Carecería de sentido ahondar en torno a las exigencias de establecimiento previo del hecho, de certidumbre en la determinación de sus elementos y de estrictez en su interpretación, sin una ley a la cual referir esos mismo aspectos<sup>41</sup>.”

Por ello, la primera consecuencia del principio de legalidad – que como veremos en otros ordenamientos entre los cuales resalta aquel internacional – es la exclusión como fuente del Derecho Penal de cualquier norma que no sea escrita y con rango de ley<sup>42</sup>. Así se ha pronunciado el TC desde su STC 8/1981, SSTC 15/1986, 42/1986, 52/2003 283/2006.

Por ello, mientras que para el resto de las ramas del ordenamiento jurídico (Derecho Civil, Mercantil, Administrativo, etc.) hay distintas fuentes del derecho como la costumbre y los principios generales del Derecho (art. 1 del Código Civil), en el ámbito Penal sólo hay como fuente de Derecho la ley. Ni siquiera la costumbre, los principios generales del Derecho de rango constitucional o la jurisprudencia pueden utilizarse como fuente para la incriminación de una conducta que no esté contemplada en la ley como delito<sup>43</sup>.

Por lo tanto sólo la ley puede ser fuente del Derecho Penal para la creación de delitos y de circunstancias agravantes. Sin embargo, se reconoce

---

41 DE VICENTE MARTÍNEZ R., *El principio de legalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 39.

42 MIR PUIG S., *Derecho Penal*, op. cit., p. 107; LASCURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit., pp. 63-92 y 185-217.

43 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, op. cit., p. 101. El autor afirma que el “Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas”. DIEZ-PICAZO L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 465. El autor afirma que: “la previsión de delitos y penas no puede hacerse mediante normas no escritas, de naturaleza consuetudinaria o jurisprudencial”.

pacífico el recurso a la costumbre o a los principios generales del derecho para la apreciación de eximentes, que excluyen la calificación como delito, o de circunstancias atenuantes, que disminuyen la pena, sea cuando la propia ley penal remite a ellos, sea cuando ambas circunstancias se consideren necesarias para la interpretación de los términos de la ley.

Cuando hablamos de ley debe tratarse de Ley en sentido “formal”, es decir, aprobada por el Parlamento, o bien, las Cortes Generales. Es lo que se conoce en ámbito jurídico como “reserva de ley formal”. La expresión “legislación vigente<sup>44</sup>” del art. 25.1 podría, como veremos también para el caso italiano, interpretarse en un sentido abierto y comprensivo de cualquier norma con fuerza de ley, como son, por ejemplo, los Decretos-

---

44 La expresión “legislación vigente” se refiere a la fuente del Derecho habilitada para establecer delitos, pero la misma formulación, al ser válida también para crear faltas o “infracciones administrativas” – sin que se especifique el rango de la fuente concreta en cada caso – ha sido necesario que se completara con otros preceptos de la Constitución de tal manera que el TC ha resuelto a favor de la existencia de una reserva de ley orgánica en materia penal. Véase QUINTERO OLIVARES G., *Manual de Derecho Penal*, op. cit., pp. 75-76; MIR PUIG S., *Derecho Penal*, op. cit., p. 108; CEREZO MIR J., *Curso*, op. cit., pp. 187-193.

Leyes<sup>45</sup>. El Tribunal Constitucional ha especificado que, en materia penal, dicha expresión debe identificarse con Ley en sentido formal<sup>46</sup>.

---

45 ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, op. cit., p. 26 y 32. El autor subraya que “en materia de reserva de ley orgánica la reserva ha de ser absoluta, ya que, si en este ámbito la Constitución rechaza la delegación recepticia y los Decretos-leyes, más aún ha de considerarse proscrita la remisión a reglamentos, una vez que los controles para el ejercicio de la potestad reglamentaria son menos estrictos que en los anteriores supuestos. En consecuencia, la reserva de ley orgánica en materia penal ha de ser una reserva absoluta. Y esta conclusión se corresponde con el fundamento político de la reserva de ley en el campo penal, que como se ha indicado radica en la exigencia de una garantía política frente a la incidencia de la sanción penal sobre el bien fundamental de la libertad personal. La atribución de tal significado garantista conduce a circunscribir el tipo de actos normativos idóneos a satisfacer la reserva misma y, por otro, —y esto es lo que nos ocupa— a extender al máximo los aspectos del ilícito penal que han de ser determinados por la ley: exclusión de la determinación de dichos elementos a través de la remisión por la ley a otras fuentes normativas secundarias. Véase, también, GÓMEZ-FERRER MORANT R., CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J. L., *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, N° 188, 1980, pp. 183-232; BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, en *Scritti di Diritto penale*, vol. I, Milano 1997, p. 39.

46 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal*, op. cit., pp. 100-103. La sentencia del Tribunal Constitucional 11/2002 con citas de numerosas sentencias anteriores. El art. 86 CE afirma que los Decretos-Leyes no podrán afectar, entre otras materias, “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I” y que duda cabe que cualquier regulación penal afecta a los derechos y libertades de los ciudadanos en cuanto que, por un lado, las normas penales prohíben u ordenan la realización de determinadas conductas y, por otro, las penas consisten siempre, por su propia naturaleza sancionadora, en pérdidas o limitaciones de derechos (la libertad ambulatoria, la libertad de residencia, de profesión, el derecho de propiedad, etc.). Véase, también, LÓPEZ AGUILAR, “La reserva constitucional de ley en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año II, núm. 33, sept.-dic. 1991, p. 110, y bibliografía allí citada. Véase también, HUERTA TOCILDO S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN 0211-5743, Año n° 13, N° 39, 1993, p. 90. El autos señala que con STC 140/1986, de 11 de noviembre (FFJJ 5.º a 7.º), el nuevo el Tribunal Constitucional con una condena á pena privativa de libertad impuesta en virtud de la Ley 40/1979, de Control de Cambios, se decide finalmente a declarar que si bien del artículo 25.1 CE no puede deducirse una exigencia de ley orgánica respecto de las normas que impliquen privación de libertad o de alguno de los derechos contenidos en el capítulo II del título I, sino tan sólo una exigencia de reserva absoluta de ley, de los artículos 17.1 y 81.1 CE sí que se desprende, en cambio, la necesidad de que las normas penales que regulan los casos y las formas de privación de libertad revistan la forma de ley orgánica. Por lo que se refiere a las penas de naturaleza pecuniaria, se dice en esta sentencia que, por más que por vía subsidiaria puedan dar origen a la imposición de una pena privativa de libertad, su establecimiento no necesita de una ley orgánica, ya que, en tal caso, dicha posibilidad no afectaría al derecho a la libertad contemplado en el artículo 17.1 CE, sino que se derivaría de lo dispuesto en el artículo 91 del Código Penal, precepto al que, dado su carácter preconstitucional, no cabe exigir rango de Ley Orgánica. En el mismo sentido, SSTC 17/1987, de 13 de febrero (FJ 3.º), y 122/1987, de 14 de julio (FJ 2.º).

La postura del Tribunal Constitucional en relación con la exigencia de reserva de ley en materia penal se sintetiza en la STC 118/1992, de 16 de septiembre, en cuyo FJ 2.º se dice textualmente lo siguiente: “El derecho a la legalidad penal... comprende una doble garantía. Por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*), y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley. Exigencia que, en el ámbito penal estricto..., debe implicar la reserva absoluta de Ley... Esta exigencia de ley formal para las normas penales que resulta del artículo 25.1 CE no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley Orgánica... Pero sí existe reserva constitucional en favor de la ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 en relación con el art. 17.1 CE (22), respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad”<sup>47</sup>.

Por lo dicho, no pueden aprobarse normas penales por Real Decretos del Gobierno, Ordenes Ministeriales, Ordenanzas Municipales de los Ayuntamientos e, incluso, por lo los Decretos-Leyes (art. 86) que si bien por un lado tengan rango de ley, por otro no se consideran como leyes en sentido “formal”<sup>48</sup>.

---

47 HUERTA TOCILDO S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, op. cit., pp. 90-91.

48 BALAGUER CALLEJON F., Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos, Tecnos, Madrid, 1992, p. 63-64. Contra, LANDECHO VELASCO C. M., MOLINA BLÁZQUEZ C., Derecho Penal Español. Parte General, 6 ed., Tecnos, Madrid, 2000, pp. 126 y ss. Véase, también, HUERTA TOCILDO S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, op. cit., pp. 93-94. La autora señala que: “tal y como se razona en la STC 3/1988, de 21 de enero (FJ 6.º), se trataría de una disposición de naturaleza «legislativa» que tiene fuerza y valor de Ley (STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 2.º) y que, por consiguiente, en la medida en que no afecte al régimen general de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, satisfaría la

Debe, también, tenerse en cuenta que, sin perjuicio de que los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas detentan una potestad legislativa y sus normas tengan el mismo rango de aquellas estatales – dentro del ámbito de su competencia material – las leyes autonómicas no pueden contener normas penales porque la competencia sobre la legislación penal es exclusiva del Estado (art. 149.1.6º CE).

Además, la reserva de ley plantea en el sistema de fuentes español la cuestión adicional de qué tipo de ley es la competente para regular la materia penal, si la ley ordinaria o la orgánica, puesto que en principio ambas satisfacen la exigencia de “ley formal”.

El Tribunal Constitucional ha afirmado la necesidad de Ley Orgánica como consecuencia necesaria de lo dispuesto en el art. 17 CE sobre el derecho a la libertad, el que se iría limitándose por la aplicación de las sanciones previstas por las normas penales<sup>49</sup>.

Aunque el mismo Tribunal Constitucional no se haya pronunciado expresamente sobre si dicha exigencia de ley formal deba ser cumplida también en los casos de previsión de penas distintas de aquellas de privación de libertad, la doctrina mayoritaria<sup>50</sup> defiende la necesidad de la Ley Or-

---

indicada exigencia...Por otra parte, el sistema general de reservas contenido en los artículos 53.1, 81.1, 82.1 y 86.1 avala esta dual interpretación del término “legislación” utilizado en el art. 25.1 CE, según se trate de sanciones penales o de sanciones administrativas (35). Pues, por lo que se refiere a la materia penal, del propio art. 86.1 CE se deduce que nunca podría regularse por decreto-ley, al no ser imaginable sanción penal alguna que no «afecte» a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución”.

49 Véase, para un debate profundo sobre la reserva de ley en el ordenamiento español y sobre los arts. 25, 17 y 81 de la Constitución española, LAMARCA PÉREZ C., “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, mayo-agosto 1987, pp. 99-135. La autora concluye su trabajo considerando que: “hubiera sido deseable una más clara definición constitucional por lo que la Constitución no incorporó una cláusula taxativa que hiciera de la reserva de ley penal una reserva de ley orgánica y que tal vez lo más plausible hubiese sido considerar el ordenamiento punitivo como una garantía externa al sistema de derechos y libertades y no como un desarrollo de los mismos”.

50 Cfr., en este sentido, entre otros, RAMOS TAPIA I., *Derecho Penal. Parte General*, en ZUGALDÍA ESPINAR J. M., MORENO-TORRES HERRERA M. R., *Fundamen-*

gánica para la aprobación de cualquier norma penal argumentando que toda ley penal está estrictamente conectada al desarrollo de algún derecho fundamental o libertad pública ya que determina sus límites y formas de ejercicio (postura también confirmada con STS 2087/1994, de 2 marzo).

Una última cuestión en cuanto a este primer corolario derivado del principio de legalidad es aquella relativa a las leyes penales en blanco. Como sabemos, las normas penales están compuestas de un presupuesto que consiste en la descripción de la conducta considerada delito y de la consecuencia jurídica, es decir, la sanción penal en caso de realización del presupuesto. A veces, no obstante, hay casos en los que el presupuesto de la norma no se encuentra descrito de forma completa en la ley penal sino que ésta remite a otra norma extra-penal que “completa” la descripción de la conducta considerada delito. Se trata de las conocidas “leyes penales en blanco” que podrían atentar al principio *nullum crimen sine lege* ya que la ley penal podría remitirse a otras normas de rango inferior para completar la definición de la conducta delictiva<sup>51</sup>.

Aunque en unas ocasiones se admite el recurso a dicha técnica legislativa, que resulta imprescindible porque, en algunos delitos – como por ejemplo, en los delitos contra la salud pública o medioambientales – no es posible incorporar en la ley penal todos los requisitos de la conducta típica dada la complejidad técnica, el Tribunal Constitucional ha aclarado que el uso de las leyes penales en blanco es conciliable con las garantías del principio de legalidad sólo si se respetan los siguientes requisitos:

---

*tos de Derecho Penal Parte General*, 4 Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal*, op. cit., pp. 100-103.

51 DOVAL PAIS A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. STS 5209, RJA, 27 de diciembre de 1991.

- a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal;
- b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición;
- c) y que sea satisfecha la exigencia de certeza, en el sentido de que exista la suficiente concreción para que la conducta calificada como delictiva quede suficientemente precisada con el complemento de la norma a la que la ley penal se remite<sup>52</sup>.

Por lo tanto, si se cumplen estos requisitos pueden existir, por ejemplo, remisiones a los Reglamentos administrativos, pero siempre que se trate de Reglamentos de desarrollo de una Ley y no de Reglamentos independientes o no subordinados, es decir, desvinculados de cualquier Ley.

Otra cuestión de fácil derivación consiste en la posibilidad de una remisión de las normas, tanto en un sentido descendente a las Comunidades Autónomas, o ascendente hacia el Derecho Comunitario, que equivaldría a transferir la competencia penal exclusiva del Estado a órganos legislativos distintos. Además, en el caso de la transferencia a las Comunidades Autónomas se podrían incluso generar desigualdades entre los ciudadanos si la legislación que se crease fuese diferente en cada una de ellas.

La sentencia del Tribunal Constitucional n. 120/1998 nos recuerda la doctrina general sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco y aclara y precisa la naturaleza y requisitos de las normas que complementan dichas leyes. Con respecto al complemento de una ley penal en blanco por parte de las Comunidades Autónomas se establece que esto puede ser realizado mediante una norma siempre que:

---

52 Sentencias del Tribunal Constitucional n. 127 de 5 de julio de 1990 y n. 120 de 15 de junio de 1998.

- a) haya sido dictada en el marco de las respectivas competencias de las Comunidades Autónomas;
- b) no introduzca divergencias irrazonables ni desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen aplicable en otras partes del territorio;
- c) la norma autonómica constituya únicamente un elemento no esencial de la figura delictiva.

Con respecto al complemento de una ley penal en blanco por una norma aprobada por la Unión Europea se establece que:

“una norma del Derecho Comunitario, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal”<sup>53</sup>.

Igualmente, pueden complementar a las normas penales en blanco las normas contenidas en los Tratados internacionales si han sido publicadas oficialmente en España y pasan a formar parte del Derecho interno (art. 95 CE)<sup>54</sup>.

Además de las normas comunitarias como normas de complemento de las leyes penales en blanco, las normas emanadas por la Unión Europea – los Reglamentos y las Directivas – pueden ser también fuente del Derecho Penal español, aunque sólo de una forma integradora y negativa<sup>55</sup>.

En efecto, la función integradora se cumple vía interpretativa en materias, como por ejemplo aquellas socioeconómicas, de transporte o medioambientales, en las que se suele remitirse a la normativa comunitaria, que

---

53 Sentencia del Tribunal Constitucional n. 120/1998, cit.

54 La remisión a Tratados Internacionales es frecuente en los delitos de tráfico de drogas o en el delito contra el medio ambiente.

55 CUELLO CONTRERAS J., *El Derecho Penal español. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 189 y ss.



proporciona las pautas y principios para integrar los tipos penales abiertos o en blanco<sup>56</sup>.

La segunda función, aquella negativa, puede traducirse incluso en la derogación de normas o disposiciones penales de Derecho interno, debido a la existencia de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho Comunitario que, a través de los Reglamentos y Directivas comunitarias, pueden aportar causas de exención o de desincriminación<sup>57</sup>.

Por lo tanto, mediante normas comunitarias pueden quedar derogadas conductas contempladas como delito en normas nacionales que resulten contrarias a aquéllas, debiendo los Tribunales dejar de aplicarlas, aunque no se haya producido una derogación expresa por el legislador nacional.

Por otro lado, está ampliamente reconocido en la doctrina vigente que los Tratados Internacionales también pueden ser fuente de Derecho Penal, es decir, contener normas que introduzcan como delitos determinadas conductas que una vez ratificados por el Estado y publicadas oficialmente pasen a formar parte del Derecho interno<sup>58</sup>.

---

56 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Vol. I, 5 ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 822.

57 LUZÓN PEÑA D. M., *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996; RAMOS TAPIA M. I., "Derecho Penal. Parte General", en ZUGALDÍA ESPINAR J. M., MORENO-TORRES HERRERA M. R., op. cit. Este es el caso del delito de exportación de capital sin autorización previa previsto en el art. 6.A.1 de la Ley Orgánica 10/1983, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios. Debido a que la Directiva comunitaria 88/361, de 24 de junio de 1988, dispuso que no se podía exigir autorización administrativa previa para la exportación a un país miembro de la Comunidad Europea de moneda, billetes de banco o cheques al portador, cuando se planteó ante un Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional una acusación por este delito, el acusado invocó en su defensa la vigencia de la Directiva y el Juzgado tuvo que absolver del delito. De modo general, la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su consulta 1/1996 ha concluido "no perseguir por la vía penal los actos de exportación de capitales sin declaración", al haber quedado despenalizada esta conducta por mor de la normativa comunitaria.

58 Cfr. BASSIOUNI M. C., *International Criminal Law*, vol. I., Martinus Nijhoff Publishers, 3rd. Edition, Leiden, 2008, p. 88 y ss. Se trata de la afirmación del aforismo *nullum crimen sine tractatum* (o "principio de "reserva convencional").

La exigencia de reserva de ley del principio de legalidad no estaría vulnerada, ya que la celebración de Tratados Internacionales requiere de la previa autorización de las Cortes Generales<sup>59</sup>.

Si, además de incriminar conductas, mediante el Tratado se atribuye a una organización o institución el ejercicio de competencias en materia penal – derivadas de la Constitución – es necesario que las Cortes hayan autorizado su celebración mediante Ley Orgánica (art. 93.1).

De hecho, la ratificación del Estatuto de Roma de 1998, que atribuyó la competencia jurisdiccional en materia penal al Tribunal Penal Internacional, se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 6/2000 de 4 de octubre.

En fin, como advierte MALARÉE, si bien, a primera vista, las normas de derecho penal internacional no hayan sido creadas por leyes internas y aparecerían en contraste con el art. 25 CE, por su carácter consuetudinario, en realidad estas normas tienen carácter imperativo, constituyen *ius cogens*, son inderogables y, por lo tanto, obligan *erga omnes* a los Estados, aunque estos no hayan ratificado los Convenios Internacionales que las sancionan, formando parte del ordenamiento jurídico y de la legislación interna española. Las demás normas, incorporadas al ordenamiento español en virtud de un tratado internacional, también constituyen legislación vigente, de conformidad con el art. 25 CE, por el consentimiento otorgado ex art. 96 CE que señala que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno..”<sup>60</sup>.

---

59 El art. 94.1 c) de la Constitución española exige dicha autorización en los casos en que los Tratados “afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I”.

60 HORMAZÁBAL MALARÉE H., “Notas sobre el principio de legalidad penal en el Derecho Internacional Penal, sobre el delito de genocidio y la apropiación de recursos naturales y la ayuda humanitaria”, en ARANÍBAR QUIROGA A. ET AL (Ed.), *Derechos humanos y desarrollo. Justicia universal: el caso latinoamericano*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 2007, pp. 51-58.

## 2.2 – La exigencia de *lex praevia*: el principio de irretroactividad

Como se mencionó en la propia definición del principio de legalidad, la conducta delictiva y la pena correspondiente deben estar previstas en la ley antes de la realización del hecho (*lex praevia*), es decir, debe existir en vigor una ley precedente a la realización del evento delictivo<sup>61</sup>.

Como sabemos, la ley penal no tiene una validez temporalmente indefinida ya que ésta empezará a partir de su entrada en vigor, después del periodo de tiempo llamado *vacatio legis* – periodo de tiempo en general de veinte días, pero que puede llegar a prolongarse durante meses, dependiendo de la importancia, complejidad y urgencia de la normativa en cuestión, período durante el cual la ley no puede ser aplicada todavía – a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado hasta su derogación por una nueva ley o abrogación<sup>62</sup>.

La derogación suele tener un alcance que expresamente se dispone y se extiende siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.

La regla es que hay que aplicar la ley en vigor al momento del hecho también si posteriormente esta ley haya sido derogada por otra sobre la misma materia. Eso es debido al principio *tempus regit actum*, así como dispuesto por el art. 25,1 CE, al establecer que “nadie puede ser condenado... por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta..., según la legislación vigente en aquél momento”.

---

61 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal*, op. cit., p. 105; MIR PUIG S., *Derecho Penal*, op. cit., p. 107; QUINTERO OLIVARES G., *Manual*, op. cit., pp. 75-77; LASCURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit., pp. 139-146 y 247-255.

62 El Código Penal vigente estableció en su Disposición Final 7ª un plazo de seis meses entre su publicación y su efectiva vigencia. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, según la Disposición final quinta, entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, es decir, más de diez meses después de su publicación).

Esta exigencia de *lex previa* permite a toda persona de tener el derecho a poder calcular la consecuencia jurídica de sus actos dependiendo de la ley en vigor que haya. Como sabemos, las leyes penales son irretroactivas y no se pueden aplicar a los hechos realizados antes de su entrada en vigor. En palabras de GARCÍA AMADO: “si por algo que yo hago hoy y que no está prohibido o que tiene prevista una determinada sanción puede castigarme el Estado pasado mañana, sin norma o con una norma de mañana, la pauta de mi acción ya no será la libertad, sino el miedo, y la seguridad de mi vida se tornará en radical indefensión y en paralizante incertidumbre”<sup>63</sup>.

La Constitución española garantiza ex art. 9.3 “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, mientras ex párrafo 1 del art. 1 CP se establece la garantía criminal: “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración”, y ex art. 2,1 CP establece la garantía penal: “no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración”.

Por el principio penal *tempus regit actum*, o de irretroactividad de la ley penal, resulta perfectamente posible que un hecho sea juzgado conforme a una ley penal que ya no se encuentre vigente en el momento del enjuiciamiento del delito, porque ya derogada. Por otro lado, se reconocen en doctrina unos posicionamientos de naturaleza sustantiva que establecen la prohibición de la retroactividad penal derivada del principio de legalidad. Coincidimos con NIETO GARCÍA en que: “un sistema penal objetivo, basado en el principio de legalidad, con reserva de Ley Orgánica para las normas penales, no puede permitir la ambigüedad de la interpre-

---

63 GARCÍA AMADO J. A., “Sobre el principio de legalidad penal y su alcance de la previsibilidad como componente de la legalidad”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAIN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), La tutela multinivel del principio de legalidad penal, ISBN: 9788416402816, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 320.

tación normativa de la prescripción penal y su carácter retroactivo o irretroactivo en función de consideraciones doctrinales o jurisprudenciales”.

En efecto, la regla del *tempus regit actum*, conoce como única excepción aquellos casos en los que la aplicación de la ley posterior es más favorable para el reo, y por tanto en los que el hecho deba ser juzgado de conformidad con la ley posterior, aunque esta ley no hubiera entrado en vigor todavía en el momento de realizarse el hecho<sup>64</sup>. El principio de retroactividad de la Ley penal más favorable es una derivación inmediata de la función de garantía de la libertad individual que compete realizar al principio de legalidad penal<sup>65</sup>.

En defensa del “fundamento” de la retroactividad de la ley penal más favorable algunos autores han esgrimido motivos o consideraciones humanita-

---

64 Cfr. VON LISZT F., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Madrid, Reus, 1926 – 1929, pp. 94-96; BOIX REG J., *El principio de legalidad en la Constitución*, en VVAA, *Repercusiones de la Constitución en Derecho Penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 73 y ss.; HUERTA TOCILDO S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 97 y ss.

65 HUERTA TOCILDO S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, op. cit., p. 100, nota 46: “El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la aplicación retroactiva de una norma penal más favorable que la que estaba vigente en el momento en que se cometieron los hechos no vulnera el derecho contenido en el artículo 25.1 CE. Véase, en este sentido, STC 35/1981, de 11 de noviembre (FJ 3.º), y ATC 267/1985, de 24 de abril (FJ 8.º)... el texto del artículo 25.1 CE únicamente se refiere de manera expresa a la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables, sin mencionar en momento alguno la necesidad de otorgar carácter retroactivo a las que resultaren más favorables. Pues, por una parte, nada impediría considerar incluida esta última exigencia en dicho precepto a sensu contrario. Y por otra, la falta de mención expresa en el artículo 25.1 CE de otras exigencias derivadas del principio de legalidad penal, cual es el caso de la prohibición de analogía in malam partem o del principio de taxatividad en la descripción de los tipos penales, no ha supuesto obstáculo alguno para que el Tribunal Constitucional las haya estimado recogidas en esa sede”. La STC 21/1993 señala, además que: “en el ámbito del Derecho penal la estricta prohibición de retroactividad que incluye el artículo 25.1 CE está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad —protección del autor frente a las penas sobrevinidas—, se produciría un perjuicio para el sujeto”. Según la autora, con esta sentencia no se pretende afirmar que la retroactividad de la Ley penal más favorable forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 25.1 CE (48), sino únicamente que dicho precepto no la prohíbe.

rias, otros razones de política criminal<sup>66</sup> o de justicia material o en la idea de ausencia de interés del Estado en reproducir una situación legislativa ya superada<sup>67</sup>. De hecho, no tiene sentido castigar unos hechos que ya no ostenten la misma valoración social que anteriormente.

No obstante, a partir de la reforma operada en el año 2003 la doctrina se ha mantenido dividida entre quien considera, por ejemplo, la nueva imprescriptibilidad del delito y de las penas del genocidio – a partir de la entrada en vigor de 24/05/2006 – y, desde el 1/10/2004, para los crímenes contra la humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y quien, a la vez, considera aplicable la normativa más favorable que contiene los antiguos plazos de prescripción<sup>68</sup>.

En resumen, si bien para autores como CUERDA RIEZU la retroactividad de lo favorable no representa ninguna garantía para el ciudadano<sup>69</sup>, la situación normativa que encontramos en España es la de la admisibilidad de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo garantizada por el art. 25,1 CE interpretado sistemáticamente con el art. 9,3 CE y la de la retroactividad de la ley penal más favorable como excepción a la regla garantizada ex artículo 2,2 CP<sup>70</sup> la que establece:

---

66 COBO DEL ROSAL M., VIVES ANTÓN T., Derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

67 BACIGALUPO ZAPATER E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, 2002, p. 122; LASCURÁIN SÁNCHEZ J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000, p. 15; LASCURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit., pp. 139-143.

68 Véase, sobre la imprescriptibilidad de los delitos y penas, NIETO GARCÍA A. J., “A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas”, op. cit., p. 1452.

69 CUERDA RIEZU, “La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, p. 290.

70 En el mismo sentido, la Disposición Transitoria primera del Código Penal de 1995 establece que “los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mis-

”No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”.

Contrariamente, otros ordenamientos jurídicos de los Países de matiz liberal detienen el efecto retroactivo de la ley penal más favorable hasta el momento de la “sanidad de la cosa juzgada”, es decir, si recae sentencia firme, la nueva ley más benigna no puede favorecer al condenado<sup>71</sup>.

En síntesis, la ley posterior más favorable puede aplicarse retroactivamente a un hecho si no ha recaído sentencia firme sobre el mismo, alegando la modificación *pro reo* por la defensa durante el proceso o tenida en cuenta “de oficio” por los jueces, o cuando hubiese recaído ya sentencia firme aunque no se esté ejecutando, a través de la modificación de aquella y la adaptación de la ejecución a la nueva situación legislativa, e incluso cuando la sentencia se esté ya ejecutando a través de la adecuación o conversión de la parte de pena ya ejecutada en la nueva pena prevista por la nueva ley sobre la misma materia.

Respecto a los casos de sentencias firmes ya ejecutadas completamente la ley penal posterior más favorable puede tener incidencia, tanto a la hora del cómputo de la condena anterior a efectos de reincidencia, como para la cancelación de los antecedentes penales. En estos casos, si la conducta ya no está considerada como crimen por la nueva valoración social de la comunidad, la doctrina mayoritaria considera oportuno eliminar los antecedentes penales del condenado con sentencia firme que haya ya

---

mo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas”. STS 8555, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJA), 25 de noviembre de 1991.

<sup>71</sup> BACIGALUPO ZAPATER E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 123. Por ejemplo, el parágrafo 2 StGB (Código Penal alemán) establece que “si la ley vigente en el momento de la comisión del delito es modificada antes de que se pronuncie la sentencia, deberá aplicarse la ley más favorable al reo”.

cumplido y ejecutado integralmente la pena<sup>72</sup>. Estamos, de todas formas, hablando de las reglas generales de “sucesión de leyes penales”, y, en general, los problemas pueden existir también en los casos de las variaciones jurisprudenciales, por ejemplo del Tribunal Supremo, posteriores a la comisión de un hecho delictivo.

Aquí, la doctrina se divide entre los que aceptan los cambios jurisprudenciales casi como producción de nuevas leyes sobre la misma materia y otros – con los que concuerdo – que consideran la imposibilidad de aplicación de la nueva interpretación pues, de lo contrario, los Tribunales tendrían prácticamente el poder de legislar y, sobre todo, en consideración de las interpretaciones menos favorables que, en caso de su aplicación comportarían la lesión de la garantía de seguridad jurídica que el principio de irretroactividad auspicia. Por otra parte, estoy de acuerdo con que los cambios jurisprudenciales favorables al reo – *in bonam partem* – deberían tener carácter retroactivo análogamente a los casos de la retroactividad de la ley penal más favorable.

Ahora bien, para determinar la ley penal más favorable para el reo hay que tener en cuenta las eventuales consecuencias jurídicas desfavorables para las que se deriven de la aplicación de una y de otra ley, es decir, hay que aplicar la pena privativa de libertad de menor duración que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro texto normativo. No es posible aplicar los aspectos más favorables de una y otra ley porque de esta manera el tribunal estaría creando una nueva norma y desarrollando tareas legislativas que en ningún caso son de su competencia.

---

72 Generalmente esta situación se produce para las cuantías que la ley utiliza para diferenciar los delitos y las faltas en las infracciones contra la propiedad y el patrimonio aunque parte de la doctrina considera que el cambio de valoración es debido a la depreciación de la moneda.



Sin embargo, en unos casos pueden surgir dudas, si, por ejemplo, la ley anterior y la nueva establecen sanciones de diferente naturaleza o contenido distinto. En general también hay que considerar la situación personal del reo, ya que para una persona puede ser más favorable una pena privativa de libertad que una multa, porque por ejemplo no dispone de una buena capacidad económica y viceversa. Por lo tanto, sería mejor oír al imputado para que exponga su privilegio, que eventualmente podrá ser acogido.

Otra cuestión, es la de la irretroactividad de las normas relativas a medidas de seguridad que, se según algunos, se soluciona exteniendo el principio de rretroactividad también a esas normas<sup>73</sup>.

Por ultimo, hay que considerar, también, la excepción al principio de la retroactividad de la ley penal más favorable representada por la ultraactividad de las leyes penales temporales, las que tienen prefijado su período de vigencia y emanadas en situaciones excepcionales como, por ejemplo, una grave crisis energética o una situación de calamidad pública (como un terremoto, unas inundaciones, etc.). De todas formas es imprescindible, como hemos constatado, la determinación del momento preciso en el que se haya cometido el delito por lo que el Código Penal, en su art. 7, establece que: “los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”, regla mitigada, como hemos acabado de ver, por la excepción de la ley posterior más favorable.

---

73 GARCÍA ARAN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 128-129.

### 2.3 – *La exigencia de lex certa y el mandato de taxatividad*

RAMÓN RIBAS señala que si bien la ley mantiene su monopolio para asegurar la igualdad de todos ante la ley, se hace evidente la necesidad de llenar los vacíos provocados por la utilización de fórmulas generales y abstractas creadas por un legislador no omnipotente, sino racional y humano. Puesto que todos los tipos penales, sin excepción, contienen fórmulas generales y abstractas se hace necesaria la dotación de significado de los términos empleados por el legislador<sup>74</sup>.

En las palabras de FROSINI: “una ley, la misma ley, parece contener en sí misma diversos significados, mientras que las palabras con las que la ley se escribió quedan inmóviles sobre el papel ajustadas a la literalidad de sus expresiones, el espíritu de la ley, o sea, el significado que se atribuye a las disposiciones normativas de las que la Ley se compone, parece dinamizarse y moverse en direcciones diversas”<sup>75</sup>.

Por mandato de taxatividad o certeza se entiende, entonces, que la ley penal española necesita ser precisa, clara y exhaustiva con respecto a la descripción tanto de la conducta prohibida como de la pena o sanción como consecuencia de esta conducta. Este mandato de certeza representa el principio de taxatividad de las normas penales y es conocido, también en el ordenamiento español, como otro corolario derivado del principio de legalidad, ya que consiente a los ciudadanos saber de manera clara el presupuesto que la consecuencia jurídica de la sanción, de tal manera que cumpla con los fines general-preventivos del derecho penal ya que, por lo contrario, unas definiciones legales vagas e imprecisas supondrían

---

74 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., p. 118.

75 FROSINI V., *La letra y el espíritu de la Ley*, Ariel, Derecho, Barcelona, 1995, p. 21.

dejar demasiada discrecionalidad a los jueces<sup>76</sup>. Sólo de esta forma el ciudadano puede saber qué está permitido y que está prohibido, y habilita al juez para decidir con exactitud si debe absolver o condenar por un determinado hecho<sup>77</sup>. El principio de taxatividad condiciona solamente la posibilidad de sancionar a alguien si el ordenamiento jurídico prevé una disposición suficientemente precisa, tanto en su supuesto de hecho, como en sus consecuencias jurídicas. Contemplada la taxatividad en sí misma, no parece esencial la cuestión relativa al rango que deba ostentar dicha disposición, trátase de una ley o de un reglamento<sup>78</sup>.

El Tribunal Constitucional Español ha confirmado que el mandato de certeza o de tipicidad es una vertiente del principio de legalidad del art. 25 de la Constitución Española, a través de estas palabras: “es necesaria una imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de modo que la norma punitiva aplicable permita deducir con el suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien las cometa”<sup>79</sup>.

Además, la reciente STC 199/2014 dicta lo siguiente:

“La garantía material trae causa “del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la

---

76 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal*, op. cit., p. 103; LAS-CURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit., pp. 93-102 y 219-229.

77 GARCÍA RIVAS N., *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992; FERRERES COMELLA V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

78 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, en *Jueces para la democracia*, n. 62, julio 2008, p. 86.

79 Sentencia del Tribunal Constitucional n. 113 de 9 de mayo de 2002.

mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prescrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (SSTC 90/2010, de 7 de mayo; 135/2010, de 2 de diciembre y 144/2011, de 26 de septiembre, entre otras)”<sup>80</sup>.

Debido a este principio la ley tiene que definir con claridad tanto el delito como la pena sin utilizar cláusulas o términos excesivamente vagos o genéricos (*lex certa*)<sup>81</sup> y, por otro lado, en su aplicación, el juez debe limitarse a castigar las conductas que estén comprendidas en los términos de la ley, sin extenderla a conductas afines pero no contenidas en ella (*lex stricta* o prohibición de analogía *in malam partem*)<sup>82</sup>.

No cabe duda de que el mandato de taxatividad derive del principio de reserva absoluta de ley ex art. 25.1 CE y está ligado al principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 CE (SSTC 62/1982 y 137/1997)<sup>83</sup>. Incluso, GARCÍA ALBERO ha podido afirmar que el principio de taxatividad opera entonces “instrumentalmente al servicio de la reserva y del valor democrático que subyace a ella”<sup>84</sup>.

Además, desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios,

---

80 VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, op. cit., pp. 105-106.

81 Véase, MIR PUIG S., *Derecho Penal*, op. cit., p. 107. STS 21 oct. 1997 y SSTC 116/1993, 142/1999, 127/2001.

82 DIEZ-PICAZO L. M., *Sistema*, op. cit., p. 471. El autor afirma: “si la ley penal es suficientemente clara, precisa y determinada dejará un estrecho margen de libertad de apreciación al juez”.

83 VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, op. cit., p. 104.

84 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, op. cit., p. 87.

sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente<sup>85</sup>.

Está claro que las exigencias de precisión en el ámbito de la descripción de las infracciones o tipos delictivos no son las mismas que cuando se trate de los preceptos de la Parte General. En efecto, los presupuestos generales de la imputación penal – el dolo y la imprudencia, el error, la participación, la tentativa – no están formulados en la ley de modo tan preciso ya que el legislador deja un margen a la elaboración científica, es decir, no quiere bloquear la evolución científica abrazando una postura que luego podría verse superada<sup>86</sup>, mientras que en relación a los tipos delictivos de la Parte Especial, éstos deben ser lo más determinados y precisos posible. Sin embargo, GARCÍA ALBERO evidencia que “entre estabilidad normativa y la necesaria adaptación a las siempre nuevas necesidades sociales, el uso de elementos normativos y remisiones extra-penales se presenta como el instrumento más idóneo para conciliar ambas pretensiones. Pero en el empeño, la pretensión de garantizar *tout court* la garantía de legitimación, el fundamento democrático mismo, pierde fuerza persuasiva. En efecto, el papel adecuadamente legislativo del parlamento se ve paralizado por la creciente tecnicidad de los textos, que exigen una competencia que no tiene”<sup>87</sup>.

A veces el legislador emplea conceptos normativos o jurídicos indeterminados que necesitan de una labor de interpretación del juez en virtud de

---

85 *Ibidem*, p. 107.

86 Los artículos 5 y 10 del Código Penal, por ejemplo, declaran que un presupuesto de la imputación penal es que la conducta se haya realizado con “dolo o imprudencia” y en la Parte Especial se establecen las distintas penas según que el delito se haya cometido con dolo o imprudencia. Sin embargo, el CP no contiene una definición del dolo ni de la imprudencia lo que ha permitido la elaboración doctrinal de distintas teorías que permiten de diferenciar entre las dos conductas dolosas e imprudentes.

87 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, op. cit., p. 86.

criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, e, incluso a veces dicha labor del juez puede concretarse en la remisión a otras normas<sup>88</sup>. El uso de conceptos jurídicos indeterminados suele ser más frecuente en la descripción de varias circunstancias agravantes de los delitos contra la propiedad y el patrimonio en las que el juez tiene seguramente más discrecionalidad en el ámbito de la determinación de la gravedad de la conducta aunque estén preventivamente fijados en la ley los parámetros a los que el mismo debe atenerse para valorar la gravedad de la conducta<sup>89</sup>.

En unos casos, a la vez, se recurre a conceptos indeterminados, como, por ejemplo, las circunstancias agravantes previstas en el delito de tráfico de drogas<sup>90</sup> ya que sería perfectamente posible determinar las cantidades exactas a través de previsiones numéricas y científicas.

Cuestión aparte ocupan los casos de “tipos abiertos” en los que la definición del delito se hace de forma tan genérica o vaga que no es posible determinar qué conductas son subsumibles en él. Con respecto a esos casos, el Tribunal Constitucional ha afirmado que: “no pueden considerarse respetuosos del principio de legalidad los tipos formulados en forma

---

88 El delito de lesiones (art. 147 CP) antes de la reforma, exigía, por ejemplo, que la lesión requiera para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico, de lo contrario esa lesión constituía una falta (art. 617.1CP), y por concepto de “tratamiento médico o quirúrgico” era necesaria una valoración judicial. STS de 18 de mayo de 1992.

89 En los delitos de hurto y de robo, por ejemplo, hay una agravante en los casos de “especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos” o si se producen “perjuicios de especial consideración” (arts. 235 y 241 CP); similarmente en el delito de estafa según el que “revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que dejara a la víctima” (art. 250.6º CP).

90 Constituye circunstancia agravante una cantidad de droga “de notoria importancia” (art. 369.3 CP). El Tribunal Supremo ha considerado dicha agravación compatible con el principio de legalidad especificando que “no puede una norma contener un catálogo exhaustivo de supuestos individualizados en casos como el presente” y, también, considerando los efectos unificadores de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 noviembre de 1989.

tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales”<sup>91</sup>.

También son frecuentes las normas penales en blanco, que suponen en muchos casos una falta de certeza y determinación *material* de la conducta delictiva por lo que la remisión se hace a la normativa administrativa, europea o autonómica que regula la materia y obliga al ciudadano a conocer un número desorbitado de normas para conocer las conductas prohibidas.

Con respecto a estas normas VILLAVERDE MENÉNDEZ señala:

“es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”<sup>92</sup>. No obstante, FERRES señala que puede suceder perfectamente que una ley penal remita a un reglamento, por ejemplo, para complementarla, y

---

91 Sentencia del Tribunal Constitucional n. 105 de 8 de junio 1988.

92 VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), La tutela multinivel del principio de legalidad penal, op. cit., p. 110

que la misma ley remitente sea suficientemente precisa, pero no sería igualmente suficientemente precisa la disposición reglamentaria a la cual remite. En tal caso, la reserva de ley y su fundamento democrático-representativo habrían quedado satisfechos, pero no estaría igualmente satisfecho el principio de taxatividad que a la vez prescribe que ambas disposiciones tienen que trazar la esfera de lo penalmente prohibido. Así, en un eventual proceso de control de constitucionalidad “no podría declararse la inconstitucionalidad de la ley por el mero hecho de ser imprecisa la disposición reglamentaria a la cual remite, pero en un recurso de amparo resultaría perfectamente posible anular la sanción impuesta en aplicación de la ley y de ese reglamento, por déficit manifiesto de tipicidad en este último<sup>93</sup>.

Además, si bien el principio de legalidad parezca conciliable con los elementos normativos<sup>94</sup> el Tribunal Constitucional advierte que estos conceptos resultan constitucionalmente admisibles “cuando exista una fuerte necesidad de tutela y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos” (STS 151/1997, de 29 de septiembre) y que “las normas extrapenales han de ser fácilmente identificables de acuerdo con los criterios de integración del propio Ordenamiento Jurídico” (STC 24/2004, de 24 de febrero). Definitivamente, el TC ha admitido que la constitucionalidad, ex art. 25.1 de un precepto sancionador, pese a incorporar “conceptos normativos abiertos”, puede sostenerse por que esos conceptos son “determinables”: “de modo que el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma. Este debe realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma. El déficit de la ley sólo es compatible

---

93 FERRERES COMELLA V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, op. cit., p. 36.

94 DE VICENTE MARTÍNEZ R., *El principio de legalidad penal*, op. cit., p. 57.



con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma” (STC 151/1997, de 29 de septiembre)<sup>95</sup>.

En cuanto a la remisión a normas extrapenales, para que esa sea efectiva y admisible constitucionalmente se deben cumplir tales requisitos:

- Que el reenvío normativo sea expreso o justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal;
- Que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición;
- Que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, en los términos constitucionales: “que la conducta calificada como delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (STC 127/1990 y STC 101/2012).

En fin, a parte de la garantía formal del principio de legalidad penal hay que señalar la existencia de una garantía de carácter material que se refleja en la exigencia absoluta de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes a través de una tipificación lo más precisa y taxativa posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 283/2006).

Con respecto al mandato de certeza relativo a la determinación de las penas y medidas de seguridad, el Tribunal Constitucional ha afirmado, de conformidad con el principio del *nulla poena sine lege*, que “la doble garantía impuesta por el art. 25.1 CE no se refiere sólo a la tipificación de las infracciones, sino también, y en igual medida, al establecimiento de las

---

95 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, en *Jueces para la democracia*, n. 62, julio 2008, pp. 57-91.

sanciones aplicables”<sup>96</sup> para que el ciudadano pueda conocer con exactitud también las consecuencias jurídicas de sus actos. En efecto, como señala GARCÍA AMADO, “las normas influyen en los comportamientos de los destinatarios, ya que el mandato primario de la norma – por ejemplo, de prohibición de un determinado comportamiento – provoca en los miembros de la sociedad una expectativa, la expectativa de que lo prescrito se va a cumplir. Si, no obstante, hay incumplimiento, la aplicación de la sanción en la norma predispuesta para esa alternativa de conducta viene a comunicar a la sociedad que aquel mandato primero sigue vigente. La frustración de las expectativas normativas no da pie a una sustitución de la expectativa, sino a su refuerzo a través de la sanción. También cabe la perspectiva del propio sujeto que actúa, el que se pregunta sobre las consecuencias para él de su propia acción, que le puede ocurrir si incumple una norma jurídica y su interés versará sobre la posibilidad y probabilidad de que se le aplique la correspondiente sanción en Derecho. La previsibilidad de las consecuencias de nuestras acciones es una de las dimensiones de la seguridad jurídica<sup>97</sup>.

---

96 Sentencias del Tribunal Constitucional n. 29 de 6 de febrero 1989; n. 45 de 15 de febrero 1994; n. 113 de 9 de mayo 2002. MORILLAS CUEVA L., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson S.L., Madrid, 2004, p. 137. El autor se refiere a la STC 127/2001 de 4 de junio, en la que se afirma: “la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (lex certa). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal y, por otro, les está vetada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem (...)”- El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador, obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes.

97 GARCÍA AMADO J. A., “Sobre el principio de legalidad penal y su alcance de la previsibilidad como componente de la legalidad”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAIN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, op. cit., p. 316.

Sin embargo, se nota que las consecuencias de los delitos están legalmente determinadas de modo relativamente impreciso y que se permite al juez un margen de apreciación en la individualización de la pena. En unos casos, los delitos aparecen conminados con penas potestativas, es decir facultativas, las que el juez puede decidir discrecionalmente sobre su efectiva imposición al caso concreto (arts. 129, 226.2 y 233.1 CP entre otros) o aquellas alternativas. Es justo el caso de las medidas de seguridad en el que se establecen de forma potestativa y pueden ofrecerse al juez distintas medidas alternativas<sup>98</sup>.

Ya que, cuanto mayor será el grado de previsibilidad de las consecuencias jurídico-penales de nuestros comportamientos tanto mayor será el grado de seguridad jurídica, coincidimos con la posición de GARCÍA AMADO que intenta calcular el grado de previsibilidad, haciéndolo depender de elementos como:

- 1) el nivel de precisión de la norma que venga al caso; a mayor indeterminación semántica del enunciado normativo tocará mayor incertidumbre de los sujetos y más amplia discrecionalidad de los jueces a la hora de interpretar las palabras y expresiones de la norma;
- 2) la medida en que los jueces apliquen las sanciones, por lo cual si se considera que una sanción casi nunca venga aplicada y luego se aplica a un sujeto particular, se podrá alegar la discriminación en su contra;
- 3) la práctica judicial, es decir el trabajo de los jueces, que puede ser más o menos legalista dependiendo de la posibilidad de conceder más o menos interpretaciones posibles a las normas, con lo cual

---

<sup>98</sup> Los artículos 101 y ss. del Código Penal no se aplican de forma imperativa a los supuestos para los que se prevén sino que se dice que “se les podrá aplicar si fueran necesaria...” (arts. 101,102 y 103 CP) o que “el juez podrá acordar razonadamente la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas...” (art. 105 CP).

seguramente aumentará el grado de previsibilidad en el caso de que los jueces aplicaran una interpretación lo más restrictiva posible<sup>99</sup>.

No obstante, de la jurisprudencia constitucional deriva que las razones por las que una norma sancionadora puede vulnerar el mandato de taxatividad en relación con la sanción que contiene residen bien en que el límite máximo de la misma queda absolutamente indeterminado en la norma (STC 129/2006)<sup>100</sup>.

En todo caso, hoy en día ante la “inevitable”<sup>101</sup>, proliferación en los tipos penales de conceptos jurídicos indeterminados, abiertos o cláusulas generales, no debe hacernos olvidar que el mandato de taxatividad de las descripciones típicas obliga a que tales conceptos sean, por lo menos, “determinables” y al no ser así, tanto en las palabras formuladas por el legislador como en la aplicación por los órganos judiciales de los tipos penales en los que se contengan dichos términos indeterminados serían en contra al principio de legalidad penal recogido en el art. 25.1 de la Constitución Española. Dicho más claro en las palabras del Tribunal Constitucional:

---

99 GARCÍA AMADO J. A., “Sobre el principio de legalidad penal y su alcance de la previsibilidad como componente de la legalidad”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURÁIN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, op. cit., p. 318.

100 LASCURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit., p. 97.

101 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, op. cit., p. 69. El autor evidencia que “puede decirse que el significado de cualquier término, incluso de aquéllos que calificaríamos como radicalmente descriptivos, por referir a elementos perceptibles por los sentidos, no está a salvo de la vaguedad potencial, y está igualmente condicionado —aunque en menor medida— por tales creencias estándares y valoraciones culturales. El ideal de la absoluta determinación, que habría de convertir al juez en mero aparato subsuntivo, deviene por ello, incluso en el programa de “unas pocas leyes precisas y claras” irrealizable en sus estrictos términos. Precisamente por ello también corre la misma suerte el ideal de la absoluta certeza, incluso en el bello sueño de un derecho penal clásico de corte exquisitamente liberal que nunca realmente existió”.

“El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma” (STC 151/1997, de 29 de septiembre).

Tiene razón PALAZZO cuando afirma que “el tercer poder ha venido así a reencarnar al principio garantista a despecho del principio democrático: no basta ya con el Estado legal, sino que se perfila el Estado de Derecho en sentido propio, en el que el Juez está llamado a desempeñar un papel fundamental”<sup>102</sup>.

El análisis de los distintos factores que, hoy en día, ponen de relieve la crisis del principio de taxatividad, nos hace cuestionarnos sobre la imposibilidad de que el mandato de taxatividad o de determinación sea satisfecho, “exclusivamente” a través de la ley. Si bien, creemos que el mandato de taxatividad implica únicamente al legislador, a la hora de formular las normas de manera suficientemente precisa, no podemos sino reconocer que el espacio otorgado al juez resulta “inversamente proporcional” a la deficiente elaboración normativa previa del legislador.

#### 2.4 – La exigencia de *lex stricta* y la prohibición de la analogía

Las normas jurídicas, según DE VICENTE MARTÍNEZ, se dan con las notas de generalidad y abstracción para regular el mayor número de casos posible que se den en la vida. A pesar de estas dos notas es imposible regular todos los problemas que pueden presentarse al jurista, apareciendo las llamadas “lagunas de derecho”<sup>103</sup>. No es posible imaginar el juez como un simple sujeto pasivo que realiza, una vez comprobada la concurrencia de determinados hechos y realizada su subsunción en los tipos le-

---

102 PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, pp. 159 y ss.

103 DE VICENTE MARTÍNEZ R., *El principio de legalidad penal*, op. cit., p. 57.

gales correspondientes, un proceso mecánico o automatizado aplicando las correspondientes consecuencias jurídicas por el cumplimiento de tales hechos. In primis, no parece posible en cuanto hay que considerar una premisa mayor: la norma general, la ley, no nos viene dada de forma “clara, completa, precisa e inmutable”, sino que debe ser construida por el intérprete. En otras palabras, en un cuadro legal en el que se prescribe precisión de las normas, es decir, certeza del derecho para la libertad y seguridad de los ciudadanos, la interpretación se caracteriza por ser la actividad necesaria o el instrumento del jurista para acceder al Derecho ya creado por el Parlamento contenido en la Ley. Se configura como una especie de prolongación del texto, contenedor del verdadero significado o voluntad en el contenido; es una forma de culminación del proceso en el que el intérprete asume un papel creativo<sup>104</sup>. En las palabras de QUINTERO OLIVARES: “es indudable que los jueces y tribunales tienen, como es lógico y por voluntad constitucional, el llamado monopolio de la jurisdicción, en cuya virtud les está reservada la función de declarar el derecho (*ius dicere*) que corresponde aplicar a cada caso, y esa tarea no es sólo “interpretación”, sino que en el contexto de la relación entre el hombre y el estado se presenta como un acto de creación del Derecho que es procedente aplicar a aquel sujeto y a aquel conflicto”<sup>105</sup>.

Esto es, como evidencia FROSINI, porque “entre la escritura y la lectura de la ley se produce una relación dialéctica, en la que lo primero, o sea, la escritura, dirige y condiciona lo segundo, es decir, la lectura. Pero es una relación según la cual la lectura condiciona también el significado contenido en la escritura; se trata, por ello, de una relación que no es rígida, sino

---

104 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., pp. 119-122.

105 QUINTERO OLIVARES G., “Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español”, Actualidad Jurídica Aranzadi, 1996, 249 (06/06), p. 3.

articulada<sup>106</sup>. Mientras que el objetivo de los Ilustrados era aquel de impedir totalmente la interpretación de las leyes por parte del juez, esta opción se ha revelado con el pasar del tiempo irrealizable e impracticable ya que casi todos los conceptos empleados por la ley admiten en mayor o menor medida varios significados. A confirmación GARCÍA ALBERO señala que “cualquier norma general que incluya conceptos de clase o propiedades genéricas podría ser vista como una norma de remisión a pautas extra-jurídicas, dado que el lenguaje jurídico se expresa en un lenguaje natural en vez de construir un lenguaje propio o idiolecto, de donde deriva que cualquier elemento descriptivo podría entenderse como cláusula en blanco que remite a reglas de usos lingüísticos. Por ello mismo quien sostiene que en presencia de elementos valorativos que incorporan tests evaluativos como “trato cruel”, “dignidad” “desarrollo de la personalidad”, etc, remiten en realidad a la pautas extrajurídicas, deberían consecuentemente afirmar que también en los casos más claros existe igual remisión a pautas normativo-lingüísticas, o sea no jurídicas, con lo que el Derecho constituiría, en sí mismo, una inmensa laguna”<sup>107</sup>.

La interpretación, pese a su carácter creador, es una operación intelectual necesaria por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la Ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete<sup>108</sup>.

Es por esto que el principio de legalidad conlleva como otra consecuencia para el juez el uso de varios criterios – semántico, axiológico y metodológico<sup>109</sup> – y la prohibición del uso de la *analogía*, como medio interpretati-

---

106 FROSINI V., *La letra y el espíritu de la Ley*, op. cit., p. 64.

107 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, op. cit., p. 83.

108 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN M., *Derecho Penal*, op. cit., p. 119.

109 LASCURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit., p. 103-113. El

vo, para considerar una conducta constitutiva de delito, es decir, se prescribe, en otras palabras, que no pueden castigarse otras conductas que no estén estrictamente contenidas en la ley penal. Como señala GARCÍA ALBERO: “la estricta reserva de ley en materia penal no resultaría garantizada si los tipos penales, por estar redactados de forma totalmente abierta, delegaran materialmente en jueces y tribunales la fijación, *ex post facto*, de lo jurídicamente prohibido bajo pena. La garantía formal que representa la reserva de ley quedaría vacía de contenido si no presupusiera, materialmente, una determinación suficientemente precisa del hecho punible. Por todo ello, cuanto más determinada sea la ley, más limitado resultará el poder del juez respecto del poder legislativo, que verá reducida la “conurrencia” del judicial en la actividad de “creación normativa”. Al mismo tiempo, resulta imprescindible el estricto acatamiento del juez a la ley, pues sólo dicha subordinación confiere a la decisión una legitimidad también democrática de la que carece el juez por razón de origen”<sup>110</sup>. O, todavía, HUERTA TOCILDO: “de poco sirve, en efecto, que las conductas cuya evitación se estima necesaria para el mantenimiento de una pacífica convivencia social se encuentren tipificadas como delitos por una ley previa a su comisión si su descripción adolece de conceptos jurídicos indeterminados, de cláusulas generales o de conceptos oscuros o equívocos que no sólo resultan opuestos a la exigencia de seguridad jurídica, sino también al postulado de que la restricción de la libertad individual únicamente está justificada en la medida en que resulte estrictamente necesaria-

---

autor distingue tres criterios: el semántico, a través del cual se cumple la primera pretensión de los ciudadanos, conocer, como titulares de un derecho a la tipicidad de las normas y en cuanto destinatarios finales de las normas, “a que las normas no mientan, que digan lo que digan o, mejor, que los jueces no les hagan decir lo que no dicen”; el axiológico, que se refiere a que entre las semánticamente posibles sólo son esperables las interpretaciones de una norma que sean valorativamente acordes con la Constitución; el metodológico, o criterio de la lógica jurídica, a través del uso de métodos interpretativos constitucionalmente admitidos y aceptados, para que el ciudadano

110 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, op. cit., p. 85.



ria; e incluso al principio de igualdad ante la Ley, toda vez que su utilización puede favorecer la emanación de calificaciones jurídicas diferentes en relación con unos mismos hechos”<sup>111</sup>.

Premiso que que no es posible aplicar una norma sin interpretarla, la norma general, la ley penal, debe ser construida por el intérprete a partir de – pero no exclusivamente con – su “letra legal”, y la analogía consiste en la aplicación de una norma jurídica a un caso que no esté previsto en el tenor literal de la norma, de manera tal que se le otorgue el mismo tratamiento jurídico. La interpretación podrá adjetivarse como analógica cuando, respetando el marco diseñado por el tenor literal de la ley, pretende atribuir un significado a ésta apoyándose en otras normas que, por utilizar los mismos términos legales, o por presentar una regulación más completa que la que es objeto de interpretación, constituyen referencias legales válidas desde las que se obtiene, por analogía, un razonamiento que permite concluir el abstracto/general mandato legal<sup>112</sup>. Generalmente se recurre a su uso en otras ramas del ordenamiento jurídico para colmar las lagunas legales pero, como sabemos, en Derecho Penal dicha posibilidad está prohibida<sup>113</sup>.

---

111 HUERTA TOCILDO S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, op. cit., pp. 90-91.

112 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., p. 119 y 139; HASSEMER W., “¿Palabras justas para un Derecho justo? sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 35, 1996, pp. 143-170. El autor advierte que “en el procedimiento argumental por analogía de la Metodología jurídica, se comparan dos casos bajo el foco de un tercero en que aparece lo esencial de cada uno de aquéllos. Si este *tertium comparationis* presenta igual valor respecto a cada uno de ellos, dentro de un cierto margen de tolerancia, pueden esos dos casos ser considerados semejantes. Y así, p. ej., de la importancia jurídica notoria de uno se podrá deducir *per analogiam* la relevancia jurídica no sabida del otro. Pero si dicho *tertium comparationis* es de valor desigual en relación con uno y otro caso, debemos proceder por *argumentum e contrario* y tratar de diferente manera el caso extraño y el que ya conocemos”.

113 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN M., *Derecho Penal*, op. cit., p. 120.

El Código Penal Español recoge la prohibición de la analogía en su art. 4 cuando dispone que “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas” y prevé que “en el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal” (art. 4.2 CP).

Dicho de otro modo, el art. 4.1 CP prohíbe la analogía que consiste en aplicar una ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe. La prohibición de la analogía está prescrita de forma absoluta si es “*in malam partem*” mientras, al revés, no se opone al principio de legalidad el uso de la analogía favorable al reo (analogía *in bonam partem*) – si bien parte de la doctrina no concorda en esto y rechaza el uso de cualquier tipo de analogía<sup>114</sup> – es decir, para excluir o atenuar su responsabilidad ya que ello no viola ninguna garantía del ciudadano<sup>115</sup>. El juez, a veces, frente a conceptos jurídicos indeterminados está obligado a efectuar una labor interpretativa para determinar cuales casos son los comprendidos en la norma, es decir, realizar la subsunción automática del hecho juzgado en el precepto correspondiente,

---

114 COBO DEL ROSAL M., BOIX REIG J., “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, en *Commentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, p. 203.

115 STS de 11 de Abril 2000 (R.J.A. 2000/2699) que admitió la posibilidad de aplicar las medidas de seguridad en un caso en que se apreció la circunstancia atenuante de la grave adicción a las drogas (art. 21.2 CP) aunque dicha medida sólo está expresamente prevista para los casos en que se aprecie una eximente completa o incompleta (arts. 101 a 104 CP). El TS dijo que “resulta de una interpretación lógica de las disposiciones reguladoras de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante”. Véase, MIR PUIG S., *Derecho Penal*, op. cit., p. 107. Véase, sobre la prohibición de la analogía y las excepciones, MONTIEL J. P., “Regulaciones de excepción y prohibición de la analogía”, en *INDRET: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, 3/2003, Barcelona, julio de 2013.

labor interpretativa que no choca con la prohibición de la analogía *in malam partem*<sup>116</sup>.

El principio de legalidad exige que el juez efectúe la interpretación dentro del tenor literal del precepto penal, es decir, en el marco delimitado por el sentido literal del texto de la ley, fijando el sentido del precepto a través de los métodos hermenéuticos admitidos en Derecho: gramatical, histórico, sistemático y teleológico<sup>117</sup>. Efectivamente, como señala OLMEDO CARDENETE: “interpretación creadora, por un lado, y limitación de ésta a la frontera máxima constituida por el sentido literal del precepto penal, por otro, son dos tendencias metodológicas opuestas en la actividad exegética que mantienen una tensa dialéctica en un sistema que trata de sintetizarlas”<sup>118</sup>.

Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos de injusto y de las penas con que se amenaza su realización se pretende asegurar a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de jueces no traspase, en ningún caso, la barrera infranqueable de la “letra de la ley”, evitándose la eventual creación jurisprudencial de delitos y penas, el consiguiente riesgo de arbitrariedad o de lesión del principio de igualdad ante la Ley. La exigencia de tipicidad está principalmente dirigida a someter a los jueces al imperio de la norma escrita, impidiéndoles ir más allá de lo que en ella se prevé a través de la aplicación en vía analógica en supuestos no específicamente contemplados en la

---

116 BACIGALUPO E., *La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2, 1983, p. 11-29; FALCÓN M. J. y TELLA, *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, Madrid, 1991, p. 189 y ss.

117 El art. 3.1 del Código Civil Español establece: “Las leyes se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

118 OLMEDO CARDENETE M., “¿Es la *lex stricta* una garantía en Derecho Penal?”, en GARCÍA VALDÉS C., VALLE MARISCAL DE GANTE M., CUERDA RIEZU A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA M., ALCÁCER GUIRAO R. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 1, 2008, pp.583-598.

misma o de proceder a una extensión indebida de los comportamientos típicos<sup>119</sup>.

El Tribunal Constitucional se conforma con el mero respeto de la razonabilidad semántica en su STC 91/2009:

“en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*”. Esto es posible “..si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”<sup>120</sup>.

En efecto, según el resultado alcanzado con la interpretación, se distingue entre interpretación restrictiva o extensiva: la primera es favorable por el sentido de la disposición que abarca el menor número de supuestos; la segunda, al revés, da al texto el sentido más amplio posible. Ambas se retienen aplicables y no en contraste con el principio de legalidad<sup>121</sup>.

Si bien como señala RAMÓN RIBAS el TS haya, varias veces, “hecho confusión”<sup>122</sup> prescribiendo que estarían vedadas ambas interpretaciones

---

119 HUERTA TOCILDO S., “*El derecho fundamental a la legalidad penal*”, op. cit., p. 104.

120 LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A., “La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), op. cit., p. 130.

121 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, II ed., Valencia, 1996, p. 126. Según los autores, de las tres clases de interpretación, la más próxima a la analogía y, por ello, la más problemática, es la interpretación extensiva. Puesto que los textos legales pueden entenderse en un sentido más amplio o restringido y que los tipos legales también están dotados de un contenido mínimo y uno máximo la interpretación extensiva implica atribuir a un término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal. Entendida de esta forma, la interpretación extensiva puede considerarse respetuosa con el principio de legalidad y, por tanto, aceptable; en cambio, si la interpretación extiende el sentido de la norma más allá de las acepciones posibles del término legal y de su sentido literal, está permitiendo su aplicación a supuestos no contenidos en el precepto y, por tanto, incurriendo en analogía prohibida.

122 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., pp. 136-139 y 159. El autor afirma en sus conclusiones lo siguiente: “pese a que la jurisprudencia sigue refiriéndose a ellas conjuntamente afirmando que ambas están

extensiva y analogía “in malam partem”<sup>123</sup>, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan, HUERTA TOCILDO advierte que “la analogía *in malam partem* y la interpretación extensiva aparecen, a la vez, íntimamente relacionadas con el principio de tipicidad contenido en el artículo 25.1 CE; mientras que la analogía consiste en la estimación de un comportamiento como delito o en la imposición de una pena cuando, no habiendo sido recogidos en tales conceptos por la Ley, ésta prevé en cambio, como delito o como pena, supuestos análogos a aquéllos, la interpretación extensiva supone, por el contrario, la existencia de un tipo penal completo, integrado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que, al venir redactado en términos equívocos, se amplía más allá de lo permitido por la ratio legis. Mas, en cualquier caso, lo cierto es que ambas operaciones conducen a idénticos resultados en tanto en cuanto una y otra suponen la consideración como punibles de conductas no contempladas como tales por la Ley”<sup>124</sup>.

En cuanto a la interpretación extensiva, por ejemplo, con Sentencia núm. 809/2012, de 25 de octubre, el Tribunal Supremo ha establecido que:

---

prohibidas, la interpretación extensiva contra reo y la analogía *in malam partem* no deben confundirse: la primera, por ser interpretación, es perfectamente admisible aunque sea *contra reo* si, respetando el tenor literal posible, es aconsejada por una interpretación teleológica del precepto, esto es, atenta al espíritu y finalidad de éste”.

123 SSTC 81/1995, de 5 de junio [ RTC 1995, 81], F. 5; 34/1996, de 11 de marzo [RTC 1996, 34], F. 5; 64/2001, de 17 de marzo [RTC 2001, 64], F. 4; AATC 3/1993, de 14 de enero [RTC 1993, 3 AUTO], F. 1; 72/1993, de 1 de marzo [ RJ 1993, 72 AUTO], F. 1.

124 HUERTA TOCILDO S., “*El derecho fundamental a la legalidad penal*”, op. cit., p. 105. Este principio ha sido mencionado por primera vez en la STC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4.”), en estrecha conexión con el principio de legalidad, al considerarlo específicamente dirigido a garantizar la seguridad jurídica (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.” c). Véanse, entre otras, SSTC 89/1983, de 2 de noviembre (FFJJ 2.” y 3.”); 75/1984, de 27 de junio (FJ 5.º); 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 8.º); 133/1987, de 21 de julio (FJ 4.º); 199/1987, de 16 de diciembre (FJ 5.”); 119/1992, de 11 de junio (FJ 3.”), y sentencia de 23 de marzo de 1993 (R.A. 298/91) (FJ 7.º), así como AATC 324/1984, de 30 de mayo (FJ 2.”), y 941/1986. En este último se dice expresamente que “la prohibición de analogía en la interpretación de las leyes sólo rige en el Derecho penal material en tanto sea *in malam partem*”.

“como señalaba la ya veterana STS de 15 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1178), luego reiterados los criterios allí expuestos en otras numerosas resoluciones, teniendo en cuenta que el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio está muy ligado al de la protección de la intimidad (artículo 18.1 y 2, de la Constitución (RCL 1978, 2836), la doctrina de este Tribunal Supremo ha concebido el domicilio de manera muy amplia, llegándose a definir, con carácter general, como “cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aún ocupada temporal o accidentalmente”. La interpretación extensiva del concepto se impone, según el razonamiento del Tribunal Supremo, por la necesidad de dar efectiva protección penal al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, ya que una interpretación restrictiva impediría una adecuada protección del bien jurídico protegido<sup>125</sup>.

Sin embargo, advierte QUINTERO OLIVARES que “a veces se pretende calificar de simple “interpretación extensiva” lo que es pura analogía a causa de que el intérprete se ha alejado tanto de la norma analizada que

---

125 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., p. 144. El autor evidencia que por domicilio se ha dicho que puede entenderse “desde la vivienda habitual o esporádica (lo que se ha dado en llamar segunda vivienda), pasando por una habitación con puerta independiente y sólo dotada de un televisor y una caja para sentarse, o una simple chabola habitada, hasta llegar a una tienda de campaña, una “roulotte”, o una habitación de hotel (Sentencias, entre otras, de 26 de junio (RJ 1993, 5253) y 17 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6705), 18 de febrero, 23 de mayo (RJ 1994, 6701), 15 de octubre y 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10153)). Por el contrario, no integra el concepto de vivienda, el local comercial o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc.) (Cfr. SS. de 11 de junio de 1991 (RJ 1991, 4594), 19 de junio (RJ 1992, 5794) y 5 de octubre de 1992, y la de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 6603) ), sencillamente porque no lo son al estar esencialmente destinados a estar abiertos al público y esto es así porque el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución, protege como antes se dijo, la “intimidad” como valor esencialísimo, que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí ni en defensa de su propiedad”. De ellos se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado elegido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. Como vemos, dicho supuesto se considera expresión de una interpretación extensiva y no de una analogía lesiva del principio de legalidad.

lo que pretende sostener es algo que ya no puede caber en esa norma”<sup>126</sup>.

Mientras que la interpretación busca un sentido del texto legal que se encuentre dentro de su “sentido literal posible”<sup>127</sup>, la analogía supone la aplicación de la ley a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en dicho texto<sup>128</sup>. Y, todavía, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, afirman que “si la interpretación extiende el sentido de la norma más allá de las acepciones posibles del término legal (su sentido literal), está permitiendo su aplicación a supuestos no contenidos en el precepto y, por tanto, incurriendo en analogía prohibida”<sup>129</sup>.

A título de ejemplo más evidente el TS ha estimado inadmisibles – por aplicación analógica – la condena por “delito de tenencia y porte de armas” dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería al considerar una extensión analógica de la ley penal – prohibida – el considerar como armas a los cuchillos de cocina y a navajas no automáticas, pues no constituyen “instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse, sino a actividades domésticas, con independencia de que en un caso concreto sean utilizados como medio intimidatorio, ajeno, por tanto, a su destino doméstico”<sup>130</sup>.

---

126 QUINTERO OLIVARES G., *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor, Aranzadi, ISBN: 978-84-9903-243-6, Navarra, 2009, pp. 127-128.

127 CEREZO MIR J., *Curso*, op. cit., pp. 208-210.

128 LARENZ K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, 1994; ZUGALDÍA ESPINAR J. M., MORENO-TORRES HERRERA M. R., *Derecho*, op. cit., p.; DIEZ-PICAZO L. M., *Sistema*, op. cit., p. 427. El autor señala que: “mientras la analogía consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto por ella, la interpretación extensiva consiste en adoptar, de los varios significados posibles de la norma, el más amplio”. Véase, sobre algunos ejemplos de interpretación extensiva o analogía, RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., pp. 142-158.

129 MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 126.

130 TS, Sentencia núm. 1124/2011, de 27 de octubre.

A su vez, ZUGALDÍA ESPINAR: “la interpretación extensiva de las leyes penales es perfectamente lícita y compatible con el principio de legalidad penal, ya que implica asumir la aplicación más amplia posible de la ley, “pero hasta dónde lo consiente y lo permite todavía un sentido literal posible del texto legal”<sup>131</sup>. La interpretación puede adjetivarse como analógica cuando, respeta el marco diseñado por el tenor literal de la ley: pretende atribuir un significado a la ley apoyándose en otras normas que, utilizan los mismos términos legales o presentan una regulación más completa que la que es objeto de interpretación, constituyendo, entonces, referencias legales válidas, expresión del razonamiento o mandato legal<sup>132</sup>.

Sin embargo, GARCÍA ALBERO advierte que “contra lo que pensaba la doctrina tradicional, no existe una diferencia material entre analogía e interpretación. También dicha distinción es hija del positivismo jurídico y víctima de la apertura de los métodos interpretativos a consideraciones teleológicas. Que la doctrina penal siga, pese a todo aferrada a este límite formal no deja de resultar en cierto punto un anacronismo. En efecto, por un lado, la teoría del Derecho ha demostrado claramente la naturaleza esencialmente analógica de todo proceso subsuntivo”<sup>133</sup>.

No obstante, el TC ha anulado varias sentencias penales de condena por la aplicación analógica (*in malam partem*) de preceptos penales que vulneraban el principio de legalidad<sup>134</sup>.

---

131 ZUGALDÍA ESPINAR J. M., MORENO-TORRES HERRERA M. R., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 4 Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 299.

132 RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, op. cit., p. 139.

133 GARCÍA ALBERO R., “¿”Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, op. cit., p. 65.

134 DONDE MATUTE J., *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, México Universitario/Bosch, Colección Cicerón, México, 2007, p. 296. DIEZ-PICAZO L. M., *Sistema*, op. cit., p. 472. Sentencia del Tribunal Constitucional n. 174 de 26 de junio 2000, que reitera la línea jurisprudencial sentada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 111 de 25 de marzo 1993 respecto al término “título oficial” del 321 CP-73, en el ámbito de las condenas por el delito de usurpación de fun-



El principio de legalidad penal, pues, no se opone a la utilización de la analogía o de la interpretación extensiva cuando favorezca al reo, es decir, cuando a través de tales operaciones se configuren nuevas causas de exclusión de la responsabilidad criminal o nuevas circunstancias atenuantes<sup>135</sup>.

Con respecto a la labor de interpretación de los jueces, esa debe fundarse de conformidad con el respeto de los métodos de interpretación admitidos en Derecho y no hay tampoco algún vínculo de interpretación de los precedentes de los tribunales superiores, aunque, está clara la posibilidad de que la sentencia sea recorrida y anulada por algún tribunal superior.

Por otro lado, el Tribunal Supremo español, a través de su interpretación reiterada de la jurisprudencia, complementa, juntamente a la doctrina, el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. En efecto, como advierte HASSEMER, “si el sistema jurídico de la Sociedad moderna está caracterizado por su capacidad para afrontar problemas complicados y adaptarse flexiblemente a las veloces modificaciones de la realidad, no menos cierto es que tro-

---

ciones (art. 321.1 CP) contra personas que ejercían profesionalmente la actividad de intermediarios inmobiliarios o de gestores administrativos, sin estar en posesión de los títulos de Agente de la Propiedad Inmobiliaria o de Gestor Administrativo respectivamente, ya que, según el Tribunal Constitucional, no podía incluirse este título en el concepto “título oficial” empleado por el art. 321, que debe interpretarse como equivalente a “título académico”. Un ejemplo todavía más claro de aplicación analógica de un precepto penal es el objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2002 (La Ley 2002, 5767), en la que el TS anula la aplicación del subtipo agravado de abuso sexual con prevalencia de parentesco (art. 182.2 CP) que había hecho el tribunal de instancia en un caso en que el procesado era únicamente el marido de la madre del menor víctima de los abusos y no un pariente de los contemplados en el subtipo agravado (ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o afinidad). El autor evidencia que en una sola ocasión el Tribunal Supremo aprobó la aplicación de una ley por analogía: se trató de la aplicación del art. 344 del Código Penal completado por la Convención de Viena de 1961 y el Decreto del Ministerio de Sanidad del 30 de mayo de 1993. El caso (STS 1963, RJA, 18 de marzo de 1997) vio la aplicación por parte de los jueces de la analogía en cuanto el acusado enfrentaba cargos por tráfico de la droga sintética de MDA, aunque llevaba MDMA (éxtasis) conteniente la misma sustancia activa (metilendioxiánfetamina).

135 HUERTA TOCILDO S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, op. cit., p. 105.

pieza al respecto con serias dificultades. El Legislador es menos rápido que la Jurisdicción o la Administración, en consecuencia, y dado el hecho de que sea cada vez menos probable esperar del Legislador unas disposiciones claras en un mundo normativamente incierto, es comprensible que ese autor de las leyes confíe cada vez más a los aplicadores de las leyes la tarea de completarlas. Y así, a medida que las leyes van perdiendo nitidez, se hacen mayores los espacios de actuación de los aplicadores”<sup>136</sup>.

La jurisprudencia no se considera una fuente del Derecho Penal pero tiene una función cuasi-normativa en la aplicación del Derecho Penal ya que un cambio jurisprudencial en la interpretación de un artículo concreto puede suponer que unos hechos pasen a ser penados de manera distinta, aunque no se haya cambiado ni una letra del Código Penal. Seguramente los cambios jurisprudenciales que favorecen al reo no vulneran el principio de legalidad pero una vez más estamos asistiendo, en el ámbito del ordenamiento jurídico penal español, a la posibilidad de que quede en las manos de los jueces de última instancia la elección de un sentido u otro de una norma y la opción de una interpretación en lugar de otra hasta llegar a dictar la evolución interpretativa de una norma o concepto. En palabras de HASSEMER, “en la práctica, la jurisdicción está de hecho más “sujeta” a sí misma que a las leyes: los órganos de instancia lo están a los superiores respecto a cada caso, y todos ellos se sienten vinculados por la “opinión dominante” o por las propias tradiciones de cada tribunal. Estas vinculaciones son las más de las veces de carácter informal, mas no por ello menos eficaces, pues previenen por lo común pronunciamientos aventurados”<sup>137</sup>.

---

136 HASSEMER W., “¿Palabras justas para un Derecho justo? sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”, op. cit., pp. 147.

137 HASSEMER W., “¿Palabras justas para un Derecho justo? sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”, op. cit., p. 168.

Más problemático resultaría, con probabilidad, el supuesto de cambio jurisprudencial que ampliaría el ámbito de aplicación de un precepto y causaría, por lo tanto, la condena o agravación de conductas que antes de dicho cambio no resultaban penadas o, si lo estaban, era con menor pena. Resulta dudoso que ello respete la garantía de *lex certa* o el derecho a la seguridad jurídica derivado de dicha garantía.

### 3 – *El nullum crimen, nulla poena sine lege en el sistema penal Italiano*

A pesar de su prevalencia tan amplia en el ordenamiento jurídico italiano, el principio de legalidad ha sido más veces definido, más que como principio, como “doctrina”, es decir, como un conjunto de principios que permean todo el ordenamiento jurídico<sup>138</sup>.

Si continuamos analizando el sistema penal italiano, este principio tiene formal reconocimiento en los art. 1 del Código Penal de 1930 y art. 25, párrafo 2 de la Constitución italiana de 1948, los que, respectivamente, establecen:

“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”<sup>139</sup>, y:

“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.<sup>140</sup>

---

138 TRIOLO L., *Legalismo e legalità*, Giappichelli, Torino 2000; GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 278.

139 Traducción literal al español:

“Nadie puede ser castigado por un hecho que no sea expresamente previsto como crimen por ley, ni con penas que no sean por ella establecidas”.

140 Traducción literal al español:

“Nadie puede ser castigado al no ser que por una ley entrada en vigor antes de la comisión del hecho”.

Además, el párrafo 3 del mismo art. 25 de la Constitución Italiana extiende el principio de legalidad también a las medidas de seguridad en los siguientes términos:

“nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”.<sup>141</sup>

Debido al carácter rígido de esta Constitución, el legislador no puede desvincularse de su monopolio de producción de normas penales, reenviando, por ejemplo, al poder ejecutivo la individuación de las sanciones (reserva formal absoluta de ley); al revés, el legislador está obligado a formular las leyes penales de manera clara (principio de precisión); no puede incriminar hechos que no puedan ser probados durante el proceso (principio de determinación); tiene que imponer al juez la prohibición de la extensión analógica de las normas penales y, a su vez, formular las normas imputadoras de forma respetuosa con la prohibición de la analogía (principio de taxatividad).

Se trata de los cuatro corolarios del principio de legalidad, que analizaremos posteriormente en el ámbito internacional.

### *3.1 – La reserva absoluta de ley*

Cuando se trata de delinear el contenido del principio de legalidad, la reserva de ley constituye seguramente el primer principio derivado, ya que atiene directamente a las fuentes de las normas penales italianas.

Este principio establece la prohibición de castigar un determinado hecho a través de penas o sanciones en ausencia de una ley que lo considere

---

141 Traducción literal al español:  
“Nadie puede ser objeto de medidas de seguridad al no ser en los casos previstos por ley”.

como crimen<sup>142</sup>. Se trata de una garantía para el ciudadano, que verá sancionada y limitada su libertad personal sólo en el caso de que haya sido prevista dicha consecuencia por ley, o bien por ley emanada por el Parlamento que representa la voluntad de la población – y no el ejercicio arbitrario del poder legislativo – en los sistemas democráticos.

La atribución de tal significado a la reserva de ley ex art. 25, párrafo 2 de la Constitución italiana, implica, *in primis*, aclarar el significado técnico-jurídico que la palabra “ley” asume en el ámbito del ordenamiento italiano<sup>143</sup>; en otras palabras es necesario circunscribir los tipos de actos normativos que sean idóneos para satisfacer la llamada reserva de ley<sup>144</sup> por lo que, como sabemos, en el sistema italiano hay varios actos normativos emanados también por el gobierno o, similarmente por las Comunidades Autónomas españolas, por las Regiones italianas o equivalentes en otros Estados. La misma Carta Constitucional reconoce a unos actos emanados por el gobierno la misma eficacia que detiene la ley formal, como son, por ejemplo, los decretos legislativos y los decretos-leyes (art. 76 y 77 de la Constitución Italiana)<sup>145</sup>, aunque coincidimos con la doctrina que considera que ambos actos, siendo emanados por el gobierno en cargo, y por tanto por una temporal mayoría política, no ofrecen la misma garantía de estricta legalidad que detiene la ley formal<sup>146</sup>.

---

142 VASSALLI G., *Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege*, en *Digesto delle Discipline Penali*, VIII, UTET, Torino 1994, pp. 283 y 306.

143 D'AMICO M., “Il II e III comma dell'art. 25”, en R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (Ed.), *Commentario alla Costituzione*, I, Artt. 1-54, UTET, Torino 2006, 535.

144 SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2001, 22.

145 Para algunas referencias jurisprudenciales, Corte Const., sentencia de 22 de diciembre 1965, n. 86; Corte Cost., sentencia de 8 de julio 1969, n. 126; Corte Cost., sentencia de 19 junio 1974, n. 184.

146 FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, III° Ed., Bologna 1999, p. 53 ss.

Quien equipara dichos actos a la ley formal<sup>147</sup> considera que dicha función de garantía estaría recuperada por el control parlamentario ejercido: control *ex post* en lo que concierne a los decretos-leyes que tienen que ser convertidos antes de sesenta días tras su publicación en ley formal porque en caso contrario perderían eficacia; control *ex ante*, relativamente a los decretos legislativos, los que presuponen la existencia de una ley delega que sea ya emanada anteriormente y que fije las líneas guías o principios directivos de dichos actos.

Dicho control es seguramente superficial, atenuado e insuficiente ya que relativamente a estos últimos actos (los decretos legislativos), la elección de criminalizar una determinada conducta, pese a que exista una presencia de dichos principios directivos o líneas-guías en los ley delega, queda siempre en las manos del gobierno y, relativamente a los decretos-leyes, por un lado no hay ningún derecho de control por parte de la minoría política durante todo el tiempo necesario a la conversión, y, por otro las mismas razones de necesidad y urgencia que justifican el recurso a dichos decretos-leyes serían realmente incompatibles con las exigencias de ponderación a la hora de criminalizar unas determinadas conductas humanas<sup>148</sup>. BRICOLA ha propuesto un criterio de solución inspirado en el fundamento político de fondo de la reserva absoluta: la prohibición constitucional de delegar en instancias ajenas e inferiores la función incriminadora radica en que la reserva que es expresión de la garantía política de la libertad personal, sea una garantía de la mayoría, parlamentaria y ciudadana, frente al Estado, y, también, de las minorías. De hecho, la elaboración parlamentaria de todos los elementos de la ley penal es el único procedimiento a disposición de las minorías que les permite institucionalmen-

---

147 RONCO M., "Il principio di legalità", en RONCO M., (Ed), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 34-35.

148 BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, op. cit., 1997, p. 639 ss.

te de participar sea en el control que en la elaboración de la ley. Por lo tanto, deben excluirse las fuentes normativas que excluyan esta clase<sup>149</sup>.

Realmente se podrían superar estos problemas si fuese garantizado dicho control por parte de las minorías y si fuesen determinados por parte de la ley delegada anterior, ya de manera precisa, sea en el ámbito de aplicación de la especie o en la entidad de las penas.

A partir de la sentencia de la Corte Constitucional 51/85, la crítica bajo estos aspectos sobre la reserva de ley absoluta ha quedado al margen, mientras que, por cuanto concierne a la eventual potestad legislativa de las Regiones en el ámbito penal, la cuestión queda resuelta en sentido negativo, o bien según una interpretación que sea contraria a la potestad normativa de las regiones sean aquéllas con Estatuto ordinario o Estatuto especial<sup>150</sup>. Por un lado ex art. 3 de la Constitución italiana establece el principio de igualdad que implicaría en caso contrario una diferente regulación en cada Región y, además, por otro lado, en caso de pluralismo regional se iría en contra del principio de unidad política del Estado establecido ex art. 5 de la misma Constitución<sup>151</sup>.

Otro aspecto que merece la pena de ser objeto de análisis es aquel relativo a las normas penales en blanco, o bien, aquellas normas que, como

---

149 ARROYO ZAPATERO, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, op. cit., p. 33. Véase BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, op. cit., pp. 39 y 43; BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'articolo 25, 2 e 3 comma, Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, en *Quest. crim.* 1980, pp. 179 y ss.

150 FIORE C., *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino 1998, p. 63; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 53 y ss.

151 Art. 5 de la Constitución italiana:

“La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”.

Traducción literal al español:

“La Republica, una e indivisible, reconoce y promociona las autonomías locales; actúa en los servicios que dependen del Estado el más amplio descentramiento administrativo; adecua los principios y métodos de su legislación a las exigencias de la autonomía y del descentramiento”.

hemos visto también en el ámbito del ordenamiento español, reenvían a otras normas jerárquicamente inferiores para indicar los elementos descriptivos de unas conductas penalmente relevantes. Generalmente el precepto está contenido en la norma principal y la sanción en la fuente secundaria, pero, en la mayoría de los casos, se averigua la situación inversa, es decir, se reenvía todo a la norma secundaria, eludiendo, de esta manera, la reserva de ley del principio de legalidad.

La Corte Constitucional italiana ha precisado a través de la sentencia 168/1971 que el principio de legalidad no se puede considerar violado si una ley estatal establece los caracteres, los presupuestos, el contenido y los límites del acto no legislativo que concurre a la determinación de la conducta penal relevante y vetada. La misma Corte ha puesto, no obstante, en relieve la conformidad a los principios de determinación y taxatividad del precepto, y por lo tanto, desde una perspectiva puramente de contenido es necesario que el precepto contenga taxativamente todos los elementos que después serán especificados por la fuente secundaria.

### *3.2 – La exigencia de tipicidad y de determinación*

La exigencia de tipicidad o suficiente determinación es la clave en el ámbito de la formación o creación de las normas jurídicas penales italianas, a través de una descripción detallada de lo que está perseguido por parte del ordenamiento jurídico, es decir, por medio de la previsión abstracta y general de los caracteres esenciales de los crímenes, de tal manera que delinear unos casos fácilmente reconocibles cuando se averigüen en la



realidad, y todo esto a garantía del ciudadano que debe saber lo que está permitido y lo que no, es decir, distinguir lo lícito de lo ilícito<sup>152</sup>.

De esta forma, a través del método de interpretación de la subsunción se va a reconducir el hecho concreto singular al modelo típico abstracto previsto en el Código Penal. Mientras que la reserva de ley asegura el monopolio de la ley en el ámbito penal para evitar cualquier injerencia del poder ejecutivo, el principio de precisión y taxatividad de las normas penales impide cualquier injerencia por parte del poder judicial que podría darse por la arbitraria persecución y castigo de hechos no expresamente previstos como crímenes por ley<sup>153</sup>. Y mientras que la determinación se proyecta al interno del presupuesto abstracto a nivel de formulación legislativa, la taxatividad constituye la barrera externa del presupuesto mismo impidiendo que pueda ser referido a hipótesis no comprendidas en su dimensión normativa abstracta: la determinación impone al legislador redactar presupuestos penales del contenido precisamente definido mientras que la taxatividad impide, en otras palabras, el uso por parte del juez de la analogía en casos distintos. Se trata, por lo tanto, de dos principios extremadamente complementarios. PALAZZO, por ejemplo, distingue entre “determinación”, término que se refiere al modo de formulación interno de la norma, y “taxatividad”, que se refiere a la prohibición de superar los límites externos de la norma, y por ello de aplicarla analógicamente en casos no expresamente previstos en ella<sup>154</sup>. Además, como mejor ha es-

---

152 D'AMICO M., *Il principio di determinatezza in materia penale tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, p. 315-376.

153 GRASSO P. G., *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 15-16.

154 Véase, sobre la distinción, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit., pp. 13 y ss.; Vasalli, “*Nullum crimen sine lege*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Utet, 1984, p. 301). En España, en vez, la *doctrina* maneja indistintamente ambas expresiones: COBO DEL ROSAL M., BOIX REIG J., “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”, op. cit., p. 199; RODRÍGUEZ MOURULLO, voz «Legalidad (Principio de)», en *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo XIV, Barcelona, 1971, p. 888 y ss.; MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia, 1983, p. 150 y ss., GARCÍA RIVAS,

pecificado la Corte Constitucional, es obvio que la formulación precisa de las normas implica que esas deben también tratar de hipótesis que sean averiguables en la realidad empírica, es decir, no se puedan incriminar hechos o comportamientos por ejemplo fantásticos, que no puedan realizarse en el mundo real<sup>155</sup>.

Los elementos descriptivos que, por lo tanto, describen la realidad de la experiencia sensible (como, por ejemplo, el evento muerte) ayudan a garantizar la taxatividad, mientras los elementos normativos, siendo derivados por la calificación ético-social-jurídica pueden reenviar tanto a normas jurídicas (por ejemplo el concepto de ajenidad de la propiedad) como a normas sociales extra-jurídicas (por ejemplo los conceptos de actos obscenos y el sentido común de pudor), siendo estas últimas las que se adecuan constantemente a la evolución de la realidad social de una determinada comunidad.

Como advierte PADOVANI, ante la emergencia de nuevos bienes jurídicos la norma penal, en algunos casos, no puede ser precisa porque es incapaz de resolver un conflicto de intereses entre bienes. Así, se resuelve imponiendo, por ejemplo, remisiones extrapenales, leyes penales en blanco o cláusulas abiertas que causan la mayoría de las veces indeterminación. Por esto distinguimos distintos bienes jurídicos “genuinos”, “colectivos”, “difusos”, que se diferencian desde el punto de vista de la técnica de su tutela<sup>156</sup>.

En efecto, la misma Corte Constitucional italiana ha señalado, apoyándose en el principio de taxatividad, que las leyes en blanco que no describen

---

*El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 17 y ss.

155 Sentencia 96/81 de la Corte Constitucional que declaró ilegítimo el art. 603 c. p. por falta de determinación consistente en la imposibilidad de atribuir al presupuesto un contenido real, distinguible y averiguable en la realidad.

156 PADOVANI, “*Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto contravvenzione e illecito amministrativo*”, en *Cassazione penale*, núm. 3, 1987, p. 670

con suficiente precisión el núcleo esencial de licitud violan la reserva de ley.

“Será, en conclusión, la tarea del juez la de “acertar en concreto, en el momento aplicativo, si el comportamiento puesto en ser menoscabe efectivamente el interés tutelado por la norma”<sup>157</sup>.

### 3.3 – La prohibición de la analogía

La lógica consecuencia del principio de taxatividad es la prohibición de la analogía que, además del art. 25, párrafo 2, de la Constitución Italiana, está establecida por el art. 14 de las disposiciones preliminares al Código Civil italiano, el que, también, establece:

“Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”.<sup>158</sup>

Como sabemos, la analogía es el procedimiento hermenéutico interpretativo a través del cual se resuelven casos no expresamente previstos por ley mediante la referencia a la disciplina prevista para los casos similares (analogía *legis*) o mediante la consulta de los generales principios de derecho (analogía *iuris*) y no hay que confundirla con la interpretación extensiva que se obtiene cuando la solución propuesta cabe en la interpretación literal y en el sentido de los términos empleados en el texto. Si se supera, por lo tanto, la frontera del tenor literal, se pasa a la analogía que en derecho penal está prohibida ya que menoscabaría a la función de ga-

---

157 Sentencia de la Corte Constitucional de 15 de noviembre de 2000 n. 519.

158 Traducción literal al español:

“Las leyes penales y las que hacen excepción a las reglas generales o a otras leyes no se aplican más allá de los casos y los tiempos en ellas mismas considerados”.

rantía del principio de tipicidad y de legalidad<sup>159</sup>. Los casos más evidentes son los que prevén el uso de las formulas típicas como “en casos similares” o “en casos análogos”. Por lo tanto, sería vetado aplicar una norma penal “para responder a un problema distinto respecto a aquel desde el cual la misma norma ha derivado”<sup>160</sup>.

La excepción a la prohibición del uso de la analogía está representada por aquellas normas favorables a los imputados – poniendo el acento sobre el principio del *favor rei* – ya que las disposiciones imputadoras y desfavorables van directamente a golpear, de manera más intensa, a la libertad personal de los condenados. Dicho esto, hay que precisar que en el ordenamiento italiano no siempre es posible el recurso al procedimiento interpretativo analógico *in bonam partem*: mientras que se considera admisible con respecto a las causas de justificaciones o de exclusión de la culpabilidad, el mismo queda excluido con respecto a las causas de no punibilidad que hagan referencia a particulares situaciones o reflejaren específicas motivaciones político-criminales. Se considera inadmisibile con respecto a las normas sobre la inmunidad penal, a las causas de extinción del crimen y de la pena que derogan a la disciplina general.

### 3.4 – La prohibición de la retroactividad

El principio de estricta legalidad comprende también la prohibición de la retroactividad de las normas penales italianas<sup>161</sup> ya que castigar a alguien sobre la base de una ley retroactiva significa castigarla en virtud de princi-

---

159      Contra de esta postura MARINI G., Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege (diritto penale), en *Enciclopedia Diritto*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 957; GALLO M., *La legge penale. Appunti sul diritto penale*, Cooperativa libraria universitaria torinese, Torino, 1965, p. 28.

160      RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., pp. 78-80.

161      PADOVANI T., *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 15.

pios morales y políticos que no estaban vigentes y codificados en el momento de que el hecho fue cometido ya que se llegaría a una situación, en otras palabras, del todo comparable a un juicio en ausencia de leyes imputadoras<sup>162</sup>. De esta forma se remacha la exigencia de certeza para los destinatarios de las normas penales y eso a través de la distinción entre lo lícito y lo ilícito<sup>163</sup> y en una perspectiva de garantía contra del arbitrio punitivo<sup>164</sup>. El art. 11 de las disposiciones preliminares al Código Civil italiano, titulado “eficacia de la ley en el tiempo”, nos confirma la portada de dicho principio dictando lo siguiente:

“La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”.<sup>165</sup>

Dicho principio cumple con la función general preventiva de las normas penales que intentan desmotivar a los ciudadanos de la comisión de crímenes en cuanto sean a ellos conocibles, y, por cierto, *in primis*, existentes y vigentes<sup>166</sup>. Hay que señalar que este principio no admite excepciones y está contemplado para todas las normas jurídicas – y no sólo aquellas penales – y también para las normas posteriores *in malam partem*

---

162 PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell’ambito dell’art. 2 commi 2 e 3 c.p.*, en *Rev. it. der. proc. pen.*, 1982, pp. 136 y ss.

163 NAPPI A., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Collana: Percorsi. I manuali e gli studi, Giuffrè, Milano 2010, p. 41.

164 PALAZZO F. C., *Introduzione ai principi di Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 292.

165 Traducción literal al español:

“La ley no dispone que para el futuro: esta no tiene efecto retroactivo”.

Sentencia Corte Const., 11 abril 2013 n. 1973: “el principio de irretroactividad de ley, codificado en el art. 11 de las disposiciones preliminares al Código Civil italiano, debe ser entendido como directiva por el legislador el que puede derogar a eso con la exclusión y los límites de los llamados hechos cumplidos”.

166 MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale*, en VASSALLI G. (Ed.), *Diritto Penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 89 y ss.

que van a derogar aquellas anteriores por ejemplo con unas penas mayores o un elenco mayor de conductas prohibidas<sup>167</sup>.

La única excepción a el está representada por el otro principio de la ultra-actividad de las normas penales o sea cuando hay la llamada *abolitio criminis*, es decir, la abrogación de crímenes que, aunque posterior, impide la ejecución y los efectos penales de cualquier sanción dispuesta, también, por sentencia firme. De hecho sería ilógico castigar a alguien por una conducta que ya no está considerada anti-social y, por lo tanto, tolerada. Como confirmación, el art. 2, párrafo 2 del Código Penal italiano establece:

“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”.<sup>168</sup>

La evaluación de la razonabilidad de dicha disposición en materia de retroactividad de la ley penal más favorable al imputado ha sido recientemente confirmada por la orientación de la Corte Constitucional italiana con sentencia n. 394/2006 que sobre el tema ha especificado:

“si muta la evaluación del legislador con respecto al desvalor del hecho, dicha mutación debe reverberarse también a ventaja de los que hayan puesto en ser el hecho en un momento anterior”<sup>169</sup>.

Se trata, otra vez, del principio del *favor rei* que garantiza al reo el régimen penal más favorable que haya sido posteriormente aprobado por ley,

---

167 Corte de Casación italiana, Sala penal, sección I, 21 de marzo de 2013, n. 15944. Traducción literal: “la inadmisibilidad del recurso no impide a la Corte de Casación de proceder a la necesaria anulación de la sentencia impugnada que haya previsto la irrogación de una pena ilegal, ya que el principio de legalidad ex art. 1 c. p. y la función de la pena, así como entendida por el art. 27 Const., no parecen conciliables con la aplicación de una pena no prevista por el ordenamiento”.

168 Traducción literal al español:

“Nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley posterior, no constituye delito; y si haya habido condena, se van a cesar la ejecución y los efectos penales”.

169 Corte Constitucional italiana, sentencia de 23 noviembre de 2006, n. 394.

y por tanto, como garantía de la libertad personal de los ciudadanos. La sucesión de leyes penales en el tiempo está disciplinada por el párrafo 3 del art. 2 del mismo Código Penal que dicta:

“Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”.<sup>170</sup>

Hay sucesión de ley ex art. 23 del Código Penal italiano cuando una ley nueva abroga una norma imputadora preexistente substituyéndola con otra norma que tenga el mismo objeto; modifica el ámbito de aplicación de una materia ya regulada o innova su disciplina, como puede ser su régimen sancionatorio. Los problemas, no obstante, se pueden averiguar en los casos en los que no se identifique bien si se trata de *abolitio criminis* parcial o total, en cuyo último caso sólo se aplicará la disposición más favorable. Para averiguar si se trata de sucesión de ley penal y no *abolitio criminis* se hará caso a la continuidad de tipo de ilícito, es decir, a la identidad del bien jurídico protegido y a las modalidades de agresión a ese bien. Si ha habido continuidad se trata de sucesión de leyes penales y no *abolitio criminis*. Este criterio debe ser complementado necesariamente por la regla de la especialidad – *lex specialis derogat lex generalis* – que se aplica en todos los casos en los que una nueva ley contemple casos concretos o hechos más específicos con respecto a aquellos precedentes. Otra excepción al principio de irretroactividad de la ley más favorable está representado por el párrafo 5 del art. 2 el que establece lo siguiente:

“Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto legge e nel caso di un decreto legge convertito in legge con emendamenti”.<sup>171</sup>

---

170 Traducción literal al español:

“Si la ley del tiempo en el cual fue cometido el delito y las posteriores son diferentes, se aplica aquella en la que las disposiciones están más favorables al reo, excepto en caso de que haya sido dictada sentencia irrevocable”.

Mientras que el viejo Código Penal italiano – el conocido Código Rocco – establecía que con respecto a los decretos-leyes no convertidos esos perdían eficacia *ex nunc*, es decir se hacían salvos los efectos producidos durante su vigencia, la Constitución italiana ha establecido el principio de la caducidad retroactiva del decreto, es decir, que si no vienen convertidos pierden eficacia *ex tunc*.

Los problemas se averiguan, entonces, en los únicos casos en los que un decreto ley – que después no va a ser convertido – haya, por ejemplo, abrogado una norma imputadora que, por lo tanto, no haya constituido más crimen por el tiempo de sesenta días, es decir, por el tiempo de la temporánea vigencia del decreto-ley. En este caso si el decreto-ley no se ha convertido, por la pérdida de eficacia *ex tunc* se volvería a imputar a alguien que habría cometido tal hecho precedentemente sancionado y rendido impune por la vigencia temporánea del decreto-ley. Dicha conclusión parece inaceptable ya que el principio de irretroactividad de la ley penal no puede ser derogado siendo un principio clave en el ámbito penal. Por lo tanto, como nos confirma la Corte Constitucional en materia, el decreto-ley no convertido se aplicará igualmente a los hechos cometidos durante su vigencia y no a aquellos precedentes, realizados anteriormente a la temporánea entrada en vigor del mismo, los que continuaran a ser disciplinados por la ley en vigor del momento en el que el hecho haya sido cometido, mientras que para los futuros hechos, considerados otra vez más como crímenes, se volverá a aplicar la ley anterior desaplicada sólo para la temporal vigencia del decreto-ley.

La misma solución se obtiene en los casos de declaración de ilegitimidad constitucional de la ley, puesto que ésta también genera efectos *ex tunc*

---

171 Traducción literal al español:

“Las disposiciones de este artículo se aplican también en los casos de decadencia y de falta de ratificación de un decreto ley y en el caso de un decreto ley convertido en ley con enmiendas”.



comportando que la ley inconstitucional invalidada no puede tener aplicación tampoco en el período de tiempo durante el cual estaba vigente<sup>172</sup>.

#### 4 – *El Common law* y el *nullum crimen, nulla poena sine lege*

Lo que en la tradición del *civil law* (o derecho continental codificado) es llamado *nullum crimen, nulla poena sine lege* y conocido como “el principio de legalidad”, en los países de *common law* se conoce como “the rule of law” y significa que una sociedad está gobernada por reglas “fijas, conocidas y ciertas”<sup>173</sup>.

La misma definición de “*Common law*”, en latino “*ius commune*”, es decir derecho común, desde el enfoque histórico-comparativo demuestra una conexión particular con el derecho continental anterior a la época de la codificación, el que desde la perspectiva del principio de legalidad se demostraba particularmente carente de contenido.

Como sabemos, se trataba de derecho no escrito cuyos caracteres principales eran la ausencia de normas codificadas o escritas (las pocas normas escritas que existían, la mayoría destinada a regular casos concretos más que dictar preceptos generales, eran de contenido ambiguo o confusas y, seguramente, mal coordinadas entre ellas), las decisiones vinculantes de los órganos judiciales y el derecho producido por algunas opiniones de los juristas más acreditados del momento.

---

172 Dicha conclusión parece confirmada con sentencia ley n. 87/1953 que dicta en su art. 30, coherentemente con el art. 22 del Código Penal italiano, lo siguiente: “Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando, in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”.

173 HAVEMAN R., “The principle of legality” en HAVEMAN R., KAVRAN O., NICHOLS J., (Eds.), *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, Amberes, Oxford, New York, Grotius Centre for international Legal Studies, Universidad/Campus de Leiden, La Haya, 2003, p. 40.

Con la terminología *common law* identificamos, *lato sensu*, un tipo de sistema jurídico que tiene origen en el antiguo derecho anglosajón, mientras que, en el ámbito del ordenamiento interno anglosajón, dicha terminología va ahora a identificar, *stricto sensu*, el derecho no escrito que se diferencia del derecho escrito (conocido como *statutory law*).

Hoy en día la extensión del *common law* entendido con la segunda definición o concepción (el derecho no escrito), no es ya la de antes, ya que ha perdido su dominio, por lo que en los sistemas de este tipo ya hay una mayoría de normas escritas. Mientras que en unos Países como Escocia queda, todavía, un amplio margen de normas no escritas, en Países como Inglaterra, ahora ya quedan, aunque pocas, unas cuantas normas escritas, mientras que en otros, como por ejemplo Estados Unidos, no hay más traza del derecho no escrito. Por lo tanto, mientras que la primera terminología, *lato sensu*, resulta, todavía, de uso frecuente, la segunda terminología, *stricto sensu*, ha ya perdido su valor originario en la medida en que se ha afirmado el derecho escrito, codificado. Está claro que desde la perspectiva del principio de legalidad penal, cuya afirmación auspiciaba Cesare Beccaria, y que ha encontrado bastante éxito en el mundo jurídico de tipo continental, su garantía de certeza se ha visto menoscabada en los sistemas anglosajones caracterizados por la ausencia de normas escritas, de acuerdo con la definición inicial de *common law* – el derecho común – que hemos dado anteriormente. Por otro lado, la evolución de dichos sistemas jurídicos y la siempre creciente presencia de normas escritas podrían llevar a la conclusión de que la antigua terminología se ha visto superada por la afirmación y defensa del principio de legalidad y que, por lo tanto, la misma ecuación *common law = ius commune* haya perdido su razón de ser.

Si por un lado con la palabra codificación, entonces, vamos a considerar los sistemas jurídicos de los Países de derecho penal continental, dotados

de Códigos escritos, por otro lado, parece una paradoja considerar que uno de los mayores teóricos del proceso de Codificación ha sido el inglés Jeremy Bentham, quien realizó varios proyectos de Códigos que se quedaron como puntos de referencia y de inspiración para los posteriores legisladores<sup>174</sup>. Los modelos de Códigos más importantes fueron cuatro: el

---

174 CHAUVEAU A., HÉLIE, M.F., *Théorie du code pénal*, Paris, 1872, p. 19; CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, 1979, p. 605. Los seguidores de Bentham y los que se inspiraron en sus proyectos de codificación fueron muchos, entre los cuales hay que mencionar a Edward Livingston (LIVINGSTON E., *The Complete Works of Edward Livingston on Criminal Jurisprudence*, vol. II, New York, 1873), que en los primeros años del Siglo XIX realizó un proyecto de codificación para la Luisiana, caracterizado por la coherencia y solidez sistemática. No se trató simplemente de materiales normativos preexistentes o consolidaciones normativas que habrían dejado a los jueces un amplio margen de discrecionalidad a la hora de la aplicación e interpretación de las normas – Bentham precedentemente definió y criticó el poder creativo de los jueces (con la fórmula “*the judge made law*”) a la misma manera de la aplicación retroactiva de la ley penal – sino de Códigos dotados de una estructura orgánica sistemática, de una parte general de garantía de la comprensión e interpretación de la parte especial fundada sobre la enunciación de los singulares crímenes, de un Código Procesal Penal y de un Código Penitenciario, aparte de un articulado libro de las definiciones válido para la interpretación de las disposiciones de los Códigos. Después de unos diez años otro intento de Codificación fue emprendido por el también inglés Thomas Babington Macaulay, quien realizó otro Proyecto de Código en India en el 1837, muy parecido a aquél de Livingston pero contenedor de ejemplos prácticos al final de las disposiciones más problemáticas. Este Proyecto se iba a convertir, con unas cuantas modificaciones, en el siguiente Código Penal Indio de 1860 (KADISH S., *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, 78 *Columbia Law Review*, 1978, pp. 1098-1099; del mismo, *The Model Penal Code Historical Antecedents*, 19 *Rutgers Law Journal*, 1988, pp. 521-523) que fue muy importante y sirvió de ejemplo para las colonias británicas orientales y africanas que, no estando dotadas de cultura jurídica alguna, se adaptaron a un modelo jurídico de tipo mixto *common law*-continental más afín a la propia situación y a los propios intereses. En 1870 fue realizado otro Proyecto de Código para Jamaica por Wright (FRIEDLAND M. L., *R. S. Wright's Model Criminal Code: A Forgotten Chapter in the History of the Criminal Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981, vol. 1, 307 ss.; FRIEDLAND M. L. R. S., *Codification in the Commonwealth: Earlier Efforts*, en *Criminal Law Forum*, 1990, vol. 2, 148 ss.), modelo que fue adoptado por las colonias de Honduras, Tobago y Santa Lucía en el Caribe, así como en la Gold Coast (ahora Ghana) en África. Este modelo se alejó definitivamente desde el *common law* por una articulada parte general, el enfoque más doctrinal que anglosajón y el uso de las llamadas “ilustraciones”, ejemplos prácticos que tenían que orientar al juez en la interpretación de las normas más complejas. Posteriormente también determinante fue el aporte del más grande penalista inglés del 800', Sir James Fitzjames Stephen, el que intentó dar un Código Penal a Inglaterra, a través, de su Proyecto de Código de 1878 – sobre la base de un Digesto de leyes penales por el compilado el año anterior – Proyecto que, sin embargo, no encontró éxito ya que no fue aprobado por el Parlamento y constituyó sólo un punto de referencia – a través de una amplia parte general y una partes especial más precisa, el método casístico típico de los sistemas de *common law*, es decir, por un lado, el poder interpretativo de los jueces dependiendo de los casos o precedentes ya ocurri-

de Macauley para India, el de Wright para Jamaica, el de Stephen y, por último, el de Griffith en el cual se inspiraron, también, los siguientes Códigos para Western Australia (de 1903), para Tasmania (de 1924), para los Territorios del Norte (de 1983); para Papua Nueva Guinea (de 1903-1924), para Nigeria del Norte (de 1904-1916). Para las colonias inglesas, además, Henry Lushington preparó el Código de 1901, Albert Erhardt otro Código de 1925. Se sucedieron aquellos para Cipro (de 1928), para Kenia, Uganda, Tanganyika y Nyasaland (de 1930), para Zanzíbar y Gambia (de 1934), para Palestina (de 1936), para las islas Fiji y Seychelles (ambos de 1945), para las islas British Solomon Islands (de 1963), para Botswana (de 1964).

Por cuanto concierne a los Estados Unidos de América, el principio de legalidad se consolida a nivel federal en 1811<sup>175</sup> y después de los citados

---

dos, más, por otro, la prohibición de creación de nuevas figuras delictivas – para los siguientes Proyectos de 1979 y 1980 (SMITH, J. M., *James Fitzjames Stephen: Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge, 1988; Bill 178 del 1878 (in Parliam. Papers); Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences: With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners, London, 1879; Bill 117 e Bill 170 del 1879; Bill 2 del 1880). Sobre la base de dicho modelo también fueron compilados los Códigos de 1892 para Canadá y de 1893 para Nueva Zelanda (BROWN D. H., *The Genesis*; WHITE S., “The Making of the New Zealand Criminal Code Act of 1893: A Sketch”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, 1986, vol. 16, 353 ss.). Más aún, como consecuencia del debate doctrinal entre el codificador David Dudley Field y su opositor James Carter, el primero realizó un Código Penal para el Estado de Nueva York sobre la base de un Proyecto de 1865 (The Penal Code of the State of New York. Reported Complete by the Commissioners of the Code, Albany, 1865), Código que fungió de modelo, también, para otros códigos entre los cuales hay que mencionar el Código Penal de 1871 para California (Revised Laws of the State of California; in Four Codes: Political. Civil, Civil Procedure and Penal. Penal Code, Sacramento, 1871.), el Código de Samuel Walker Griffith, aprobado en 1899 y entrado en vigor en 1901 para el Estado australiano de Queensland, Código que se inspiró en el anterior de Stephen mas derivó un cierto numero de normas por el Código italiano Zanardelli, de 1889, el que, si bien modelo típico continental, contenía unas reglas y principios de derecho – por ejemplo la referencia al principio de la responsabilidad penal – que podían ser aplicados en cualquier Estado o ordenamiento jurídico al ostentar éstos un valor o carácter universal.

175 GRANADOS PEÑA J. A., *La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE.UU. Breves comentarios con motivo del Trigésimo Aniversario del Código Penal Modelo*, Crónicas Extranjeras, 1992, p. 1028. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46419.pdf>. El autor señala que: “debido a que una decisión de los jueces creando delitos, significaría una intromisión en las funcio-

Códigos para Nueva York (1865) y para California (1871), la situación se quedó muy caótica en la mitad del 1900' y la *American Law Institute*, organización fundada en 1923 y formada por abogados, jueces y juristas con el objetivo de armonizar la legislación penal de los Estados Miembros, realizó el *Model Penal Code* en 1962 (segunda edición de 1985) bajo las instrucciones del Prof. Herbert Wechsler, un Código Penal moderno que mediaba entre las opuestas exigencias de renovación y, al mismo tiempo, trataba de no romper drásticamente con la tradición de derecho penal estadounidense<sup>176</sup>. Hoy en día, casi todo los Estados de tal país tienen su propio Código Penal y se han abolido los crímenes no escritos de *common law*, y, además, la Constitución estadounidense prohíbe específicamente las leyes *ex post facto* y las leyes *ad hoc*. Si bien el uso de la analogía está permitido, las normas que se refieren y consagran el principio del debido proceso restringen su aplicación al prohibir la ambigüedad y la vaguedad. Además están prohibidas las leyes criminales retroactivas y están permitidas sólo las reglas de procedimiento y prueba retroactivas<sup>177</sup>. En Canadá sigue en vigor el Código de 1892 y el fenómeno de la afirmación del principio de legalidad, es decir, la eliminación definitiva de la posibilidad de crear judicialmente delitos, que se afirmó realmente sólo a partir del caso de *Frey v. Fedoruk* (1950)<sup>178</sup> y, a nivel legislativo, en 1955 con la

---

nes del Congreso, afectándose con ello la separación de poderes, según resuelto por el Tribunal Supremo en *United States v. Hudson and Goodwin*, 11 US (7 Cranch) 32, 3 L. Ed. 259, 1812. *United States vs Coolidge*, 14 US (1 Wheat) 4415, 4 L. Ed. 124, 1816; y, recientemente, *Liparota vs United States*, 471 US 419, 105 S. Ct. 2084, 1985". Véase al respecto a LA FAVE W., SCOTT A., *Substantive Criminal Law*, St. Paul, 1986, T. 1, pp. 91-4 y 101-103, escolio n.º 19; DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, New York, 1987, pp. 14-5 y 26-7, especialmente el escolio n.º 7 último.

176 WOLITZ D., *Herbert Wechsler, Legal Process, and the Jurisprudential Roots of the Model Penal Code*, en *Tulsa Law Review*, Vol 51, Issue 3, University of Tennessee College of Law, 2016. Disponible en internet: <http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2996>.

177 BASSIOUNI M. C., MANIKAS P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996, pp. 277-278.

178 Véase al respecto a STUART D., *Canadian Criminal Law*, Toronto, 1987, p. 3 y 17; WILLIAMS G., *Criminal Law, The General Part*, London, 1961, pp. 583-4; FITZGER-

introducción de la enmienda añadida a la Sección 8 del Código Criminal Federal. Más recientemente, un Proyecto de 1987 realizado por la *Law Reform Commission* se ha puesto como objetivo – todavía en curso – la recodificación del derecho penal sobre la base de los modelos continentales.

En Australia, quedan cuatro Estados con Código Penal: Queensland (1899), Western Australia (1902), Tasmania (1924) y Territorios del Norte (1983)<sup>179</sup>, mientras quedan sin Códigos Victoria y Nueva Gales del Sur, en los que quedan normas estatutarias escritas acompañadas, pero, por el clásico modelo de *common law*, mientras que sólo recientemente ha sido aprobado, concretamente en 1995, un Código Penal a nivel federal.

En Nueva Zelanda, también sigue en vigor, aunque ampliamente reformado, el Código de 1893 que necesitaría, seguramente, de recodificación.

Después de esta breve panorámica, volviendo a considerar el *common law* en su patria, Inglaterra, después de los tentativos de Stephen todavía hoy en día falta un Código Penal. En 1985 la Comisión de Derecho realizó otro Proyecto, terminado en 1989, que tampoco fue tenido en cuenta, pero, en realidad, a partir de esta fecha aproximada hay que evidenciar que unos singulares proyectos, relativos en su mayor parte a la parte especial y a los presupuestos de los crímenes singulares, fueron codificados en los *Statutes* – todavía en vigor – en otras palabras en leyes escritas relativas a la parte especial.

---

ALD P., *Codes and Codifications: Interpretation, Structure and Arrangement of Codes*, 2 Criminal Law Forum 127-129, 1990, pp. 1273-6; FITZGERALD P., *New Development in Criminal Law*, 60 Rev. Jur. U.P.R. 1271, 1991; 179 HEMMING A., *Criminal Law Guidebook: Queensland and Western Australia*, Disponible en internet: [http://lib.oup.com.au/he/Law/hemming/HEM\\_CLG\\_AssesPrep\\_Ch1.pdf](http://lib.oup.com.au/he/Law/hemming/HEM_CLG_AssesPrep_Ch1.pdf).

En Inglaterra, en conclusión, el principio de legalidad representa un fenómeno de reciente factura en el Derecho común, puesto que sólo se ha consolidado en 1972 con el caso Knuller<sup>180</sup>, a partir de la cual la ‘House of Lords’ del Parlamento inglés ha decidido desvincularse de su poder para crear nuevos presupuestos penales.

En cuanto a Escocia, siendo su sistema penal autónomo respecto al ordenamiento inglés, hay un mix entre *statutes* escritos y *common law* fundado sobre los precedentes judiciares más las opiniones de los autores o juristas más importantes. Además es reconocido a la ‘High Court of Judiciary’ de Edimburgo – también independiente de la ‘House of Lords’ inglesa – un amplio poder de creación de nuevas figuras delictivas, el conocido *declaratory power*, que permite a los jueces crear derecho penal en los casos de “obvia criminalidad”. Se trata, entonces, de un sistema de tipo mixto *common-civil law* que nos sorprende, sobre todo con referencia a la conformidad con respecto al principio de legalidad penal, aunque son más que actuales las instancias de codificación<sup>181</sup>.

En cuanto a Irlanda, cuyo ordenamiento jurídico penal es también independiente del sistema inglés, su sistema penal se acerca mucho a este modelo en el sentido de que prevalece la ley escrita y no queda margen para la creación de nuevas figuras delictivas por parte de los órganos judiciares, aunque, en principio, también en este País se está intentando llevar a cabo la codificación de un Código Penal<sup>182</sup>.

---

180 GRANADOS PEÑA J. A., op. cit., Knuller v. Director of Public Prosecutions, A.C. 435 (H.L.), 1973. El autor señala que aún cuando era infrecuente crear delitos por jurisprudencia en el Siglo XX, la controversia se planteó seriamente con el famoso caso del directorio de damas (Ladies’ Directory Case) resuelto en favor de dicha creación en Shaw v. Director of Public Prosecutions, A.C. 220 (H.L.), 1962.

181 FARMER L., *Criminal Law, Tradition and Legal Order, Crime and the Genius of Scots Law, 1747 to the Present*, Cambridge University Press, U.K., 1997, pp. 21-57; Draft Criminal Code for Scotland with Commentary, Scottish Law Commission, 2003.

182 ARAUJO DE GUSMÃO H. C., “El Sistema Constitucional en Irlanda”, Traducción del portugués de Augusto Aguilar Calahorro, en *Revista de Derecho Constitucional*

Por lo dicho anteriormente, quedan muy pocas entidades con capacidad legislativa que no estén provistos de Códigos Penales: Inglaterra, Gales, Irlanda, Escocia, y dos Estados australianos, pero, al mismo tiempo, hay que resumir que, como hemos visto, a excepción de Escocia, la *common law* como ley no escrita representa ya la excepción a la regla porque predomina la ley escrita, es decir, la *statutory law*, y además, está ya ahora vetada a las Cortes la posibilidad de crear nuevos crímenes o figuras delictivas; por lo tanto, ahora ya con el término *common law* no se puede hablar más de ley no escrita.

En cuanto al principio de legalidad penal con respecto a estos Países, la afirmación de falta de conformidad a este principio, así como la ecuación *common law = ius comune* puede verse seguramente superada.

El poder de creación de nuevas figuras delictivas queda en vigor en Escocia mientras que en Inglaterra la regla de lo *stare decisis* obliga a los jueces a conformarse con las decisiones de las Cortes Superiores, es decir, con los precedentes vinculantes. Dicho vínculo y, en general, el sistema en conjunto me parece asegurar mucho más la certeza del derecho y de los ciudadanos – los que están garantizados por la orientación de las Cortes de nivel más alto – que en los demás sistemas de tipo *civil law* o continental en los que cada decisión de un juez puede ser desmentida por una posterior decisión o orientación contraria, lo que comporta, en ocasiones, falta de certeza y seguridad del derecho. Lo que queremos afirmar es que a veces los principios garantistas de los sistemas de *civil law*, como aquel de legalidad, pueden verse frustrados por la falta de estabilidad de la jurisprudencia que no está en grado de asegurar dicho aspecto fundamental de la legalidad, mientras que, por otro lado, dicha garantía de legalidad puede, al revés, verse incluso más asegurada en los sistemas

---

*Europeo*, año 8, núm. 15, enero-junio de 2011. Disponible en internet: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/06HCAraujo.htm>.



de *common law* donde hemos registrado la superación de las antiguas concepciones fundadas sobre el derecho no escrito – ahora ya hay Códigos y la *Statute law* – y en los que la mayor garantía está representada por la uniformidad de los juicios, de conformidad con la doctrina del *stare decisis*, y la prohibición de creación de nuevas figuras delictivas (con excepción, como hemos visto, para Escocia).

En definitiva se puede decir que los dos sistemas, con respecto al principio de legalidad, no se encuentran ya tan diferentes como anteriormente, más aún si se considera que también Inglaterra y Escocia se han conformado a la CEDH y, en particular, a su art. 7 que contempla el *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>183</sup> y que nos ofrece una visión más abierta del principio mismo, que enfatiza la evolución interpretativa de las normas y su previsibilidad, cognoscibilidad y accesibilidad por parte de los ciudadanos.

---

183 El art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, establece lo siguiente:

“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

## **Capítulo III – El Sistema de Justicia Penal Internacional precursor a la CPI**

### *1 – Consideraciones preliminares*

Antes de fijarme en la descripción de los órganos jurisdiccionales penales internacionales, considero oportuno ofrecer un breve panorama de los conceptos básicos del sistema de justicia penal internacional.

Uno de los autores que más ha profundizado el tema de las relaciones entre ordenamiento nacional e internacional ha distinguido el derecho penal internacional del derecho internacional penal<sup>184</sup>. El primero sería constituido por el complejo de normas de derecho interno con los que cada Estado resuelva los problemas que tienen lugar por el hecho de coexistir con otros Estados soberanos en la comunidad internacional de rango superior; eso fundamentalmente abarca: a) las normas que regulan el ámbito de aplicación de la ley penal nacional en el espacio; b) las normas que regulan las actividades de cooperación del Estado con otros Estados en materia penal (como, por ejemplo, la extradición cooperación judicial, ejecución de sentencias penales extranjeras, etc...), y, en cualquier caso, las normas que cumplen con los empeños asumidos por medio de las convenciones internacionales (como, por ejemplo, aquéllas sobre el genocidio, la piratería, la esclavitud, el tráfico de drogas, etc...).

El derecho internacional penal, por su parte, comprendería todo el “complejo de normas de derecho internacional general, que establecen la responsabilidad penal individual por aquellos hechos que turban el orden público internacional y constituyen los crímenes contra el *ius Gentium*”.

---

184 MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2002, pp. 931 y 983.

Como se puede notar, los dos *corpora* normativos están separados sobre la base de su pertenencia, respectivamente, al derecho interno e internacional, de las normas que tipifican los crímenes que están en vigor en cada uno de los dos sectores. Por lo que el *ius gentium* resulta, hoy en día, siempre más atraído por el sector del derecho internacional convencional, por efecto de la actuación del mismo en los ordenamientos internos estatales, que en su obra de codificación suelen referirse siempre más a las normas de los crímenes internacionales, es evidente que la distinción del autor MANTOVANI está destinada poco a poco a perder consistencia<sup>185</sup>. El objetivo es emplear la expresión sistema de justicia internacional penal para indicar el complejo de medidas que limitan la libertad individual reconocidas por los Estados de la comunidad internacional que, auto-limitando parcialmente su soberanía, demandan así a los órganos jurisdiccionales terceros e imparciales la prevención y castigo de hechos que, si bien pudiendo por un lado turbar el orden público internacional y al mismo tiempo afectar a los derechos humanos, están codificados como crímenes internacionalmente individuales<sup>186</sup>.

El surgimiento de la noción de crimen internacional y la institución de nuevas categorías de crímenes internacionales han puesto en marcha la superación de la antigua concepción clásica según la cual el crimen internacional está cometido generalmente por un órgano-individuo.

La imputabilidad al Estado del acto constituyente de un crimen internacional no es una *conditio sine qua non* para la comisión de un crimen internacional; a partir ya de la Segunda Guerra Mundial se ha evidenciado dicha necesidad de superar este asunto asumiendo el hecho que los crímenes internacionales son generalmente cometidos por individuos sin ninguna conexión con el Estado al que pertenecen. En particular, los crímenes

---

185 Véase, *supra*, nota 114.

186 CARLIZZI, *La Corte Penale Internazionale*, Napoli, 2003, p. 436.

de lesa humanidad están cometidos sea por individuos-órganos, sea por parte de individuos privados<sup>187</sup>. Por lo tanto, es necesario observar que la noción de crimen internacional del individuo, aunque en algunos casos sea posible el establecimiento de ciertas conexiones, no tiene que ser confundida con la de crimen internacional del Estado, tal y como ha sido estipulado a través de los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional, destinados a codificar el tema de la responsabilidad internacional: la primera disciplina las consecuencias de acciones particularmente reprobables por parte del individuo y la necesidad de establecer adecuadas medidas represivas por parte de los Estados o, también, por parte de los Tribunales Internacionales; la segunda, tiene por objeto la responsabilidad internacional del Estado y concierne las obligaciones que los transgresores tienen que ejecutar para la reparación del daño y las contramedidas que los Estados puedan tomar frente al Estado responsable de un crimen internacional. No resulta raro, no obstante, que la comisión de un crimen internacional dé lugar a la responsabilidad estatal porque el Estado, aunque el acto no se le pueda imputar directamente, ha faltado, por negligencia, al deber de prevención y represión. No obstante, la categoría de crimen del Estado es más restringida en el sentido de que no todas las acciones individuales calificables como crímenes internacionales cometidas por individuos, se caracterizan, a su vez, como crímenes estatales<sup>188</sup>.

---

187 SPINEDI, *Responsabilità internazionale*, Enciclopedia Giuridica Treccani, 1992; MCCORMAK-SIMPSON, *The Law of War crimes. National and International Approches*, La Haya, Boston, Londres, 1997; CARACCIOLO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*, Napoli, 2000, p. 61 e ss.; ROLING, *The Law the War and the National Jurisdiction since 1945*, RC, 1960-II, p. 329.

188 CONDORELLI L., LA ROSA A. M., SCHERRER S., *Les nations Unites et le droit international humanitaire*, Pedone, Paris, 1996; SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 154 nota 55; DAVID, *Principes de droit des conflits armes*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 647-649.

Dentro de dicho sistema de justicia internacional penal, cuyo fin no puede ser otro que el de obtener una cierta uniformidad de tratamiento de los crímenes internacionales individuales, sea a nivel substancial como procesal, podemos, todavía, encontrar una pluralidad de modelos de actuación clasificados por la doctrina<sup>189</sup> según una tripartición: a) un primer modelo, que se ha revelado inconsistente desde el punto de vista de uniformidad del tratamiento, basado en la persecución por cada Estado de determinados crímenes internacionales según su propia legislación y sistema jurisdiccional, es decir, según sus propias normas que establezcan los crímenes y según los propios órganos, negando cualquier espacio o legitimación a órganos o normativas extranjeras o internacionales; b) un segundo modelo que, basado sobre las convenciones internacionales multilaterales entre Estados, en el ámbito de una cooperación penal internacional, tiene como fin el de llegar a la persecución uniforme, por parte de los Estados estipulantes, de crímenes determinados que lesionen los intereses comunes, a través de normas que establezcan los crímenes comunes pero al mismo tiempo aplicadas por los propios órganos internos, con la segura ventaja de una mayor conformidad de tratamiento, pero, al mismo tiempo, con el riesgo de que queden conductas impunes, conectadas al poder de inercia estatal; c) un tercer modelo que representa el más satisfactorio, garantizando la uniformidad de tratamiento y al mismo tiempo la certeza de represión que son los caracteres sobre los que se fundaría la justicia penal internacional mas substancial, basada en la confianza en que los Estados depositarían en un único órgano internacional, tercero e imparcial, que pueda reprimir los crímenes internacionales por aquél reconocidos. El ejemplo más actual de tal modelo garante está representado por la jurisdicción de los Tribunales *ad hoc* instituidos por mano de los

---

189 CARLIZZI, *La Corte Penale Internazionale*, op. cit., p. 437.

Estados que participan en la ONU, y, sobre todo, los que han ratificado el Estatuto de Roma por el que se instituyó la Corte Penal Internacional<sup>190</sup>.

Queda entonces, pacífica y al mismo tiempo decepcionante, la reflexión que pueda constatar, a la luz de la presencia de Estados que desconocen la obligatoriedad del sistema de justicia internacional penal, la presencia de factores como las limitaciones geográficas que impiden la represión global de tales crímenes internacionales y que no pueden confirmar el carácter de dicha justicia universal, destinada a desplegarse en relación a cada situación moralmente apreciable. En relación con dichos Estados refractarios, el único medio para la aplicación de medidas represivas está representado por la amenaza de la interrupción de las relaciones diplomáticas, económicas, de asistencia financiera, que, sin embargo y como ha demostrado la experiencia, se han revelado como ineficaces e incapaces de afectar a los autores singulares de tales crímenes y, al revés, han comportado consecuencias todavía peores de las que buscaban prevenirse, en cuanto a que en ocasiones han afectado a los ciudadanos mas débiles de tales Estados, y no a sus verdaderos responsables.

El vigente sistema de justicia internacional penal existe, como sabemos, para la defensa de los derechos fundamentales, así como para salvaguardar los equilibrios internacionales, la soberanía de los Estados y las libertades de los individuos. La protección de dichos derechos fundamentales representa la base de tal sistema, derechos que han sido reconocidos a partir del Siglo XVIII y consagrados en importantes documentos: la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobada en Roma en 1950.

---

190 *Ibidem*, p. 439-440.

En relación específica con la Corte Penal Internacional, es evidente que los derechos fundamentales son considerados como los derechos de las víctimas de los crímenes tipificados en el Estatuto de la Corte, crímenes que cuando toman un alcance más amplio, afectando a una pluralidad de individuos o comportando la puesta en peligro de una clase indeterminada de personas, más precisamente un grupo racial, nacional, étnico o religioso, pueden definirse como crímenes con un doble sujeto pasivo: en contra del hombre como individuo y en contra la humanidad de la que el primero es miembro, afectando a los equilibrios internacionales y a la pacífica convivencia.

El auspicio que la justicia penal internacional pueda extenderse hasta reprimir cualquier lesión de los derechos fundamentales, sea a nivel individual como colectivo, debe, al mismo tiempo, hacer las cuentas con la presencia de límites individuales y supra-individuales, los cuales comprenden la libertad de los individuos y la soberanía de los Estados.

La defensa de los derechos fundamentales puede ser alejada en relación con el extensión del poder de soberanía que cada Estado goza, la soberanía externa hacia los demás Estados – la soberanía interna, a su vez, hacia los ciudadanos – que, no siendo otra cosa que la libertad de cualquier Estado de vincularse o no hacerlo a las decisiones tomadas por otros Estados u Organizaciones u Órganos Internacionales, representa, hoy todavía, una permanente “amenaza de guerras y destrucciones para el futuro de la humanidad”<sup>191</sup>.

---

191 FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 9.

## 2 – Una mirada atrás: los Tribunales de Núremberg y Tokio

La necesidad de crear un control jurisdiccional siempre más difuso, para la defensa de los derechos humanos, ha encontrado en aquel gran movimiento internacional que ha querido castigar las imponentes, generalizadas, terribles violaciones, los horribles crímenes perpetrados por individuos en el ámbito de un sistema brutal y bárbaro: los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y aquellos contra la paz, es decir, las *delicta juris gentium*.

La institución de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia en el 1991 y para Ruanda en el 1994 ha sido precedida por aquella de los tribunales de Núremberg y de Tokio, creados después de la Segunda Guerra Mundial por voluntad de las potencias ganadoras con el fin de juzgar los crímenes perpetrados por los alemanes y en los territorios ocupados por los japoneses en Extremo Oriente<sup>192</sup>.

Vamos, entonces, a dar una pequeña mirada atrás a un pasado más remoto y a la importancia de estos importantes antecedentes históricos.

A principio del invierno de 1942, el 17 de diciembre, los gobiernos de las potencias aliadas de los Estados Unidos, la Gran Bretaña y la Unión Soviética hicieron pública la primera declaración conjunta en la que reconocieron oficialmente el exterminio masivo de judíos europeos y en la que se manifestaba la voluntad de enjuiciar y castigar a los responsables de las violencias perpetrada contra de las poblaciones civiles.

*The Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis* firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 te-

---

192 Véase, para un análisis comparativo entre la jurisdicción de la CPI, el TIPR y el TIPY, SALMÓN GÁRATE, GARCÍA SAAVEDRA “Los tribunales internacionales que juzgan individuos: el caso de los tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano”, en *Revista Derecho y Sociedad*, Año 11, n. 15, Perú, 2000, p. 28.



nía como Anexo el Estatuto del Tribunal de Núremberg y después de las numerosas ratificaciones resultó vinculante para 23 Estados<sup>193</sup>. El art. 6 de dicho Estatuto, indicaba tres importantes categorías de crímenes internacionales: “crímenes contra la paz”<sup>194</sup>, “crímenes de guerra”<sup>195</sup> y “crímenes contra la humanidad”<sup>196</sup> que venían, en virtud del Acuerdo entre los Estados firmantes, a caer en el ámbito de la competencia jurisdiccional del Tribunal y comportaban el surgimiento de la responsabilidad de quien los habría cometido<sup>197</sup>.

En lo relativo a los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra<sup>198</sup>, no fue difícil enumerar las normas de derecho internacional que fueron violadas (Convenciones del Aja de 1899 y de 1907, cláusula Martens y el Pac-

---

193 El Eje Europeo vinculaba a: Estados Unidos, Reino Unido, Unión Soviética y Francia que eran los estipulantes iniciales; Australia, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Yugoslavia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Holanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay y Venezuela han aceptado entre septiembre y diciembre de 1945. TARANTINO-ROCCO-SCORRANO, *Il processo di Norimberga. Scritti inediti e rari*, Milano, 1999.

194 Definición según el Estatuto de Núremberg: planeamiento, preparación, inicio o perpetración de una guerra de agresión o de una guerra en violación de los tratados, convenciones o aseguraciones internacionales o participación a un plan común o conspiración para el cumplimiento de uno de los actos precedentes. En su veredicto, el Tribunal definió “el inicio de una guerra de agresión” como el “supremo crimen internacional”.

195 Definición según el Estatuto: violaciones de las leyes y de los usos de guerra. Tales violaciones pueden incluir pero no son exhaustivas: asesinato, maltratamiento o deportación para fines de reducción en esclavitud o para otro fin de población civil de o en los territorios ocupados, asesinato o maltratamiento de los prisioneros de guerra o de personas en el mar, matanza de rehenes, saqueo de propiedades públicas o privadas, destrucción indiscriminada de ciudades, países o aldeas, o la devastación no justificada de necesidades militares.

196 Definición según el Estatuto: asesinato, exterminio, reducción en esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra de una población civil, antes o durante una guerra; o persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con un crimen de competencia del Tribunal, sean o no en violación del derecho interno del país en donde fueron perpetrados.

197 GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale*, Giuffrè, 1991, p. 183.

198 SLOANE R., *The cost of conflation: preserving the dualism of jus ad bellum and jus in bello in the contemporary law of war*, en *The Yale Journal of International Law* (Vol. 34), 2009, pp. 47-112. La diferenciación entre los crímenes contra la paz y crímenes de guerra parece de fácil determinación: los primeros conciernen esencialmente el jus ad bellum, mientras los segundos son relativos a las violaciones del jus in bello. Non hay necesaria relación entre los primeros y los segundos, de hecho, un Estado puede no haber violado las reglas del jus ad bellum pero sus fuerzas armadas puedan, en vez, haber puesto en ser violaciones del jus in bello.

to Kellogg-Briand de 1928 entre las principales)<sup>199</sup>, mientras que los crímenes contra la humanidad surgieron por primera vez en derecho internacional y por lo tanto el único instrumento legal que garantizaba la represión de aquellos fue justo el art. 6 letra c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg<sup>200</sup>. Dicho Estatuto daba una definición poco clara de los crímenes, estableciendo directamente a través de un elenco la tipificación de los crímenes, cuyos autores de dicho tribunal habrían tenido que procesar y castigar<sup>201</sup>. Para los crímenes de guerra, el Estatuto tenía una definición, mientras que sólo hoy hemos llegado a la noción jurídica de los crímenes contra la humanidad, tanto de los graves hechos de violencia cometidos en larga escala por individuos, órganos de los Estados o no, contra otros individuos para fines políticos, ideológicos, raciales, nacionales, étnicos o religiosos, como de hechos que antes constituían dos tipos distintos de crímenes: el genocidio y el apartheid<sup>202</sup>.

Del Estatuto del Tribunal de Núremberg y de los resultados, es decir, de las sentencias emitidas por aquéllos, emergieron fundamentales principios de justicia penal internacional, tales como la iniciativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1946, cuando instituyó una Comisión de derecho internacional encargada de conducir estudios, formular recomendaciones para el desarrollo del derecho internacional y redactar elencos precisos de actos que pudieran ser considerados crímenes

---

199 RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 1998, p. 21 ss.

200 BASSIOUNI M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992, p. 40 ss. Sobre la importancia del art. 6 del Estatuto de Núremberg y en particular sobre los crímenes contra la humanidad (art. 6 letra c), VASSALLI, *La giustizia internazionale penale*, op. cit., pp. 19 y ss.

201 Las violaciones de las leyes y de los usos de guerra establecidas en el Estatuto son: el homicidio voluntario, el maltrato o la deportación para obligar a ejecutar trabajos forzados o, para cualquier otro fin, de las poblaciones civiles de los territorios ocupados; el homicidio o el maltrato de los prisioneros de guerra o de náufragos, la ejecución de rehenes, el saqueo de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo de ciudades y aldeas, o la devastación no justificada de exigencias militares.

202 Caracteres distintivos de los crímenes contra la humanidad son la gravedad, la comisión en larga escala, la concentración y el elemento subjetivo de la motivación.

contra la paz y la seguridad del género humano. En julio de 1950, en relación a las evoluciones doctrinales posteriores a Núremberg, la Comisión codificó siete principios derivados de la jurisprudencia de aquel tribunal. Los más importantes fueron aquellos de la “responsabilidad penal individual”<sup>203</sup> para los crímenes internacionales, también cuando el comportamiento no sea prohibido por la normativa nacional, o también en el caso en el que se haya actuado por dar cumplimiento a ordenes superiores, el principio de la existencia de un derecho a ser sujeto a un proceso equívoco y el principio de que la clasificación de los crímenes internacionales inspirados a la “Carta de Núremberg” no fuese considerada exhaustiva<sup>204</sup>.

Por lo que concierne, a su vez, a la institución del Tribunal de Tokio, ésta fue alcanzada por medio de la “Proclamación Especial” del General McArthur en 19 de enero de 1946: *International Military Tribunal for the Far East: (a) Establishment of an International Military Tribunal for the Far East; (b) the Charter of the International Military Tribunal of the Far East*.

El general auspició aquel acto en calidad de comandante militar de los aliados en Oriente y como máxima autoridad de la fuerza militar ocupante que era exclusivamente estadounidense; el documento no fue, pues entonces, sujeto a negociación y, mientras en los procesos de Núremberg se había considerado necesario un acuerdo internacional, en este caso

---

203 El Tribunal de Núremberg afirmó: “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas y sólo a través del castigo de los individuos que cometen aquellos crímenes, las prescripciones del derecho internacional pueden ser respetadas” (Cfr. la sentencia y los actos del proceso están disponibles en internet: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/>).

204 Para la enumeración completa de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Núremberg, ACDI, 1985, II, 2, p. 12 ss. Además, las incriminaciones de Núremberg han sido repetidas en muchas legislaciones nacionales y han sido invocadas como precedente de naturaleza consuetudinaria por numerosos tribunales internos: A.A.V.V. *Le procès de Nuremberg. Conséquence et actualisation*, Bruxelles, 1988, p.115 ss. En doctrina, sobre las incriminaciones de Núremberg como costumbre internacional, LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, 1971, p.127 y ss; DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, 1994, p. 552 ss.

una proclamación militar unilateral fue juzgada suficiente sin ni siquiera el consentimiento de los otros aliados.

El Tribunal de Tokio era efectivamente formado por jueces internacionales, pero, los Fiscales – que actuaban a través de un Fiscal General y no independientemente – y los jueces que representaban bien once naciones<sup>205</sup>, fueron elegidos también por el general McArthur. Por todo lo anterior no sorprende que tales procesos conducidos en Tokio sean considerados precedentes de nivel inferior, es decir, de menor importancia respecto a aquellos de Núremberg, los únicos a los cuales se ha referido la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>206</sup>. En Tokio fueron procesados veintiocho japoneses, entre los cuales cuatro Primeros Ministros, cuatro Ministros de la Política Exterior, cinco Ministros de Guerra, dos de la Marina y cuatro Embajadores. Las acusaciones, preveían con respecto a aquellas de Núremberg, también aquella de homicidio. Todos los imputados fueron juzgados culpables, siete fueron juzgados y dieciséis condenados a cadena perpetua.

---

205 Se trataba de Australia, Canada, China, Francia, Reino Unido, India, Países Bajos, Nueva Zelanda, Filipinas, Unión Soviética y Estados Unidos. Se recuerda, además, que ninguna organización fue imputada ni alguna acusación fue destinada al emperador Hirohito. BASSIOUNI M. C., op. cit., p. 211.

206 U.N., Res. Asamblea General n. 95 (I), Afirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocido por la Carta del Tribunal de Núremberg, de 11 de diciembre 1946. Relativamente a los procesos de Tokio, el juez francés, en el expresar una posición de disenso llegó a afirmar que “so many principles of justice were violated during the trial that the court’s judgement would be nullified on legal grounds in most civilized countries”. MORRIS V., SCHARF M., *An Insider’s Guide to the international criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, en *African Yearbook of International Law*, 1995, p. 9 nota. Véase, también, BASSIOUNI M. C., op. cit., “the Tokyo judgment was substantially unfair to a number of defendants. Much was left to be desired in terms of fairness”.

### *3 – Los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda*

En virtud de las resoluciones n. 827 de 1993 y n. 955 de 1994 el Consejo de Seguridad, actuando en el ámbito de sus poderes atribuidos por el Capítulo VII de la Carta de la ONU, instituyó los dos Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda con el fin de perseguir, a través del primer tribunal, a los autores de las gravísimas violaciones de derecho internacional humanitario (las graves infracciones a las Convenciones de Ginebra, la violación de las leyes y de las costumbre de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad) cometidos en la ex-Yugoslavia a partir de enero de 1991<sup>207</sup>, y a través del segundo, perseguir a los autores responsables de los crímenes cometidos durante la guerra civil en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994<sup>208</sup>.

Un atento análisis nos demuestra que los dos Tribunales, contrariamente a quien los haya considerado como órganos subsidiarios de la ONU, y como tales, subordinados a los poderes de inherencia del Consejo de Seguridad, son en realidad unos verdaderos órganos jurisdiccionales independientes, y que, en consecuencia, no están sujetos en forma alguna a la autoridad y control del Consejo de Seguridad, sino fundados exclusivamente sobre los principios del proceso justo y ecuánime y garantizando, así, el derecho a la defensa en el ámbito procesal<sup>209</sup>. Los Tribunales tienen sede, respectivamente, en el Aja y en Arusha, no tienen personal militar y están compuestos por tres órganos fundamentales: la Corte, el Fiscal y la Secretaría. El órgano que juzga en ambos tribunales está compuesto por tres cámaras de primer grado, cada una formada por tres jueces y una de Apelación, compuesta, a su vez, por cinco jueces.

---

207 U.N. Doc. S/RES/827 de 25 de mayo 1993, en RDI, 1993, p. 516 ss.

208 U.N. Doc. S/1994/955 de 8 de noviembre de 1994.

209 CARELLA G., "Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia", en PICONE P., (Eds.), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1995, p. 501 ss.

Si los Estados anteriormente se habían vinculado sólo para fines de carácter colectivo o, en cualquier caso, a través de la toma de medidas que implicaran, al menos de forma limitada, el uso de la fuerza (a través de misiones de paz conocidas como *peace-keeping*, *peace making*, *peace-enforcing*, acciones de policía internacional, embargo, etc...) <sup>210</sup>, en ocasión de la institución de los dos Tribunales las normas del Capítulo VII de la Carta de la ONU, relativas a las acciones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz, han sido interpretadas, por primera vez, extensivamente, hasta llegar, incluso, a considerar “el poder de dar lugar a un órgano jurisdiccional” como producto o resultado de la toma de aquellas medidas.

Una análoga extensión de los poderes del Consejo de Seguridad se ha demostrado necesaria para castigar a quienes, habiendo cometido crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, se quedan impunes por objetivas dificultades de individualizar una responsabilidad internacional personal o individual, la mayoría de las veces ocultadas tras “razones de Estado” o “necesidades de guerra” <sup>211</sup>.

Los Estatutos de los dos Tribunales persiguen expresamente los crímenes de guerra, de genocidio y contra la humanidad (*ratione materiae*), dejando aparte a los crímenes de paz perseguidos, a su vez, por los precedentes Tribunales de Núremberg y de Tokio, probablemente al fin de evitar las pronuncias sobre las causas y sobre las responsabilidades del conflicto, creando así interferencias con los trabajos de la Conferencia de Paz <sup>212</sup>. Además, los dos Tribunales, por el art. 6 del Estatuto del Tribunal

---

210 CONFORTI, “L’azione del Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace”, en PICONE P.(Ed.), *Interventi delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale*, Padova, 1995, p. 1 ss.

211 MERON T., *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, en *AJIL* 1994, vol. 88, pp. 78-87.

212 En este sentido O’BRIEN, *The International Tribunal for violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, en *AJIL* 1993, p. 639 ss.

para la ex-Yugoslavia y por el art. 5 del Estatuto del Tribunal para el Ruanda, tienen competencia sobre de las personas físicas (*ratione personae*) que hayan cometido tales crímenes en determinados periodos de tiempo. Aquí también queda excluida la competencia de los tribunales sea con respecto a los crímenes realizados por los Estados, sea sobre las personas jurídicas y las asociaciones cuya persecución, a su vez, estaba ordenada por los art. 9 y 10 del Estatuto del Tribunal de Núremberg y por el art. 5 del Estatuto del Tribunal de Tokio, ambos tribunales que consideraban ilícita la pertenencia, por ejemplo, a una asociación criminal condenada, comportando, consecuentemente, la criminalidad de sus componentes<sup>213</sup>.

Los procesos de los dos Tribunales se han revelados respetuosos con los principios de derecho internacional: de garantía de la defensa del individuo; de garantía de un proceso igual y parcial; de independencia del Fiscal que no sólo actúa en autonomía y separadamente con respecto a los demás órganos de los Tribunales, en particular con respecto a la Corte, sino que debe, además, abstenerse de recibir instrucciones por parte de los gobiernos y por otras fuentes, ejercitando, así, la acción penal también sobre individuos y entidades no gubernamentales; no están consentidos procesos en contumacia, o bien en ausencia del imputado, ni es posible infligir la pena capital; está consentida, además, la posibilidad para los imputados de mover mociones relativas a la jurisdicción de los Tribunales.

En realidad, sólo la ausencia de reglas precisas con respecto a la efectividad de la acción de los dos Tribunales causa el problema, ya que en caso de falta de cooperación de los Estados, estos mismos resultarían desprovistos de verdaderos instrumentos coercitivos para el desarrollo de las investigaciones o la captura de los imputados.

---

213 SHRAGA-ZACKLIN, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, en *EJIL* 1994, p. 360 ss.

Los Estados, de hecho, tienen que colaborar con los Tribunales internacionales en las investigaciones y para la persecución de las personas acusadas de la comisión de crímenes internacionales previstos en los relativos Estatutos y tienen que dar ejecución, sin retraso alguno, a la solicitud de asistencia o a las órdenes de los órganos de primera instancia de los Tribunales Internacionales. En estas normas está remachado el principio ya ahora consolidado de que para los crímenes de guerra, para los crímenes contra la humanidad y aquéllos de genocidio hay un obstáculo general e ilimitado a cada rechazo de extradición. La relación entre los Tribunales internacionales y los gobiernos estatales se ha considerado, en general, problemática con respecto al rechazo de colaboración existente en algunos Estados, mientras son relativamente pocos los que han apoyado completamente la acción de los Tribunales, sea con la predisposición de financiaciones, sea con las leyes apropiadas que facilitan la acción de los Fiscales y jueces.

Los obstáculos mayores han sido causados sobre todo por los gobiernos representados de los sujetos, *in primis*, sospechosos y acusados que, si bien cubrían cargos políticos y económicos prestigiosos, no autorizaban la extradición de sus ciudadanos contraviniendo no sólo la obligación de colaboración *ex art. 29* del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia y *ex art. 28* del Estatuto para Ruanda, sino, igualmente, los deberes derivados por ser Miembros de la ONU.

El artículo 61 de las Reglas de procedimiento y prueba<sup>214</sup> del Tribunal para la ex Yugoslavia ha intentado resolver tales inconvenientes, previendo que el imputado contra quien haya sido emanado un mandato de arresto internacional y que no haya sido entregado, pueda ser objeto de un proceso especial en contumacia, a condición de que el Tribunal haya tomado todas las medidas para obtener su comparecencia ante aquel órgano, a

---

214 Reglamento de procedimiento y prueba, RDI, 11 febrero 1994, p. 249 ss.



través de la notificación del acto o la eventual publicación mediante institutos de prensa pública. En caso contrario, el juez de primer grado puede pedir al presidente del Tribunal informar al Consejo de Seguridad, que procederá a adoptar las medidas adecuadas para obligar al Estado específico a cooperar. A pesar de estas previsiones, en el caso *Nikolic*<sup>215</sup>, en consecuencia de la ausencia del sospechado debida a la falta de cooperación de las autoridades de Serbia y de Bosnia y la emisión del mandado de arresto internacional relativo a las acusaciones de crímenes de guerra y contra la humanidad, ha sido llamado en causa, mientras el Consejo de Seguridad se ha limitado sólo a la aprobación de una resolución que condena las violaciones perpetradas por estos países y remacha en términos generales las obligaciones de cooperación.

Un tema ampliamente debatido por parte de la doctrina que concierne la institución de los Tribunales *ad hoc* ha sido el fundamento jurídico, la norma jurídica por la cual han tenido origen. Hemos visto que el Consejo de Seguridad se ha aprovechado de los poderes atribuidos por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas: “Acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, para instituir los dos órganos-tribunales, pero tales “justificaciones” apoyadas por parte de la doctrina que legitimarían la creación de los mismos para los fines de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, han encontrado, hoy en día, fuertes contestaciones por otra parte de la doctrina<sup>216</sup> que, interpretando literalmente las disposiciones del Capítulo VII de la Carta de las N.U., “las medidas que implican o no el uso de la fuerza armada” (art. 41 e 42), han excluido cualquier tipo de interpretación extensiva de las mis-

---

215 CASSESE A., “Il Tribunale ad hoc nell’ex-Yugoslavia: bilancio di due anni di attività”, en LATTANZI F. Y SCISO E. (Eds.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente*, Napoli, Ed. Scientifica, Roma, 1996, p. 182 ss.

216 CARELLA G., op. cit., p. 476 y ss.; CONFORTI B., *Le Nazioni Unite*, Padova, 1994, p. 187 ss.; BERNARDINI A., *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia: considerazioni giuridiche*, en Dir. Uomo, 1993, pp. 15 y ss.

mas de tal manera que no se pueda no considerar como un verdadero abuso aquel ejercido por parte del mismo Consejo de Seguridad.

Una orientación no irrelevante<sup>217</sup> reconduciría, en vez, el poder ejercido por el Consejo de Seguridad de naturaleza puramente “sancionadora”, confirmada por la imprescriptibilidad de los relativos crímenes perseguidos y por el carácter permanente de tales Tribunales que irían en contraste con el mismo Capítulo VII que prevé el carácter improvisado e inmediato de las medidas destinadas a cesar una vez que se restablezca la paz.

Sólo las orientaciones doctrinales mas recientes<sup>218</sup>, han considerado anticuado el debate sobre la legitimidad de los Tribunales *ad hoc*, confirmando que las graves violaciones en larga escala del derecho humanitario constituyen “amenazas a la paz”, con la consiguiente legitimación de las medidas previstas para el Consejo de Seguridad el que, ex art. 51 de la Carta de las N.U., puede: “ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

En el ordenamiento internacional se encuentra, por primera vez, una concreta sustracción de la soberanía de los Estados de su potestad punitiva sobre los individuos mediante el ejercicio de la jurisdicción (fundada sobre la territorialidad de los crímenes, sobre la ciudadanía de los imputados y

---

217 PICONE P., *Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, en CI 1996, I., pp. 3-24. Véase, también, QUEL LÓPEZ F. J., “Los Efectos de la Creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el Orden Interno Español” en *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen XLVI, 1994, p. 62. El autor señala, con respecto al debate en torno a la facultad del Consejo de Seguridad de establecer un Tribunal Internacional, lo siguiente: “ha generado dudas razonables y cierto sentimiento de rechazo al mismo, a partir del carácter selectivo y discriminador de tal órgano, por obedecer a intereses de un grupo reducido de Estados y por ser la pieza de una posible estrategia de diversión de la atención pública ante la falta de otras acciones que impidan la aceptación de los resultados de un acto de agresión o de genocidio”.

218 CONDORELLI L., “Dai Tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente”, op. cit., p. 47 y ss. En este sentido, también, PELLET A., “Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie - poudre aux yeux ou avancée décisive?” en *Revue générale de droit international public*, 1994, p. 31.

de las víctimas) que va a verse extendida, en casos limitados, en sentido universal con respecto a los autores de crímenes cometidos en cualquier lugar. Los Estados han, pues, reconocido la necesidad de someter a proceso internacional a los autores de los crímenes más graves creando organismos *ad hoc* a los que transferir su propia y originaria función jurisdiccional, empeñándose en cooperar con dichos organismos (garantizando la estabilización de aquellos, la organización, el funcionamiento, además del reconocimiento y ejecución de las medidas tomadas y de las sentencias emanadas) para que el ejercicio de tal función sea efectivo<sup>219</sup>.

La institución de los dos Tribunales representa la expresión del principio fundamental según el cual el recorrido a la justicia internacional constituye el medio imprescindible para obtener el restablecimiento de la paz y seguridad internacionales. Las Naciones Unidas, sin embargo, en respeto a dicho principio y sobre todo de aquel de igualdad de tratamiento de las personas, deberían instituir un Tribunal *ad hoc* cada vez que haya habido lugar la comisión de tales crímenes internacionales, pero, como está confirmado por la praxis, eso no tiene lugar en todo caso y la consecuencia que puede derivar es la contraria, es decir, aquella de dar sólo un mensaje de justicia selectiva y de desigualdad.

#### *4 – Los Tribunales penales internacionalizados o híbridos*

Se trata de tribunales *ad hoc*, al igual que los de ex Yugoslavia y Ruanda, que detienen dos componentes, nacional e internacional, y competencia temporal y territorial limitada ya que tuvieron origen en Países con situaciones complejas o de necesidad, como por ejemplo la falta de medios

---

219 NASCIMBENE B., "L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani", en CARBONE S.M., R.LUZZATTO R. (Eds.), *Istituzioni di diritto Internazionale*, A. Santa Maria, Torino, 2003, p. 365.

para sancionar crímenes internacionales, por lo cual la jurisprudencia de estos tribunales es ciertamente menos relevante.

Generalmente se llama en causa a Naciones Unidas, sea para determinar el sustento jurídico de tales tribunales, sea para elección de sus jueces y fiscales internacionales o determinar el derecho aplicable. Se trata, entonces, de instituciones híbridas, cuyo marco jurídico se define por el instrumento constitutivo que es el Acuerdo bilateral concluido entre las Naciones Unidas y los respectivos Gobiernos vinculando sólo a ambas Partes, y por tanto no siendo aplicables a terceros Estados. Cabe, en esta sede, por lo menos mencionarlos: el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>220</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>221</sup>, las Salas Especiales en Timor Oriental<sup>222</sup>, el Tribunal Especial para el Líbano<sup>223</sup>, y jueces y fiscales internacionales en los procesos penales en Kosovo<sup>224</sup>.

---

220 El Tribunal Especial para Sierra Leona fue establecido en consecuencia a las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y a las leyes de Sierra Leona cometidas a partir del 30 de noviembre de 1996 en el territorio de dicho país y por la prevalente situación de impunidad con respecto a la comisión de tales crímenes internacionales. En específico, el Consejo de Seguridad con Resolución 1315, de 14 de agosto de 2000, encomendó al Secretario General que negociara un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona con el fin de crear un Tribunal especial independiente para someter a juicio a aquellas personas sobre las cuales recaía "la mayor responsabilidad" por la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario, así como respecto de los delitos tipificados en el derecho interno de Sierra Leona. El Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas firmaron, el 16 de enero de 2002, el Acuerdo por el que se establece el Tribunal Especial para Sierra Leona, en el que figura como Anexo un Estatuto sobre dicho Tribunal. Véase, con respecto al cierre progresivo del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 23 del Acuerdo entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas.

221 Salas Especiales para Camboya: "Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya", (NS/RKM/0801/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006); Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática, 6 de junio de 2003. En virtud del art. 2 del Acuerdo, éste se aplica en Camboya a través de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales, tal como fuera aprobada y modificada. Ex art. 47 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales: "Las Salas Especiales en los tribunales de Camboya se disolverán automáticamente tras la conclusión definitiva de los juicios".

222 Reglamento n.º 2000/15 de la UNTAET (Administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental) sobre el establecimiento de salas con jurisdicción ex-

## **Capítulo IV - La Corte Penal Internacional**

### **1 – Origen, estructura orgánica y funcionamiento**

En los últimos años, se ha multiplicado el número de actores no-estatales que participan en la política mundial y se ha generado una multiplicidad de canales para encaminar las relaciones interestatales e interactuar en las políticas transnacionales. Cualquier organización que desempeñe un papel importante jurídicamente en el sistema internacional, se ha convertido ya en un actor que contribuye al equilibrio mundial y canales como las relaciones interestatales y transnacionales e, incluso, transgubernamentales, se ven reflejados en mecanismos que se han consolidado a través de los años como los tratados de libre comercio, la creación de organismos internacionales, la participación activa de Organizaciones No Gubernamentales en situaciones coyunturales y de conflictividad, etc. Bajo esta perspectiva, la Corte Penal Internacional representa uno de estos canales

---

clusivo sobre delitos graves, UNTAET/REG/2000/15, de 6 de junio de 2000, disponible en internet: <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>, Reglamento de la UNTAET n.º2000/11 sobre la organización de los tribunales en Timor-Leste, 6 de marzo de 2000, UNTAET/REG/2000/11, disponible en internet: <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg11.pdf>. El 20 de mayo de 2005, finalizó el mandato de las Salas Especiales de Delitos Graves y concluyeron los juicios. 84 acusados fueron condenados y tres fueron absueltos de todos los cargos; v. <<http://www.jsmp.minihub.org/courtmonitoring/spsc.htm>

223 El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a las Naciones Unidas que establecieran un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentado que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en Beirut y causó la muerte del ex Primer Ministro Libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. Con resolución 1664, de 29 de marzo de 2006, el Consejo de Seguridad y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Una vez aprobada la resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007, las disposiciones del documento anexo a ella, incluido el Estatuto del Tribunal Especial que figuraba como apéndice, entraron en vigor el 10 de junio de 2007.

224 El sistema judicial de la UNMIK en Kosovo, establecido por los Reglamentos 1999/24 y 2001/9 de la UNMIK7, del 15 de mayo de 2001, no cuenta con un tribunal, un panel o una sala fijos, sino que se incorporan magistrados internacionales al sistema judicial nacional para abocarse a cada caso en particular. Véase, para un análisis sobre los tribunales penales internacionalizados, ROMANO C. P. R., NOLLKAEMPER A., KLEFFNER J. K. (Eds.), *International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

en las actuales relaciones políticas, sociales y culturales en el contexto internacional, uno de los nuevos actores internacionales que busca juzgar a todos aquellos individuos que violen los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Pues entonces, la institución de la Corte Penal Internacional se sitúa en el positivo proceso de transformación de la jurisdicción penal que ha habido en los años 90' sobre el empuje de las atrocidades cometidas en la ex Yugoslavia y en Ruanda. Ya en los años precedentes la Asamblea General había manifestado la voluntad de crear un Tribunal permanente encargando un Comité *ad hoc* para proyectar un Estatuto, pero, sólo en el 1994 la Asamblea puso en marcha sus propósitos confiando en la obra de elaboración del mismo proyecto a una Comisión de Derecho Internacional e instituyendo, el siguiente año, un Comité Preparatorio, el llamado Prepcm, encargado de elaborar un texto definitivo que incluyera todas las propuestas de los varios gobiernos y someterlo al examen de la Conferencia diplomática<sup>225</sup>. Dicho Comité desarrolló hasta el 98' dichos trabajos preparatorios profundizando todas las posibles cuestiones levantadas por los Estados en relación a la institución de la Corte y al Proyecto de Estatuto; el objetivo era el de recoger el mayor número de consentimientos por parte de los Estados. Fue así que la Asamblea General convocó en Roma el 15 de Junio de 1998 la Conferencia Diplomática de los Plenipotenciarios que, después de los cerrados debates y las extenuantes negociaciones sobre los puntos cruciales, aprobó definitivamente el 17 de Julio 1998 el Estatuto definitivo<sup>226</sup> con ciento veintiuno votos a favor, veintiuno abs-

---

225 BROOMHALL B., "ICC Ratification and National Implementing Legislation: CPI ratification et législation nationale d'application", en BASSIOUNI M. C. (Ed.), *Revista Internacional de Derecho Penal*, Asociación Internacional de Derecho Penal, Tolosa, 2000, p. 23.

226 AMBOS K., "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma", en AMBOS K., GUERRERO J. O. (Eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 127-169; BASSIOUNI M. C., "Nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte

tenciones y siete votos contrarios entre los cuales Estados Unidos, Rusia, China, India e Israel.

El Estatuto está compuesto por ciento veintiocho artículos divididos por trece capítulos<sup>227</sup>. A diferencia de las controversias relativas a las funciones judiciarias que vienen resueltas mediante las decisiones de la Corte (art. 119 del Estatuto), la solución de las controversias entre Estados relativas a la interpretación del Estatuto es de competencia de la Asamblea de los Estados, lo que ha causado numerosas críticas por parte de las organizaciones no gubernamentales, que habrían preferido confiar en la Corte, otorgando a la misma una mayor independencia y credibilidad y seguramente mayor integridad de su Estatuto.

Los artículos 125, 126 y 127 del Estatuto han previsto la posibilidad por parte de los Estados de firmar el mismo en Roma hasta el 17 de octubre de 1998 y en Nueva York, en la sede de las N.U., hasta el 31 de diciembre de 2000; además, la entrada en vigor del mismo después del sexagésimo día posterior a la fecha de depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, de aceptación, aprobación y adhesión; ha sido prevista la posibilidad de receso mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de Naciones Unidas, acto que, no obstante, no exonera el Estado de las obligaciones, comprendidas aquellas de naturaleza financiera, puestas a su cargo cuando era parte, ni perjudica cada cooperación concordada con la Corte en ocasión de encuestas y procesos penales iniciados antes

---

Penal internacional”, en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1 année. 1er/2ème, Trimestres, 2000, pp. 1-39; CASSESE A., “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N° 1, 1999, pp. 144-171; HIGUERA GUIMERÁ “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Actualidad Penal*, N° 2, 10-16 de enero del 2000, pp. 29-50.

227 Parte I: del establecimiento de la corte. Parte II: de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable. Parte III: de los principios generales del derecho penal. Parte IV: de la composición y administración de la corte. Parte V: de la investigación y el enjuiciamiento. Parte VI: del juicio. Parte VII: de las penas. Parte VIII: de la apelación y la revisión. parte IX: de la cooperación internacional y la asistencia judicial. parte X: de la ejecución de la pena. Parte XI: de la asamblea de los estados parte. Parte XII: de la financiación. Parte XIII: cláusulas finales.

de la fecha en la que el receso haya sido efectivo, ni impide continuar examinando cualquier cuestión sobre la cual la Corte haya sido ya investida antes de la fecha en la que el receso se considere efectivo<sup>228</sup>.

El art. 120, de relevante importancia, ha excluido la posibilidad para los Estados de poder aportar cualquier reserva al Estatuto, que habría seguramente comportado un mayor número de adhesiones y ratificaciones, pero, al mismo tiempo, habría debilitado la eficacia, el funcionamiento y la autoridad de la Corte y creado, además, desigualdades entre los Estados, ya que no habrían asumido, al mismo tiempo, las mismas obligaciones<sup>229</sup>.

El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002 y define la Corte como institución permanente, que tiene una jurisdicción de carácter general. Ésta, precisamente, juzga sobre los “crímenes mas graves en el contexto internacional” (art.1), que afectan a “la Comunidad Internacional en su conjunto” (art.5).

El Estatuto, al igual que las leyes internas de los ordenamientos jurídicos nacionales, se considera ya en el ámbito Internacional como el instrumento de tipificación penal por excelencia, al hacer cumplir las garantías criminal y penal dispuestas por el principio de legalidad penal a la hora de la elaboración de las disposiciones penales, garantizando, así, la unidad y la igualdad en la aplicación del Derecho. Además, se caracteriza como instrumento esencialmente consensual ya que deriva normalmente de una

---

228 FERNANDES J. M., *La Corte Penal Internacional: soberanía versus justicia universal*, Reus, Madrid, 2008, pp. 112 y 284.

229 CABEZUDO RODRÍGUEZ N., *La Corte Penal Internacional, Colección estudios penales*, Dykinson, n. 4, Madrid, 2002, pp. 29-33. El autor señala que la única reserva que detienen los Estados es aquella establecida por el art. 124 del Estatuto la que prevé la sustracción por un periodo de siete años a la competencia de la Corte sobre la categoría de los crímenes de guerra (art. 8).



negociación entre las partes-Estados, las que prevén cuál es el contenido de las consecuencias jurídicas del tratado<sup>230</sup>.

En cuanto a la estructura orgánica y a su funcionamiento, la Corte tiene sede en el Aja y está compuesta ex art. 34 del Estatuto por cuatro órganos: la Presidencia, las Salas (de Primer Grado, Preliminar, de Apelación), el Despacho del Fiscal y la Secretaría<sup>231</sup>. Los jueces que la componen son dieciocho, aunque dicho número puede ser aumentado con propuesta motivada de la Presidencia y tras aprobación sucesiva de los dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados. Esos ex art. 36.3 son seleccionados entre las personas que gozan de una elevada consideración moral, conocidos por su imparcialidad e integridad y que presentan todos los requisitos requeridos en sus respectivos Estados para el ejercicio de las máximas cargas judiciales; deben haber una competencia reconocida en derecho y en su rama de procesal penal, o en sectores de derecho internacional, como aquél humanitario y el relativo a los derechos del hombre. Además, es necesario un óptimo conocimiento jurídico y la práctica fluida de por lo menos uno de los idiomas oficiales de la Corte<sup>232</sup>.

Los Estados-parte han establecido que no puede ser nombrado más que un juez procedente de cada Estado y que en la elección de los jueces hay que tener en consideración la necesidad de asegurar la representación de los principales ordenamientos jurídicos del mundo, una ecuánime representación geográfica y de hombres y mujeres (art. 36.8).

Los jueces tienen un mandato de nueve años y no son reelegibles.

---

230 En este sentido, REUTER P., *Introducción al derecho de los tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 38: "el tratado vincula a los Estados porque éstos han consentido en vincularse por él".

231 CÁCERES RUIZ L., *La Corte Penal Internacional: el Estatuto de Roma*, Vision Net, Madrid, 2006, pp. 51-62.

232 GARCÍA RAMÍREZ S., *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, p. 41.

Por lo que concierne, además, a los órganos de la Corte, el Estatuto prevé que la Presidencia, encargada de la administración de la Corte, sea compuesta por el Presidente, el Primer y Segundo Vice Presidentes, que son elegidos por mayoría absoluta por los jueces de la Corte y están en cargo para tres años, excepto el caso de el que sus mandados no terminen antes, con la posibilidad de ser reelegibles. Las Secciones de Primer Grado y Preliminar, a su vez, están compuestas por lo menos de seis jueces, mientras que aquella de Apelación se compone de cuatro jueces más el Presidente de la Corte.

El Fiscal, también elegido por votación secreta de la mayoría de los miembros, está asistido por uno o más Sustitutos Fiscales de nacionalidad distinta que, sobre la base del Estatuto, tienen la facultad de llevar adelante cualquier acción solicitada por el Fiscal y trabajar a tiempo pleno.

El despacho del Fiscal es considerado independientemente como órgano separado de la Corte, y es el encargado de recibir las comunicaciones y cada información debidamente evaluada relativa a los crímenes de competencia de la Corte, de examinarlas, de conducir las encuestas y sustentar la acusación ante la Corte (art. 42).

La Secretaría – que tiene como cabeza visible al Secretario, el más importante funcionario administrativo de la Corte, elegido por los jueces con mandato de cinco años renovable – es responsable de los aspectos no judiciales de la administración y de los servicios necesarios de la Corte (art. 43). El Secretario instituye en el ámbito de la Secretaría una División de asistencia para las víctimas y los testigos que garantiza, en coordinación con el Fiscal, medidas protectoras para garantizar la seguridad, la asistencia y cada necesidad de los testigos y las víctimas citadas delante la Corte y de todas las personas que pudieran ser puestas en peligro por las deposiciones de tales testimonios. El personal de esta Unidad debe comprender profesionales que hayan trabajado con sujetos traumatiza-

dos, incluyendo traumas debidos a violencias sexuales. El art. 44, en fin, establece que la Corte pueda servirse, en circunstancias excepcionales, de personal con particulares competencias que será ofrecido gratuitamente por los Estados Miembros, por organizaciones intergubernamentales u organizaciones no gubernamentales. Este personal gratuito será empleado de conformidad con las directivas que serán establecidas por parte de la Asamblea de los Estados Miembros.

## *2 – La jurisdicción de la Corte: mecanismos de activación y limitaciones*

El art. 13 del Estatuto de la Corte prevé bajo el título “ejercicio de la competencia” tres tipos de mecanismos por los que se atribuye el poder jurisdiccional a la Corte<sup>233</sup> relativamente a los crímenes enumerados por el art. 5 del mismo Estatuto:

a) El primero pone en resalto, cuanto sea necesaria para el buen funcionamiento del Tribunal, la colaboración de los Estados: un Estado Parte, de conformidad con el artículo 14, denuncia al Fiscal una situación en la cuál uno o más de tales crímenes parecen ser cometidos; no obstante, es necesario que sea respetada una condición: que el Estado sobre cuyo territorio se haya averiguado el crimen, o el Estado cuyo ciudadano sea el individuo indagado o imputado, se haya adherido al Estatuto o haya aceptado la jurisdicción de la Corte con respecto a aquel crimen (art. 12).

b) El segundo mecanismo prevé que el Consejo de Seguridad, en el ámbito de las acciones previstas por el Capítulo VII de la Carta de las Nacio-

---

233 Véanse: ALCAIDE FERNÁNDEZ J., “Orden público y Derecho Internacional: desarrollo normativo y déficit institucional”, en ELISA PÉREZ VERA, ALEJANDRO J. RODRIGUEZ CARRIÓN (Eds.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Tomo I, Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 106; BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 1999, p. 303; WOLSWIJK H. D., *Locus Delicti and Criminal Jurisdiction*, Netherlands International Law Review, Vol. XLVI. 1999, pp. 361-382.

nes Unidas, señale al Fiscal una situación en la que se presume que hayan sido cometidos unos o mas crímenes, es decir una situación de amenaza o ruptura de la paz y de la seguridad internacional<sup>234</sup>; dicho poder le ha sido conferido independientemente, o, sin alguna autorización por parte del Estado en cuyo territorio se ha averiguado el crimen ni por parte del Estado de nacionalidad o de detención del imputado. Es evidente la importancia de este órgano político, el que detiene una verdadera y propia “jurisdicción coercitiva” derivada, una vez más, de los poderes relativos al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional previstos por el Capítulo VII de la Carta de las N.U., que le permite indicar a la Corte una “situación”, y no un sólo “caso” individual, con el resultado de que será el Fiscal por medio de sus investigaciones el encargado de determinar, de forma independiente, los que serán acusados de los crímenes cometidos en la situación evidenciada por el Consejo de Seguridad.

La doctrina<sup>235</sup>, además, considera que, siendo prevista ya para el Consejo esta facultad, vendría menos para el mismo órgano de las N.U. la necesidad de crear unos Tribunales *ad hoc*, pudiendo directamente señalar una situación delante de la Corte sin imponer a los Estados un Tribunal *ad hoc*, que ya en los dos casos anteriores ha causado críticas notables con respecto su fundamento legal y legitimidad.

Está claro que la Corte Penal Internacional Permanente, siendo instituida a través de un Tratado y, por lo tanto, sobre la base de un consentimiento

---

234 Véase, para profundizar en el tema, OOSTHUIZEN G. H., “Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council”, en *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVI. 1999, pp. 313 y ss.

235 LATTANZI F., *The International Criminal Court: comments on the draft statute*, Editoriale scientifica, Napoli, 1998, p. 116; *Amnesty International*, *The International Criminal Court: making the right choices, defining the crimes*, London, 1997, part I, cap. VIII (d); H.R.W., *Justice in the balance*, part II, sez. D; LCHR (Lawyers Committee of Human Rights), *Briefing Papers*, vol. I, n. 8, 1998. En este sentido también KRAMER, *Tomuschat e Crawford en ILC Yearbook*, 1994, vol. I. Entre los varios Países que han sostenido esta argumentación hay también Italia: U.N. Doc. A/C.6/49/SR.17, p. 7.

voluntario de los Estados, excluye la posibilidad de que puedan ser hechas, con el mismo valor, las mismas críticas inherentes a la ilegitimidad de la institución de los Tribunales *ad hoc*.

c) El último mecanismo prevé que el Fiscal haya abierto una investigación sobre uno o más crímenes, en fuerza del artículo 15 que recita:

”El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte”.

El Fiscal detiene, así, por un lado el poder de proceder *ex officio*, que es la expresión de la independencia y la imparcialidad del órgano, en este caso, también, a condición del consentimiento del Estado en el que haya sido cometido el crimen o del Estado de nacionalidad del imputado; por otro lado, el art. 16 introduce un poder de inhibición del Consejo de Seguridad que, en cualquier momento, con resolución adoptada ex Capítulo VII de la Carta de las N.U. puede suspender las investigaciones o el ejercicio de la acción penal por un periodo de doce meses. Además, a pesar de las grandes oposiciones de aquellos Países preocupados de los peligros derivados por la asignación del poder *ex officio* al Fiscal, el artículo 15, prevé que el mismo tenga que presentar a la Sala preliminar, inseparablemente a cada elemento recogido, una solicitud de autorización para las investigaciones, y que la misma pueda averiguar la competencia de la Corte y la consistencia de los elementos justificantes que solicitan la apertura de las investigaciones. Sin embargo, una respuesta negativa de la Sala Preliminar no impide al Fiscal presentar una sucesiva solicitud fundada sobre nuevos hechos o elementos de prueba, aunque referidos a la misma situación<sup>236</sup>.

---

236 GARCÍA ZAPATA C., *Análisis Comparativo Entre El Proceso Ante La Corte Penal Internacional Y Ante El Derecho Español*, Grin Verlag, Universidad de Murcia, 2015, p. 8.

Por cuanto concierne el ejercicio de la jurisdicción de la Corte cabe precisar que el art. 12 del Estatuto de Roma otorga la “jurisdicción inherente” en relación con los Estados Miembros que han voluntariamente ratificado el Estatuto:

“El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5”.

Es necesario, en otras palabras, que los Estados sean miembros de la Corte o, en el caso de que no hayan ratificado el Estatuto, hayan prestado su propio consentimiento sobre el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte. Tales limitaciones no están previstas cuando es el Consejo de Seguridad quien refiere a la Corte las situaciones en las que se presume que hayan sido cometido uno o más crímenes internacionales. Tal diferenciación ha resultado en que la actividad de la Corte, en los primeros años, ha sido más dependiente de las indicaciones del Consejo de Seguridad y, además, ha confirmado el carácter utópico de aquellas previsiones que consideran la Corte como órgano de justicia universal<sup>237</sup> en un grado de poder tal que le permita ejercer su propia jurisdicción sin alguna limitación territorial o consensual<sup>238</sup>.

Además, hay también que mencionar un ulterior límite, más general, que afecta a la jurisdicción de la Corte, denominado principio de complementariedad<sup>239</sup> mencionado en varias circunstancias en el Estatuto, y más

---

237 La jurisdicción universal: Catorce principios fundamentales sobre el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal, Amnistía Internacional, mayo de 1999, p. 2. Disponible en Internet: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Texto%20completo%20del%20Informe?CMD=VEROBJ&MLKOB=25034750404>.

238 BARRANCO AVILÉS M. C., CELADOR ANGÓN O., VACAS FERNÁNDEZ F., *Perspectivas Actuales en la Aplicación del Derecho*, Colección Gregorio Paces-Barba n. 3, Dykinson, Madrid, p. 43.

239 El principio de complementariedad se desarrolla en el Estatuto a los artículos 17, 18, 19 y 20. BASSIOUNI M. C., BRUCE BROOMHALL B., CAMARGO P. P., *La Corte Penal Internacional (CPI)*, Texto Integrado del Estatuto de Roma. Leyer, Segunda Edi-

concretamente en el Preámbulo y en el art. 1, donde se establece que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

A diferencia de los Tribunales *ad hoc*, que poseen una competencia específica y tienen la precedencia a los tribunales nacionales, ya que éstos deben abstenerse de juzgar si está solicitado el traslado del procedimiento (art. 8 y 9 de los Estatutos de los Tribunales para el Ruanda y para la ex Yugoslavia), la Corte, de hecho, detiene una competencia general y entonces subsidiaria con respecto a las jurisdicciones nacionales, las que ceden el paso al Alto Tribunal sólo en el momento en el que los Estados no quieran o no puedan llevar a cabo sus propias investigaciones y ejercitar la acción penal. El art. 17 del Estatuto establece, de hecho, los propios casos en los que la Corte tiene que declarar inadmisibile un asunto, y eso cuando:

a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él (salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo);

b) el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la

---

ción, Bogotá, Colombia, 2002, p. 16. De acuerdo a estos tres autores la CPI no constituye un cuerpo supranacional que suplanta a los sistemas nacionales de justicia penal, sino un ente internacional – similar a otros ya existentes - que representa el complemento de esos sistemas. Véanse, también, BOS A., *The Role of the International Criminal Court in the Light of the Principle of Complementarity, Reflections on the International Law from the Low Countries in Honour of Paul de Waart*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1998, pp. 249 y ss.; WEDGWOOD R., “National Courts and the Prosecution of War Crimes”, en MC DONALD G. K., SWAAK-GOLMAN O. (Eds.), *Sustantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: Commentary*, Vol. I, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 404-408; DAVID E., “The International Criminal Court. What is the Point?”, en WELLENS (Ed.), *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour to Eric Suy*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1998, pp. 633-636.

persona de que se trate (salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo);

c) en el caso en el que, según el principio del “*ne bis in idem*”, la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia (y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20);

d) el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Tales limitaciones vienen menos cuando recurre un defecto de voluntad en perseguir el culpable manifestado por el intento del Estado de proteger la persona de su responsabilidad penal, de un injustificado retraso al que haya sido sujeto el procedimiento nacional, de conducción del mismo procedimiento de manera independiente o imparcial, o incompatible con el fin de asegurar la persona interesada a la justicia (art. 17.2). Todavía, cuando recurra la incapacidad del Estado de obtener la presencia del imputado o de las pruebas o testimonios, y, en fin, cuando el Estado no esté por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio (art. 17.3)<sup>240</sup>.

Por otro lado ex art. 18, si en el período de un mes desde la notificación del inicio de las investigaciones, los Estados que serían dotados de la relativa jurisdicción informasen a la Corte del hecho que están ya ejercitando la misma, el Fiscal suspendería las propias investigaciones a favor de aquellas conducidas por el Estado, excepto en el caso en el que la Sala Preliminar, sobre solicitud del Fiscal, no decida, de igual manera, de autorizarle.

---

240 COLLANTES J. L., “La Corte Penal Internacional, El impacto del Estatuto de Roma en jurisdicción sobre crímenes internacionales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 04-07-2002, pp. 16-18. Disponible en internet: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-07.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.pdf).



Parece evidente que la superposición del consentimiento de los Estados con el principio de complementariedad rinde extremadamente improbable el hecho de que cualquier Estado pueda deferir algún caso a la Corte para su persecución. Hay siempre una realidad internacional con la que hacer las cuentas y está basada en la reluctancia por parte de los Estados de ceder la propia potestad punitiva, expresión de su soberanía, ni siquiera frente a crímenes que atentan a la persona como ser humano.

### *3 – Los caracteres relevantes del proceso y los principios fundamentales afirmados en el Estatuto*

El modelo procesal acogido por la Corte Penal Internacional, así como el de los Tribunales *ad hoc*, es de tipo acusatorio<sup>241</sup> fundado sobre el papel principal detenido por el Fiscal que desarrolla las investigaciones, ejercita la acción penal, lleva las pruebas en juicio y sustenta la acusación, aunque está sujeto a los poderes de control y de intervención del juez durante todo el procedimiento.

Una vez reconocida la competencia de la Corte, el Fiscal da inicio a las investigaciones, que conduce con la máxima libertad y el obvio respeto de todas las partes en causa, los sospechados, los inculcados, los testigos... y, en continua búsqueda de los elementos de prueba a cargo y descargo del imputado, establece investigaciones, efectúa interrogatorios de los indagados, los testigos, o las víctimas.

---

241 GUARIGLIA F., "El proceso acusatorio ante la Corte Penal Internacional, en MARTÍ MINGARRO L., CARRILLO FLÓREZ F., VENEGAS FRANCO A. (Eds.), *Iberoamérica y la Corte Penal Internacional. Debates, reflexiones y preguntas*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 44-50.

Una vez que el investigado comparezca ante la Corte no siendo consentido un proceso en rebeldía (art. 63), la Sala de lo Preliminar le informa preventivamente sobre los derechos que tiene reconocidos y sobre las acusaciones que el Fiscal quiere sustentar para enjuiciarlo, las que tienen que ser convalidadas en adecuada audiencia si existen suficientes pruebas para sustentarlas.

Durante la fase procesal ante la Sala de Primer Grado, vendrán asumidas las pruebas según las modalidades de asunción, admisibilidad y relevancia establecidas por el Reglamento de Procedimiento y Prueba. Al final de dicha fase tendrá lugar la deliberación de la sentencia por parte de todos los jueces de la Sala de Primer Grado, los que tendrán que decidir a la unanimidad o, en caso contrario, según la mayoría sobre la base de la evaluación de las pruebas presentadas y discutidas durante el proceso (art. 74). La sentencia escrita y motivada será leída en pública audiencia y, en el caso en el que no haya sido tomada a la unanimidad, contendrá las opiniones de la mayoría y de la minoría.

Los principios fundamentales emergidos en el Estatuto son: *in primis*, el principio de legalidad “*nullum crimen sine lege*” e “*nulla poena sine lege*” (art. 22 y 23)<sup>242</sup>, objeto de la presente investigación, basados respectivamente sobre la expresa previsión por parte del Estatuto de las conductas constituyentes de crímenes y de las penas a aplicar a los autores de los mismos, y sobre la interpretación taxativa de la descripción de los crímenes sin alguna posibilidad de recurrir al uso de la analogía;

De forma secundaria, la costumbre está interpretada como principio de integración. De hecho, la Corte aplicará ex art. 21:

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

---

242 SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, op. cit., pp. 280-281.

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;

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”.

En tercer lugar ha emergido el principio de la irretroactividad *ratione personae*<sup>243</sup>, ex art. 24 del Estatuto, el que establece:

“Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

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”.

Además, la competencia *ratione temporis* de la Corte ex art. 11:

“La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”.

---

243 DEEN-RACSMÁNY Z., “The Nationality of the Offender and the Jurisdiction of the International Criminal Court”, en *American Journal of International Law*, Vol. 95, N° 3., pp. 606 y ss.

Más aún, la exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte prevista ex art. 26:

“La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen”.

Es de extrema importancia la afirmación de la responsabilidad penal individual en los términos del art. 25:

“De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

El párrafo 3 del mismo art. 25 enumera las posibles conductas activas y omisivas<sup>244</sup> que constituirán crimen cuando contendrán todos los necesarios elementos de los crímenes, incluso el elemento de intencionalidad prescrito por el art. 30 del Estatuto.

El clásico principio del *ne bis in idem* encuentra su colocación en el art. 20:

---

244 El art. 25, párrafo 3, establece: “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 sólo, 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 consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”. En relación a la responsabilidad penal individual se vea, también, los elementos de intencionalidad (art. 30), las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal (art. 31), los errores de hecho y de derecho (art. 32), los órdenes superiores y disposiciones legales (art. 33).

“Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto”.

Además, la presunción de inocencia del imputado está dictada por el art. 66:

“Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.

Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.

Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”.

Por otra parte, la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte<sup>245</sup> y el principio de complementariedad implican una relación de

---

245 El art. 29 del Estatuto de Roma, titulado “imprescriptibilidad” dicta lo siguiente: “Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”. Véase, NIETO GARCÍA A. J., “A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7057-7061, 2008, p. 1450. El autor menciona como criterio orientativo de la doctrina la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, cuyo art. 1 dicta lo siguiente: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país don-

subsidiariedad entre la justicia estatal y la CPI, es decir, una permanente invitación a los jueces nacionales a ejercer jurisdicción sobre los crímenes internacionales perpetrados en su territorio, ya que de no hacerlo, o de hacerlo sin observar la supremacía del Derecho Internacional, se estaría activando la jurisdicción de la CPI.

#### *4 – La ratificación del Estatuto de Roma de 1998: ¿aproximación enmiendatíva o interpretativa?*

Hasta la fecha el Estatuto de Roma ha sido firmado por 139 países, habiéndose adherido al sistema un total de 121 Estados, mientras que no ha sido firmado ni ratificado, entre otros países, por los Estados Unidos, Rusia, China, India, Israel, Cuba, Irak, Sudan, Libia y Qatar.

La CPI juega, como se ha visto, un papel importante en términos de provisión de información completa y precisa sobre justicia internacional, y se prevé creada para cumplir con los fines jurisdiccionales por los que ha sido instituida, fomentar una cooperación activa de los Países-Miembros a través de la recolección de pruebas, la entrega de individuos con órdenes de arresto pendientes y la celebración de juicios a nivel estatal<sup>246</sup>.

---

de fueron cometidos”. En cuanto a las “infracciones graves” el art. 51 de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1969 “para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar” establece lo siguiente: “Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala ilícita y arbitrariamente.

<sup>246</sup> BROOMHALL B., *La Corte Penal Internacional: visión general y cooperación con los Estados*, Instituto Legal Internacional de Derechos Humanos, Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, 1998, pp. 45-47.

Ahora bien, la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha comportado el origen de un importante debate sobre su compatibilidad con las Constituciones nacionales de los Estados, sobre todo si se tiene en consideración que el art. 120 del Estatuto establece que “no se admitirán reservas al presente Estatuto”<sup>247</sup>.

Una de las soluciones que se prospectaron ya a partir de los Trabajos Preparatorios hasta la Conferencia Diplomática de Roma, encaminados a evitar los eventuales problemas generados por la invasión de la soberanía de los Estados, fue representada por la existencia del principio de complementariedad de las funciones de la Corte con respecto a los juzgados nacionales, principio recogido por el art. 17 del Estatuto<sup>248</sup>.

---

247 Sobre este aspecto véase CABEZUDO RODRÍGUEZ N., *La Corte Penal Internacional*, op. cit., nota 146.

248 El art. 17 del Estatuto de Roma, titulado “Cuestiones de admisibilidad” establece: “La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Sin embargo, algunos Estados se abstuvieron de la adopción del Tratado, en virtud de la incompatibilidad de algunas de las disposiciones del Estatuto con sus propias normas de nivel constitucional.

Un análisis comparativo<sup>249</sup> de la realidad de numerosos Estados que han reaccionado diferentemente ante a la adopción del Tratado de Roma puede servirnos para constatar las diferentes soluciones que ellos han adoptado, ente las cuales se evidencian en unos casos las varias reformas constitucionales, es decir un enfoque de tipo enmiendativo<sup>250</sup>, ante, a su vez, el enfoque de tipo interpretativo, tras la relectura de la Constitución conforme a la adhesión y ratificación del Estatuto de Roma.

Francia, por ejemplo, ha adoptado una reforma constitucional<sup>251</sup> para solucionar estos problemas, reconociendo, a través de la enmienda al art. 53 de su Constitución, la jurisdicción de la Corte en los siguientes términos:

---

249 Para un resumen de los métodos utilizados por los estados para incorporar las disposiciones del Estatuto de la CPI de 1998 al derecho nacional (respetando plenamente la respectiva normativa constitucional que rige los procedimientos penales) véase Cuestiones Planteadas con respecto al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por las Cortes Constitucionales, las Cortes Supremas y los Consejos de Estado Nacionales, advisory service on international humanitarian law, 01/2010, disponible en internet: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/legal-fact-sheet/issues-raised-regarding-rome-statute-factsheet-01-2010.htm>; para un análisis detallada de cada Estado véase KREß C., LATTANZI F.(Eds.) *The Rome Statute and Domestic Legal Order, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues*, Ed. II Sirente, Nomos, Baden Baden, 2000; AMBOS K., MALARINO E., WOISCHNICK J. (Eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006; DUFFY H., HUSTON J., "Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations", en KREß C., LATTANZI F.(Eds.) *The Rome Statute and Domestic Legal Order, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues*, Ed. II Sirente, Nomos, Baden Baden, 2000.

250 DUFFY H., *National Constitutional Compatibility and the International Criminal court*, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11-5, 2001, p. 5-38. El autor señala que el enfoque enmiendativo haya sido preferido en aquellos países cuya revisión constitucional no suponga un retraso excesivo o impidiera la ratificación del Estatuto.

251 ODELLO M., "La Corte Penal Internacional y las Legislaciones Nacionales: Relación entre Derecho Internacional y Derechos Nacionales", *II Legislación Nacional*, Foro, Nueva época, núm. 1/2005: 295-329, p. 305. Disponible en Internet: <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0505110295A/13818>.



“La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998”.

También Luxemburgo adoptó una solución similar el año siguiente:

“Les dispositions de la Constitution ne font pas obstacle à l’approbation du Statut de la Cour Pénale Internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998, et à l’exécution des obligations en découlant dans les conditions prévues par ledit Statut”<sup>252</sup>.

Hasta Brasil adoptó una enmienda al art. 5 de su Constitución declarando:

“La República Federal de Brasil puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional según lo dispuesto en el tratado aprobado el 17 de julio de 1998”<sup>253</sup>.

Se puede comprobar, entonces, que con toda probabilidad el enfoque enmiendativo ha sido más utilizado por aquellos Países en los que resulta más simple y rápido el proceso de revisión constitucional.

Entre los Países que han preferido adoptar estas modificaciones constitucionales Bélgica, por ejemplo, y a pesar de tener un proceso de revisión constitucional muy lento y complejo, ha ya ratificado el Estatuto de Roma, mientras que hoy en día sigue a la espera de la modificación constitucional<sup>254</sup>.

---

252 Dictamen del Consejo de Estado sobre un proyecto de ley relativo a la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [Avis du Conseil d’État portant sur un projet de loi portant approbation du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998], 4 de mayo de 1999, No 44.088, Doc. parl. 4502. ODELLO M., op. cit., p. 307, nota 27. Art. 118 de la Constitución de Luxemburgo modificado con ley constitucional del 8 de agosto de 2000, Mém., A-No 83, 25 de agosto de 2000.

253 Enmienda Constitucional nº 45, de 8 de diciembre de 2004, contenidas en los apartados 3º y 4º del art. 5, según los cuales, respectivamente, “los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales” y “Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, a cuya creación haya manifestado adhesión”.

254 Dictamen del Consejo de Estado del 21 de abril de 1999 sobre un proyecto de ley relativo a la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [Avis du Conseil d’État du 21 avril 1999 sur un projet de loi portant assentiment au Statut de Ro-

En síntesis, la modificación constitucional debería consentir la primacía del Estatuto de Roma frente a las Cartas Constitucionales.

Alemania, a la vez, ha evidenciado una incompatibilidad del Estatuto con respecto a la prohibición de extradición de sus ciudadanos, incompatibilidad a la que se ha puesto remedio a través de la introducción de excepciones para los casos de petición de extradición por parte de Países Miembros de la Unión Europea o por parte de los Tribunales Penales Internacionales, en observancia, también, de los deberes de cooperación entre los Países en materia penal<sup>255</sup>.

La República Checa, a su vez, después de su firma del Tratado de Roma de 13 de abril de 1999, ha tenido que esperar hasta la fecha del 21 de junio de 2009 para ser parte de la Convención a través de la modificación del art. 10 a) de su Constitución que ha permitido la asignación de poderes soberanos a organizaciones o instituciones internacionales<sup>256</sup>.

---

me de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998"], Documento parlamentario 2-239 (1999/2000), p. 94. el Consejo de Estado examinó varias cuestiones constitucionales que planteaba la ratificación del Estatuto de la CPI y decidió que el Estatuto de Roma era incompatible con una serie de disposiciones constitucionales. Para evitar la enmienda de varias disposiciones aisladas que dificultaría la comprensión de la Constitución, sugirió que se añadiera una nueva: "El Estado se adhiere al Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998". Véase CAVINO M., *L'irresponsabilità del Capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 56, nota 117. El autor señala que la enmienda constitucional introduciría el art. 168 bis, según el que: "L'État adhère au Statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet".

255 AMBOS K., "La Implementación Del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194 RECPC 07-17, 2005, p. 19. Art. 16, párrafo II: "Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind".

256 Anteriormente la Constitución de República Checa no preveía ni una cláusula limitativa de la soberanía, ni contenía una referencia a la adhesión y a la pertenencia a organizaciones internacionales y el juicio de conformidad de los tratados – reservado únicamente a los tratados sobre los derechos humanos – era llevado a cabo exclusivamente por el Tribunal Constitucional. Posteriormente, la República Checa, para facilitar la participación en el proceso de integración europea, ha enmendado su Constitución con la ley de revisión constitucional, de 18 de octubre 2001 n. 235, modificando las relaciones entre derecho interno y derecho internacional. El nuevo artículo 10 Const. ha adoptado una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el dere-

Por otra parte, la mayoría de Estados ha preferido un enfoque de tipo interpretativo, es decir, como he anticipado antes, a través de una lectura del Estatuto de Roma de conformidad con la propia Constitución. Varios Países, entre los cuales se encuentran Chile<sup>257</sup>, Costa Rica<sup>258</sup>, Ecuador<sup>259</sup>, Guatemala<sup>260</sup>, Moldavia<sup>261</sup> o Ucrania<sup>262</sup> han cuestionado, preventivamente, a sus respectivas Cortes Constitucionales sobre la compatibilidad del Estatuto de Roma con sus respectivas Constituciones y, en la mayoría de los casos, esas Cortes han negado la necesidad de una reforma constitucional para la ratificación del Estatuto abrazando la tesis de una interpretación evolutiva de sus constituciones de forma compatible con las obligaciones derivadas por el Derecho Internacional.

#### *4.1 – La Interpretación evolutiva de las Constituciones de conformidad con las obligaciones de derecho internacional: cuestiones de compatibilidad constitucionales*

Es cierto que las Constituciones de los Estados pueden evolucionar paralelamente a la evolución de la sociedad y a las nuevas exigencias políti-

---

cho interno al establecer que: “los tratados internacionales promulgados, para cuya ratificación el Parlamento ha dado su consenso y a los que la República es vinculada, son parte del ordenamiento jurídico; en el caso de conflicto entre el tratado y la ley, se aplica el tratado internacional”.

257 Decisión del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 7 de abril de 2002.

258 Consulta preceptiva de constitucionalidad sobre el proyecto de ley de aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Expediente n. 00-008325-0007-CO, Res. 2000-09685, de 1 de noviembre de 2000.

259 Informe de Dr. Hernán Salgado Pesantes en el caso n. 005-2000-CI sobre el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” de 21 febrero de 2001.

260 Opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad del 25 marzo 2002, expediente N. 171-2002.

261 Corte Constitucional moldava, sentencia n. 161-164 (3048-3051) del 2007.

262 Corte Constitucional ucraniana, sentencia n. 1-35 de 11 julio de 2001, in ICRC, Issues raised with regard to the Rome Statute of the International Criminal Court by National Constitutional Courts, Supreme Courts and Councils of State, 2003. Disponible en internet: <http://www.icrc.org>.

cas o sociales que sigan viendo la luz, como la intención de instituir una Corte Penal permanente en el ámbito internacional. El principio de nivel constitucional que legitima la cesión de soberanía nacional a favor de organizaciones internacionales supra-nacionales que persiguen la paz y la justicia entre las naciones podría constituir, en este contexto, la base jurídica para reconocer la jurisdicción de la CPI después de su institución.

En efecto, BALCARCE advierte que, actualmente, la soberanía estatal se encuentra condicionada por la globalización: el autor cita a título de ejemplo el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), organización internacional que formula unas recomendaciones (por ejemplo en materia de blanqueo de capitales o de financiación terrorismo) las que se adoptan por la mayoría de los países que forman parte de la misma organización ya que, en caso contrario, a estos países se les incluye en las conocidas “listas negras” o, en el caso específico de Latinoamérica, se les amenazan de cortar con las subvenciones o con el crédito internacional. Por lo tanto, dichas recomendaciones obligan “indirectamente” a introducir en las legislaciones penales internas de los países unas figuras delictivas que no siempre se adaptan bien a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y que constituyen una amenaza sobre el principio de soberanía estatal es materia de legalidad<sup>263</sup>.

En el ámbito del análisis de compatibilidad entre las Constituciones y el Estatuto de la CPI, ya el Preámbulo del Estatuto ofrece una variedad de

---

263 BALCARCE F. I., “El principio de la legalidad penal en la actualidad”, en *Revista de derecho Penal y Criminología*, ISSN 0034-7914, N.º. 1, 2011, pp. 173-192. Efectivamente no puede negarse la existencia de un conflicto derivado de la normativa internacional y su transposición al ordenamiento jurídico interno de cada país, sobre todo cuando las dos normativas internacional e interna entran en conflicto. Algunos Estados que forman parte de esas organizaciones o grupos internacionales trasladan a su legislaciones internas incluso unas disposiciones facultativas. Por ejemplo el Código penal español incorporó la Directiva Comunitaria sobre el blanqueo de capitales no obstante se tratara de una “facultad” de cada uno de los Estados.

valores<sup>264</sup> y principios como la protección de los derechos fundamentales, la fuerte preocupación para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, la promoción del Estado de Derecho y el perseguimiento de una justicia a nivel mundial, que son, sustancialmente, los mismos que están perseguidos en las Constituciones singulares de los Estados. Sin embargo, no han faltado problemas de compatibilidad entre particulares disposiciones constitucionales y el Estatuto de Roma, por ejemplo, con respecto a la prohibición de la pena de encarcelamiento perpetua, la prohibición de extradición, las inmunidades de derecho interno, o el principio del *ne bis in idem*.

Se pone de relieve, así, que a pesar de la jurisdicción ejercida por parte de un tribunal internacional como la CPI sobre de crímenes internacionales, los Estados tienen que tener en cuenta a las Convenciones Internacionales en tema de derechos humanos reconocidas por el Estatuto de la Corte<sup>265</sup>, a las obligaciones impuestas por el Estatuto que tienen fundamento en las Convenciones contra la Tortura de 1984 o la del 1948 para la represión del crimen de Genocidio, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 e, incluso, aquella sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, así como dar espacio a principios consuetudinarios clásicos como el de *aut dedere aut judicare* que es fundamental en el ámbito de las investigaciones penales. De esta forma, una lectura de las Constituciones que no tenga en cuenta a los vínculos internacionales o a las obligaciones pactadas en los Convenios Internacionales daría lugar a la violación de las obligaciones supra-nacionales a las que los Estados se han comprometido.

---

264 NERONI SLADE T., CLARK R. S., Preamble and final clauses, en R.S. LEE (Ed.), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*, La Haya, 1999, p. 421.

265 DUFFY H., *National Constitutional Compatibility*, op. cit., pp. 15-16.

#### 4.1.1 – Las inmunidades de Derecho Interno/Internacional

Con respecto a las inmunidades de derecho penal la mayoría de las Constituciones las prevén a favor de Jefes de Estado, Ministros, Parlamentarios: inmunidades *ratione materiae* que cubren los actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones; inmunidades *ratione personae*, debidas a las cargas políticas cubiertas por aquéllos. Está claro que si se trata de algún criminal proveniente de un Estado que no es Miembro de la Convención, el Estatuto<sup>266</sup> parece preocuparse por defender la posición de los Estados que no hayan ratificado el Tratado y las obligaciones de derecho internacional generalmente reconocidas en el ámbito de la inmunidad.

Países como Noruega, Dinamarca, o España han considerado que, por el carácter puramente simbólico de sus soberanos, no hay alguna incompatibilidad de las inmunidades de derecho interno con el Estatuto. Muchas Convenciones, como aquéllas citadas anteriormente, o los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, o incluso los principios de N. U., han prohibido el recurso a la carga de oficial para que no se persigan los presuntos criminales, principio que ya ha ascendido a rango internacional-consuetudinario, ya que busca de evitar la impunidad de criminales que cubren importantes cargas en sus respectivos Países<sup>267</sup>.

---

266 El art. 98 del Estatuto establece que:

“La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.

267 HUMAN RIGHTS WATCH, *The compatibility of the ICC Statute with certain constitutional provisions around the globe*, 2000. Disponible en internet: [http://hrw.org/campaigns/icc/docs/final\\_nopaper.pdf](http://hrw.org/campaigns/icc/docs/final_nopaper.pdf); DUFFY H., SUHR B., *The debate on*

#### 4.1.2 – La prohibición de extradición

Con respecto a la prohibición de extradición, un Estado que no es miembro de la Convención no tiene que extraditar a sus ciudadanos que hayan cometido crímenes contemplados en suelo de un Estado que sí lo es. En otras palabras, hoy en día no existen medios de coacción internacionales para hacer que los Estados se sometan a las peticiones de la CPI, sino que algunas Constituciones de varios Países (Eslovenia, Venezuela, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Alemania) parecen, incluso, contrastar con el deber de cooperación en este ámbito, mientras que otras Constituciones se adecuan a través de la recepción de Convenciones o Acuerdos Internacionales.

El Estado Italiano, por ejemplo, establece en su art. 26 de la Constitución que:

“l’estradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle Convenzioni Internazionali”<sup>268</sup>.

Si, además, se considera la diferencia de significado entre los términos “extradición” y “entrega” – refiriéndose la primera a otros Estados y la segunda a un tribunal internacional como lo es la Corte Penal Internacional – se superan los problemas de una eventual incompatibilidad con el Estatuto. Noruega, Moldavia y Ucrania, por ejemplo, han renunciado a la revisión constitucional sobre la base de estas consideraciones<sup>269</sup>.

---

*constitutional compatibility with the ICC, 2000*. Disponible en internet: [http://hrw.org/campaigns/icc/docs/constitutional\\_compatibility.pdf](http://hrw.org/campaigns/icc/docs/constitutional_compatibility.pdf).

268 Traducción literal al español:

“La extradición del ciudadano puede ser consentida sólo si expresamente prevista por las Convenciones Internacionales”.

269 Corte Constitucional ucraniana, decisión de 11 de julio de 2001; Corte Constitucional moldava, decisión de 2 octubre de 2001.

#### *4.1.3 – La prohibición de la cadena perpetua*

Con respecto a la pena de la reclusión perpetua eventualmente asignada en los casos de extrema gravedad del crimen o por la situación personal del condenado ex art. 77, párrafo 1, letra b, del Estatuto, varios Estados y sus respectivas Constituciones se oponen a la imposición de dicho tipo de sanción e incluso a la extradición de sus ciudadanos hacia Países que la prevean (como, por ejemplo Brasil y Portugal) considerándola un obstáculo para la finalidad educativa y resocializadora de la pena.

El art. 103, párrafo 1, letra b, del Estatuto prevé, con respecto a la función de los Estados en la ejecución de penas, lo siguiente:

“En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones de reserva para que sean aceptadas por la Corte y estén de conformidad con la presente Parte”.

A través de esta fórmula, los Estados están habilitados para sustraerse de acoger, por ejemplo, a criminales condenados a la reclusión a perpetuidad, pena que en su ordenamiento quedaría prohibida.

#### *4.2 – El caso italiano: ratificación del Estatuto, legislación de actuación, cuestiones constitucionales de compatibilidad con el Estatuto de la CPI*

Italia ha sido el cuarto País del mundo y el primer Estado en Europa que ha depositado en las manos del Secretario de Naciones Unidas el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de 1998, el que instituyó la Corte Penal Internacional, aunque no haya adoptado, hasta la fecha, la necesaria legislación de adecuación para dar plena efectividad a la Convención misma pactada.



El originario modelo de ley designado para la ratificación y la ejecución del Estatuto de la CPI contiene también la delegación al Gobierno para dicha adecuación en los art. 2, 3 y 4<sup>270</sup>; sin embargo, por la rápida exigencia de ratificación se adoptó únicamente y en primera instancia la ley de autorización<sup>271</sup> ya que para la correcta adecuación es necesario modificar el contenido de las normas de derecho penal, procesal penal, y unas normas de derecho constitucional relativas a la responsabilidad penal del Jefe de Estado<sup>272</sup>.

Lo que está claro, pues, es que se ha preferido, dada la importancia y la naturaleza política de dicho instrumento, que fuera ratificado lo antes posible, ya que las modificaciones legislativas necesarias requieren un mayor período y desgaste de tiempo<sup>273</sup>.

Los hechos más recientes han evidenciado la situación italiana, cuya inercia en el ámbito de la actuación y adecuación a las obligaciones derivadas

---

270 Designo de Ley A.S. n. 3594, XIII Legislación.

271 Ley n. 232 de 12 de julio de 1999

272 Hubo, también, el debate sobre la compatibilidad del art. 27 del Estatuto sobre "improcedencia del cargo oficial con el art. 90 de la Constitución Italiana relativo a la irresponsabilidad del Presidente de la República, aunque parte de los parlamentares consideraron que si el Presidente de la República hubiese cometido crímenes contra la humanidad, habría, al mismo tiempo, cometido el crimen de atentado a la Constitución.

273 La ley-delega anterior al Gobierno – conectada al decreto legislativo – fue entonces conferida en otro autónomo proyecto de ley que, pero, se quedó incumplido porque demasiado genérico según la Comisión Justicia de la Sala del Senado (Debate n. 412 de 6 de abril de 1999 de la Comisión Justicia del Senado). Se sucedieron la Comisión Pranzetti que fue encargada en los años 1998-2001 de elaborar un texto de trabajo para dar actuación a las obligaciones derivadas por el Estatuto y de las otras Convenciones de Derecho Internacional Humanitario, comisión que fue sustituida por la Comisión La Greca y Lattanzi que prepararon solamente un proyecto de ley-delega (1999-2002), y posteriormente por la Comisión Conforti que terminó su legislación en 2003 con dos proyectos nunca rendidos públicos y la Comisión Scandurra que instituida por el Ministro de la Defensa durante la XIV Legislatura (2002-2004), concluyó sus trabajos con otro proyecto de ley-delega, aprobado por el Senado el 18 de noviembre de 2004, proyecto que, también, nunca fue examinado. De la misma manera decayeron los proyectos de ley presentados durante la XIV Legislación que en realidad no contenían alguna ley delega al Gobierno sino una disciplina detallada para la adecuación de las obligaciones derivadas por el Estatuto de la CPI. En la XV Legislación fueron, también, presentados y decaídos otros dos proyectos de leyes y actualmente siguen pendiente en la espera de ser examinados ya que han sido sistemáticamente reenviados hasta el año 2010.

por el Estatuto ha llegado al punto tal que una persona indagada de crímenes gravísimos como aquellos sobre los que tiene competencia la CPI podría encontrarse en Italia sin que el juez italiano pudiese reconocer y ejecutar su mandato de arresto – por la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de cooperación judicial con la CPI – es decir, podría transitar libremente en Italia, nación que podría, por lo tanto, considerarse como meta privilegiada para los criminales de guerra<sup>274</sup>. Frente a esta situación han sido propuestos ulteriores diseños de ley sobre la adaptación en el ordenamiento interno del Estatuto de Roma que pero no han encontrado algún desarrollo o éxito. Además se presentaría, otra vez más, la cuestión de compatibilidad con las eventuales peticiones de arresto contra el Jefe de Estado o los Ministros, cargos cuyo fin, especificado por la Constitución, es el libre ejercicio de sus funciones, que equivale a tutelar y garantizar la integridad e independencia del Estado democrático de Derecho, y por tanto estarían cubiertos por las inmunidades de derecho internacional. Con respecto a la compatibilidad con las normas internacionales, la Constitución italiana, además, contiene normas de abertura al derecho internacional: los art. 10, 11 y 117 que se preocupan de actuar en modalidades diferentes las normas supra-nacionales.

El art. 10, párrafo 1, establece la adecuación automática a las normas de derecho internacional, generalmente reconocidas, que se van a equiparar a las normas constitucionales en los siguientes términos:

“L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”.<sup>275</sup>

---

274 Interrogación y respuesta en comisión, AC 5/00234 de 17 de julio de 2008, firma de R. Bernardini e M. Meccacci.

275 Traducción literal al español:

“El ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas”.

El único límite para estas normas reside en los principios supremos de la Constitución, que teniendo valor superior no pueden ser ni modificados en su contenido esencial por las leyes de revisión constitucional, o por otras leyes constitucionales. Sin embargo, la Consulta ha establecido que por “normas de derecho internacional generalmente reconocidas” se entienden las normas consuetudinarias generalmente reconocidas, mientras que se quedarían fuera de este ámbito aquellas acordadas convencionalmente, a través de Tratados Internacionales bilaterales o multilaterales, con los Estados<sup>276</sup>.

El art. 11 de la Constitución italiana, a la vez, establece:

“L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.<sup>277</sup>

La disposición – que en principio había sido prevista para la adecuación a la institución de Naciones Unidas – indica que el ordenamiento italiano consiente las limitaciones de soberanía derivadas por la evolución del de-

---

276 Corte Constitucional Italiana, sentencia n. 348 de 2007, punto 3.4; una interpretación evolutiva de la Corte Const., sentencia n. 349 de 2007, punto 6.1, considera cubiertas por el art. 10 de la Constitución Italiana también las normas pactadas en Tratados Internacionales si esas reproduzcan principios o normas consuetudinarias de derecho internacional, aunque eso no significa que todas las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma sean meramente reproductivas de los principios generales del ordenamiento internacional o supra-nacional.

277 Traducción literal al español:

“Italia rechaza la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los pueblos y como medio de solución de controversias internacionales; consiente en condiciones iguales con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece a las organizaciones internacionales que detengan dichos fines”.

recho internacional y comunitario<sup>278</sup>, independientemente de su jerarquía en el ámbito de las fuentes internas, si bien de conformidad con los principios fundamentales y en defensa de los derechos humanos de su sistema constitucional<sup>279</sup>. Se consienten, por lo tanto, esas limitaciones de soberanía necesarias para instituir, por ejemplo, instituciones u organizaciones internacionales supra-nacionales, de carácter permanente, con personalidad jurídica propia y representación internacional, como se consideraría, de hecho, la Corte Penal Internacional. Sin embargo, mientras que a través de esta interpretación del art. 11 de la Constitución Italiana se ha reconocido, por ejemplo, la institución de la Unión Europea como instrumento de integración y cooperación entre los Estados y para los mismos fines de defensa de la paz, seguridad, justicia y libertad internacional, por otro lado, se ha negado dicha calificación a la Corte Europea de los Derechos Humanos la que, instituida por la CEDU, no ha dado lugar a ningún ordenamiento jurídico supra-nacional que pueda legislar o crear obligaciones vinculantes para los Estados. El caso de la Corte Penal Internacional es más parecido al de la Unión Europea, ya que se han cedido competencias y se ha creado una Asamblea de Estados-Partes que delibera a mayoría calificada en unos casos<sup>280</sup>. Las argumentaciones que considera-

---

278 GONZÁLEZ CAMPOS J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA R., *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2002, p. 74. Al no existir en la sociedad internacional una autoridad legislativa superior a los Estados, el consentimiento de cada Estado, en cuanto expresión de la soberanía estatal, más el consenso común, constituyen los elementos básicos para que puedan surgir las normas internacionales y para que puedan establecerse derechos y obligaciones.

279 En este sentido Corte Constitucional Italiana, sentencias n. 399 de 1987, n. 183 de 1973 y 187 de 1977.

280 Casos como, por ejemplo, para la adopción y modifica del Reglamento de Procedimiento y Prueba (art. 51 del Estatuto), de los Elementos de los Crímenes (art. 9 del Estatuto), la elección de los magistrados (cada Estado podrá proponer sus candidatos), el Fiscal y su equipo (art. 36, párrafo sexto, letra a), y 42, párrafo cuarto, del Estatuto), la aprobación del presupuesto (art. 112, párrafo segundo, letra d), del Estatuto), el examen de cada cuestión relativa a la falta de cooperación de algún Estado-Miembro (art. 112, párrafo segundo, letra f, del Estatuto), Asamblea en las que Italia está presente y tiene su poder de representación. El art. 112 del Estatuto de la CPI, a confirmación, establece: "Cada Estado Parte tendrá un voto. La Asamblea y la Mesa harán todo lo posible por adoptar sus decisiones por consenso. Si no se pudiere llegar a un consenso y salvo que

rían la institución Corte Penal Internacional, como la Unión Europea, cubierta por el art. 11 de la Constitución, deberían fundarse, en principio, sobre la definición de ordenamiento jurídico supra-nacional<sup>281</sup>, que, analizada nos demuestra unas contradicciones: mientras que unas cuantas normas emanadas por los órganos de la Unión Europea, como, por ejemplo, las decisiones, tienen efecto directo o directa aplicación en el ordenamiento interno de los singulares Estados-Miembros<sup>282</sup>, las decisiones de la Corte Penal Internacional para encontrar actuación necesitan necesariamente de la intervención y mediación del Estado, además de que su competencia es meramente residual y subsidiaria con respecto a la jurisdicción penal interna de los singulares Estados<sup>283</sup>.

Por lo visto, la interpretación más favorable que resolvería las cuestiones de constitucionalidad relativas a las normas de la CPI, parece fundarse sobre el art. 117, primer párrafo, de la Constitución Italiana, que, modificado mediante la ley 3/2001, establece que:

---

en el presente Estatuto se disponga otra cosa: a) Las decisiones sobre cuestiones de fondo serán aprobadas por mayoría de dos tercios de los presentes y votantes, a condición de que una mayoría absoluta de los Estados Partes constituirá el quórum para la votación; b) Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se tomarán por mayoría simple de los Estados Partes presentes y votantes”.

281 Corte Constitucional Italiana, sentencia n. 348 de 2007, punto 3.3: un sistema más vasto, de cuyos órganos deliberativos puedan ser emanados normas vinculantes, sin alguna intervención del Estado, para todas las autoridades internas a los Estados Miembros.

282 La aplicación directa no derivaría por la abertura consentida por el art. 11 de la Constitución sino por las normas del Tratado de Roma que define y regula los efectos de estas fuentes al interno de los sistemas jurídicos de los Estados-Miembros (art. 249 del Tratado). En este sentido la sentencia de la Corte Constitucional Italiana n. 183 de 1973, puntos 3 y 4.

283 BENVENUTI P., “Italy, implementation of the ICC Statute in national legislation”, en KREß C., LATTANZI F. (Eds.) *The Rome Statute and Domestic Legal Order*, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues, Ed. Il Sirente, Nomos, Baden Baden, 2000, p. 130; Corte Constitucional Italiana, sentencia n. 349 de 2007, punto 6.2.

“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.<sup>284</sup>

El deber de cumplir con las obligaciones derivadas por el ordenamiento comunitario y aquellas internacionales comporta, por un lado, el condicionamiento o la influencia de la ley internacional sobre el contenido de la ley nacional emanada por el Estado o por las Regiones Italianas<sup>285</sup>, y por otro que, en caso de violación de las obligaciones de derecho convencional se violaría también el art. 117 de la Constitución, ya que ese artículo se reenvía al respecto de las fuentes internacionales, que constituirían el parámetro de referencia aunque éstas no detengan rango constitucional y se sitúen a la mitad entre la Constitución y las leyes ordinarias<sup>286</sup>. Además, estas fuentes necesitan de previa verificación de compatibilidad, *in primis*, con los principios y derechos fundamentales de la Constitución, y, de forma secundaria, hay que comprobar la conformidad de ambas normas internacional y de derivación por legislación ordinaria con la Constitución ya que, en caso contrario serían declaradas “inadecuadas a integrar el parámetro” y serían inmediatamente expulsadas del ordenamiento italiano<sup>287</sup>.

Con referencia a las principales cuestiones relativas a la compatibilidad de las disposiciones del Estatuto con la Carta Constitucional italiana, hay que destacar la primera relativa a las medidas cautelares que, en Italia para su correcta disposición y ordenación, requieren de la obligación de motivación de las exigencias cautelares, la garantía de legalidad y tipicidad que,

---

284 Traducción literal al español:

La potestad legislativa está ejercida por el Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, así como de los vínculos derivados por el ordenamiento comunitario y por las obligaciones internacionales.

285 Corte Constitucional Italiana, sentencia n. 348 de 2007, punto 4.2.

286 *Ibidem*, punto 4.5.

287 Corte Constitucional Italiana, sentencia n. 349 de 2007, punto 6.2 y n. 348, cit, punto 4.7.

en principio, parece ser traicionada por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A través del examen de la jurisprudencia de la CPI parece ser resuelta esta primera cuestión, ya que la petición de aplicación del mandato de arresto hecha por el Fiscal a la Corte está sucedida por el verdadero mandato de arresto dispuesta por la Sala de lo Preliminar, que es contenedor de dichas exigencias cautelares, que estarían en la base de la limitación de libertad personal dispuesta. Para la ejecución del mandato de arresto la Corte enviaría a los Estados, en cuyo territorio se encuentre la persona objeto de búsqueda y entrega, toda documentación y información necesaria para satisfacer el procedimiento de entrega, entre la cual cabe destacar la decisión misma de la Corte sobre la petición del mandato de arresto hecha por el Fiscal, decisión que acabamos de mencionar precedentemente, acto necesario e indispensable para la Constitución Italiana, que satisfaría los requisitos formales y de legalidad para dar ejecución a dicha medida, es decir, la obligación de motivación de la medida cautelar.

Otra cuestión que ha causado debate ha sido aquella relativa a la inadmisibilidad de los actos de clemencia nacionales – también aquellos emanados por el Estado-huésped – relativos a los criminales internacionales, actos que no constituyen para la CPI un obstáculo ni para la evaluación de la autenticidad de dichos procedimientos, ni para la activación de la jurisdicción de la misma Corte, ya que esa detiene el monopolio en el ámbito de la ejecución de las penas o sanciones, superando, de esta forma, los riesgos y peligros de paralización de los procesos penales internacionales conducidos por la CPI, tribunal supra-nacional que detiene una jurisdicción que, como hemos visto, es complementaria y residual<sup>288</sup>.

---

288 AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazionale ed Europeo, Giuffrè, 2 ed., Milano, 2010, pp. 39-40.

Todo esto estaría consentido por el art. 117, primer párrafo, de la Constitución italiana, el que, por lo visto, establece el respeto de las obligaciones internacionales pactadas y, en este caso, el respeto de la jurisdicción, si bien complementaria y residual, de la CPI, que puede activarse en los casos de inercia o de falta de voluntad de persecución de los criminales internacionales de los Estados. De aquí derivaría, también, la inconstitucionalidad de aquellos procedimientos de amnistía sobre presuntos criminales internacionales, la cual podría ser relevada, por último, por el juez ejecutor.

Llegamos a la cuestión de mayor importancia, es decir aquella relativa a las antinomias generadas con los principios constitucionales italianos que sí imponen el respeto del principio de legalidad. Los perfiles que se han revelado como objeto de debate a este respecto y que podemos confirmar son aquéllos relativos a la falta de determinación de las penas previstas en el Estatuto de Roma, las que son muy genéricas y confieren a los jueces demasiada discrecionalidad a la hora de dictar la pena, así como la fase del procedimiento de revisión de la pena, que parece destacarse por la falta de garantías para los imputados, incluso en el momento de la ejecución de la pena: las autoridades italianas podrían tranquilamente obstaculizar la entrega de presuntos imputados criminales internacionales.

*5 – Un quid pluris: las relaciones con el Consejo de Seguridad de la ONU y la falta de ratificación del Estatuto por los “poderosos”. En particular el caso de los Estados Unidos de América.*

Hay que señalar que tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas – China, Rusia y Estados Unidos – no han ratificado el Estatuto de la CPI y estarían preparados a



dar el veto<sup>289</sup> impidiendo el diferimiento a la Corte, no sólo cuando sus ciudadanos se hayan visto implicados, sino también cuando los ciudadanos de sus aliados hayan cometido un crimen<sup>290</sup>.

En efecto, según el artículo 12 del Estatuto la Corte puede juzgar a personas acusadas de tales delitos en cuatro situaciones:

a) si el delito ha sido cometido en el territorio de un Estado que haya ratificado el Estatuto;

b) si el delito ha sido cometido por un nacional de un Estado que haya ratificado el Estatuto;

c) si el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite a la Corte una situación que constituya un quebrantamiento o una amenaza de la paz y de la seguridad internacionales;

d) si un Estado que no haya ratificado el Estatuto acepta la competencia de la Corte con respecto a un delito cometido en su territorio o por uno de sus nacionales.

Y, a su vez, el art. 16 del mismo Estatuto concierne la posibilidad para el Consejo de Seguridad de pedir a la Corte que no inicie o que suspenda

---

289 BROOMHALL B., *International Justice & the International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003, p. 82.

290 Sobre el poder de veto véase BERGSMO M., "The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, articles 11-19)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/4, 1998, pp. 29-47, p. 42. El autor evidencia la posición de India sobre la cuestión: "que el poder de bloquear es en algunos aspectos incluso más difícil de entender o aceptar. Por un lado, se argumenta que la Corte Penal Internacional se creó para juzgar los crímenes de la magnitud más grave. Por otro lado, se argumenta que por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se podría requerir que a quienes hayan cometido estos delitos se les permitiese escapar de la justicia, si el Consejo así lo ordena. En el momento en que se admite este argumento, la Conferencia acepta la proposición de que la justicia podría socavar la paz y la seguridad internacionales".

por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya ya iniciado<sup>291</sup>.

En Europa, y en igual medida en América Latina, el sistema de la CPI no establece únicamente la competencia subsidiaria de la Corte Penal Internacional para juzgar los crímenes internacionales más graves – ya citados anteriormente – de conformidad con las palabras del Estatuto, sino que también, y en conformidad con el principio de complementariedad de las jurisdicciones nacionales, se impulsa el desarrollo del derecho penal internacional por medio del derecho penal nacional<sup>292</sup>.

A pesar de estos datos, los Estados Unidos de América, la máxima superpotencia contemporánea, sigue oponiéndose al sistema del Estatuto de Roma. Para este país el sistema penal internacional así delineado constituye una normativa inaceptable ya que, a través del mismo, se permite la posibilidad de enjuiciar también a sus propios ciudadanos<sup>293</sup>.

---

291 Para llegar a un consenso, se propuso, in primis, la llamada "propuesta Singapur" según la cual ninguna investigación o juicio habrían sido iniciados o continuados cuando el Consejo, actuando según el capítulo VII de la Carta, hubiese dado una instrucción a tal efecto. Esta propuesta no tuvo éxito y fue enmendada por una propuesta de Canadá que recomendó un período renovable de doce meses para la suspensión, por una de Costa Rica que incluía el requerimiento de una decisión formal y específica del Consejo, y por una propuesta británica para reemplazar la palabra "instrucción" por "requerimiento", lo que dio finalmente lugar al actual artículo 16. Para profundizar más el tema véase: JAIN N., "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", en *European Journal of International Law*, vol. 16 n.º 2, 2005, p. 246; STAHN, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", en *European Journal of International Law*, n.º 14, vol. 1, 2003, p. 89; YEE, "The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13 (b) and 16", en ROY L. (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results, The Hague, Kluwer Law International*, 1999, pp. 150-151; ESCUDERO ESPINOZA, *La CPI y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la Justicia*, Madrid, Dilex, 2004, p. 166.

292 GRAMMER C., "El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del Derecho Penal Internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina", en AMBOS, K., MALARINO, E., WOISCHNIK (Eds.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, Uruguay, 2005, p. 55.

293 JAIN N., "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", op. cit., pp. 240-241. El autor señala que las resoluciones 1422 y 1487 del Consejo que excluyen la jurisdicción de la Corte consti-

En efecto, lo que quiso Estados Unidos, fue obtener la inmunidad ante la CPI para sus nacionales, y sobre todo, para aquellos implicados en las misiones de N.U. para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>294</sup>.

Los miembros del Consejo, a pesar de la amenaza de Estados Unidos de bloquear el sistema de seguridad colectiva de la CPI, consideraron el acuerdo logrado con las resoluciones 1422 y 1423<sup>295</sup> como imprescindible, ya que por un lado renovó el mandato de la UNMIBH y por otro permitió que Estados Unidos volviera a pagar su cuota, correspondiente al 25% del presupuesto de las operaciones de mantenimiento de paz de Naciones Unidas. Posteriormente, la Resolución 1487<sup>296</sup> renovó la petición contenida en la Resolución 1422, pero en este caso la resistencia a su aprobación – por el miedo o preocupación que esta práctica se convirtiese en

---

tuyen el resultado de la fuerte oposición – a través de persistentes demandas – de Estados Unidos a su competencia jurisdiccional, con el fin de evitar el ejercicio de su jurisdicción sobre sus tropas en cuanto miembros de misiones de mantenimiento de paz. (Véase, también, STAHN, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", op. cit., p. 86; BOLLO AROCENA M. D., "La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la CPI por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas", en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XX, Pamplona, Universidad de Navarra, 2004, p. 378.).

294 Al principio, Estados Unidos solicitó al Consejo que la inmunidad de la jurisdicción de la CPI para sus soldados en Bosnia y Herzegovina estuviera garantizada por un período de un año por miedo a que su personal militar fuese objeto de "persecuciones injustificadas". En consecuencia al rechazo de esta propuesta, el 30 de junio del 2002 Estados Unidos vetó la renovación de las fuerzas de mantenimiento de paz en Bosnia y Herzegovina hasta el 31 de diciembre y la prórroga fue concedida hasta el 3 de julio del mismo año, es decir, por sólo tres días (Res. 1420, de fecha 30 de junio del 2002, sobre "la situación en Bosnia y Herzegovina"), mandato que fue posteriormente renovado hasta el 15 de julio (Res. 1421, de fecha 3 de julio del 2002, sobre "la situación en Bosnia y Herzegovina").

295 Pocos días después, se dictaron ambas resoluciones 1422 (Res. 1422, de fecha 12 de julio de 2002, sobre "el mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas) y 1423 (Res. 1423, de fecha 12 de julio de 2002, sobre "la situación en Bosnia y Herzegovina") referidas, respectivamente, a la exclusión de la jurisdicción de la CPI de los miembros de las misiones de mantenimiento de paz, en el marco del art.16 del Estatuto, y a la renovación del mandato de la UNMIBH hasta el 31 de diciembre del 2002.

296 Res. 1487, de fecha 12 de junio de 2003, sobre "el mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas".

algo habitual – fue aún mayor y tuvieron lugar, por ejemplo, la abstención de Francia, Alemania y Siria<sup>297</sup>.

Por lo visto, el resultado de estas resoluciones que acabamos de mencionar consistió en la aceptación de una diferenciación entre los miembros de las misiones de paz que pertenecen a Estados no parte del Estatuto de la CPI, y miembros de misiones de paz de Estados parte, ya que sólo los primeros se beneficiaron de la exención de la aplicación del Estatuto por doce meses ante la comisión de crímenes de competencia de la CPI. Tal excepción rompe con el carácter no discriminatorio que detendría, en principio, el derecho penal internacional y por tanto la CPI. Sin embargo, dicha diferenciación constituyó un mal menor en comparación con la reti-

---

297 La situación suscitó la preocupación del Secretario General de N. U. el que se pronunció sobre el tema, declarando, al inicio de la sesión del Consejo para la aprobación de la misma Resolución, que: “Al adoptar esa decisión el Consejo estará invocando una vez más el artículo 16 del ER. Entiendo que el propósito de ese artículo no era abarcar una solicitud de tal envergadura sino una más precisa relativa a una situación concreta. [...]; No obstante, deseo que conste en actas que, además de albergar reservas sobre su conformidad con el artículo 16 del ER, considero que la petición no es necesaria. [...]; [...] las personas que prestan servicios en misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas siguen estando bajo la jurisdicción de sus Estados de origen. Cuando quiera que se acuse a una de ellas de cometer un delito durante una misión, dicha persona es repatriada de inmediato y los tribunales nacionales de su propio país se ocupan de su causa; [...] En virtud del artículo 17 del ER, ninguna causa es admisible en la CPI si ya ha sido o es objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre ella y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; [...] No obstante, permítaseme manifestar la esperanza de que esto no se convierta en una rutina anual. De ser así, me temo que la interpretación que le daría el mundo a ello es que el Consejo desea reclamar inmunidad absoluta y permanente para las personas que presten servicios en las operaciones que establece o autoriza. De ocurrir esto, se socavaría no sólo la autoridad de la CPI y la autoridad del Consejo, sino también la legitimidad de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas” (Intervención del secretario general de Naciones Unidas en la 4772.<sup>a</sup> sesión del Consejo de Seguridad (S/PV.4772) celebrada el jueves 12 de junio del 2003). A pesar de la preocupación de Estados como, por ejemplo, Canadá o Nueva Zelanda de garantizar, a través de este sistema derivado por estas resoluciones, la impunidad para los delitos contra el derecho internacional, la situación que pareció que constituyera más una verdadera amenaza a la paz y seguridad internacionales fue, más que una situación conflictiva internacional en sí mismo, la eventual falta de apoyo de las tropas estadounidenses a las misiones de N. U.

rada de Estados Unidos de las misiones del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En conclusión, con respecto a la posición de EE.UU., por un lado, no siendo parte del Estatuto no se ve afectado por ninguna de las obligaciones derivadas por el susodicho, y, por otro, no está obligado a entregar sus nacionales a la CPI. En efecto, en virtud del principio de complementariedad la competencia de la CPI y, por lo tanto, también la persecución penal de los ciudadanos del propio país es susceptible de evitarse mediante una persecución eficaz en el ámbito interno, evitando, de este modo, la eventual condena de sus nacionales y adoptando, así, medidas legislativas orientadas a descartar a escala nacional la impunidad de los crímenes sobre los que la CPI resulta competente.

Más aún, el de los Estados Unidos de América representa el caso más polémico, ya que el 2 de agosto de 2002 el Congreso de EE.UU aprobó la *American Service Members' Protection Act* (Acta de Protección del Personal de Servicio Estadounidense) con el fin de debilitar a la Corte prohibiendo: a los gobiernos y a los organismos federales, estatales y locales estadounidenses, tribunales incluidos, la asistencia a la Corte; la extradición de cualquier persona de EE.UU. a la Corte; a los agentes del Tribunal de llevar a cabo investigaciones en los Estados Unidos; incluso cualquier ayuda militar de EE.UU. a los países Miembros en la Corte. Además, a través del mismo instrumento, se autorizó al presidente de los EE.UU. a utilizar "todos los medios necesarios y adecuados para lograr la liberación de cualquier personal estadounidense o aliado detenido o encarcelado, en nombre de, o a solicitud de la Corte Penal Internacional"<sup>298</sup>.

---

298 "Derecho Penal Internacional", *Revista de la Segunda Cohorte del Doctorado*, Seguridad Estratégica, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2015, p. 59; Sección 2004 de la American Servicemembers' Act. Prohibition on cooperation with the International Criminal Court. Disponible en internet: <http://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm>.

Además, si tenemos en cuenta el artículo 98 del Estatuto de la CPI el que establece:

“La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”;

Estas normas establecen una forma de evitar el cumplimiento de las resoluciones de la Corte cuando exista un tratado internacional que proteja al nacional de otro estado que no sea parte del Estatuto<sup>299</sup>.

Estados Unidos ha hecho uso de esta situación que se preveía excepcional en los casos, estableciendo tratados de cooperación con diversos países en los términos que señala el artículo que acabamos de mencionar. A través del ejercicio de una fuerte presión política, este País ha efectuado una campaña de gran alcance, por medio de la cual ha tratado de concertar con todos los Estados los conocidos como “Acuerdos de no entrega” (Acuerdos Bilaterales de Inmunidad), que, como su propio nombre indica, prohíben la entrega a la CPI de los ciudadanos estadounidenses en tales

---

299 BENZING M. "U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties", en *Max Planck UNYB* 8, 2004, p. 187.

supuestos. Todo esto no significa que un nacional estadounidense no pueda ser entregado a la CPI por un Estado-Parte en cuyo territorio haya cometido uno de los crímenes de jurisdicción de la Corte, ya que en este caso la competencia sería exclusivamente del Estado-Parte en cuestión por el conocido principio de territorialidad que autoriza al Estado en el que el hecho fue cometido a encomendar a sus tribunales nacionales la persecución del criminal por aquellos crímenes cometidos<sup>300</sup>.

Los hechos históricos demuestran que a partir del año 2003 Estados Unidos decidió, además, poner fin a la ayuda militar y económica a los países que decidieran no acceder a convenir un tratado de exclusión sobre la base de ese artículo 98 del Estatuto. Este medio de presión, con el cual en junio de 2005 ya había logrado convenir acuerdos con más de cien países<sup>301</sup>, no fue aceptado por varios Estados que, por lo tanto, vieron afectadas sus relaciones militares y económicas por parte de Estados Unidos. Estos Estados fueron, entre otros, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú, Sudáfrica, Venezuela y otros países de África y América Latina.

Algunos de estos países como Brasil, Costa Rica, Paraguay, Uruguay y Venezuela han rechazado públicamente la celebración de acuerdos de no entrega a pesar de la fuerte presión ejercida por EE.UU. Otros países más pequeños y en situación de especial dependencia frente a EE.UU. no han sabido o podido resistir a tal presión política<sup>302</sup>.

Más recientemente, la resolución 1970/2011<sup>303</sup> del Consejo de Seguridad de la ONU ha deferido a la Corte la situación libia, excluyendo eventuales

---

300 Véase art. 12 del Estatuto cit. en párrafo 2, cap. IV.

301 Según la Coalición por la Corte Penal Internacional, hasta diciembre del 2006, más de cien países habían firmado Acuerdos Bilaterales de Inmunidad. En: [http://www.iccnw.org/documents/CICCFBS\\_BIAstatus\\_current.pdf](http://www.iccnw.org/documents/CICCFBS_BIAstatus_current.pdf).

302 Para un resumen de las posiciones de los Países que han firmado o no los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad véase: [http://www.iccnw.org/documents/BIADB\\_Current.pdf](http://www.iccnw.org/documents/BIADB_Current.pdf).

303 Res. 1970/2011, del Consejo de Seguridad de N. U. sobre "Paz y seguridad en África".

crímenes cometidos en territorio libio por parte de ciudadanos de Estados que no han ratificado el Estatuto empeñados en misiones autorizadas por las Naciones Unidas.

En principio, resulta muy extraño que un ciudadano estadounidense cometa uno de los crímenes de competencia de la CPI y que no sea investigado por los tribunales internos nacionales, sobre todo si se tiene en consideración que hablamos de un país como EE.UU., en el que parece estar consagrada la más antigua y estable democracia del mundo para la protección y defensa de los derechos humanos. El problema que se manifiesta es que, con gran probabilidad, EE.UU. teme que se le pueda aplicar abusivamente el principio de complementariedad y, por tanto se le puedan formular acusaciones motivadas exclusivamente por factores políticos y que vea comprometida su posición a nivel internacional, teniendo en cuenta, además, el número de efectivos acuartelados fuera de su territorio en misiones de considerable importancia. No hay que olvidarse, entre otras cuestiones, que el filtro de la Sala de las Cuestiones Preliminares, órgano judicial autónomo y encargado de establecer la admisibilidad o no de la demanda de persecución sometida a la Corte, constituye, al mismo tiempo, el medio para prevenir estas hipótesis y eventualidades en las que existirían, de forma subyacente, eventuales abusos por motivos políticos. Está en la opinión pública creer o no en la validez de ciertos mecanismos jurídicos ya previstos en el Estatuto que, conjuntamente al principio de complementariedad, refuerzan e intentan dar la mayor consistencia y certeza posible al sistema penal internacional, sin que se dude, como suele ocurrir, de la posición de Estados Unidos de América, que ya hace muchos años domina el contexto internacional a través de su peso y poder político y sus medios de negociación, que en algunas ocasiones se han revelado no demasiado diplomáticos. La Unión Europea, a su vez, y aprovechando también su peso político, podría contraponerse en la justa



medida a aquella presión ejercida por EE.UU. intentando, por otro lado, siempre que conozca de ciertos casos, de intermediar y ponerse de obstáculo a la conclusión de esos acuerdos bilaterales de no entrega<sup>304</sup>.

En conclusión particular, no podemos más que aspirar a que, en un futuro, el apoyo a la ratificación del Estatuto de Roma por esta gran potencia nos lleve a evitar las existentes desigualdades entre los diferentes Estados, así como el planteamiento de ciertas dudas que hoy en día siguen, obviamente, persistiendo y, además, esperar a que se realicen mayores esfuerzos pro ratificación a nivel regional, especialmente en aquellas regiones que todavía cuentan con una baja representación en la CPI, como Asia y Medio Oriente, y así, se reconozca, finalmente, a la Corte Penal Internacional como institución global y con jurisdicción universal.

#### *6 – La tipificación de los crímenes en el Estatuto de Roma de 1998*

La inexistencia de un poder legislativo central e institucionalizado en la Comunidad internacional ha conferido al Tratado internacional una importancia primordial como medio de creación y de codificación de las normas internacionales no escritas, así como de aquéllas que se caracterizan por su falta de precisión, al encontrarse dispersas en varios tratados<sup>305</sup>.

A pesar de que la tipificación internacional penal se realice a través del instrumento más puro que es aquél del tratado internacional, el que contribuye a la codificación del Derecho internacional, es posible, también, que la interacción entre tratado y costumbre pueda producir efectos de

---

304 GRAMMER C., “El sistema del Estatuto de Roma...”, op. cit., p. 59.

305 DIEZ DE VELASCO M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 16 ed., 2007, p. 144. El autor afirma que en el ámbito del Derecho internacional el instrumento de tipificación internacional penal por excelencia es el tratado internacional.

cristalización<sup>306</sup> o surgimiento de normas internacionales penales de carácter general en los supuestos en los que aún no se haya consolidado su vigencia en este ámbito, cuestión que, como veremos después, ha causado una serie de problemas jurídicos<sup>307</sup>.

Como confirmación, el Estatuto de la CPI define por vez primera vez en la historia el delito de lesa humanidad en su artículo 7, lo que conlleva la cristalización de este delito como norma consuetudinaria general. Se pasa así del efecto cristalizador al declarativo, lo que conlleva que la costumbre ya existente sea recogida y precisada por escrito a través de un tratado multilateral<sup>308</sup>.

La práctica internacional nos confirma la existencia de numerosos tratados internacionales que se ponen como objetivo el de castigar a los autores de determinadas conductas delictivas<sup>309</sup>.

---

306 Se trata del efecto cristalizador que supone la consolidación de una norma consuetudinaria *in status nascendi*, es decir, en vía de formación, a través de la adopción de un tratado multilateral que recoge el mismo contenido de la conducta objeto de práctica consuetudinaria anterior al tratado con el resultado de que la norma cristalizada en el ámbito consuetudinario obliga a todos los Estados que no se hayan opuesto expresamente a la misma y, en el ámbito convencional a todos los Estados partes en el tratado.

307 HUESA VINAIXA R., "El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1994*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 163.

308 JIMÉNEZ PIERNAS C., La interacción normativa entre costumbre y tratado y entre costumbre y resoluciones de la AG, en JIMÉNEZ PIERNAS C. (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española y de la Unión Europea*, Adaptado al EEES, Madrid, 2011, p. 130. Este efecto precisa el elemento material y aquel espiritual de la costumbre, una vez que el tratado internacional entre en vigor, a partir del cual momento se dará la circunstancia de que un determinado contenido de conducta rige paralelamente sea en el ámbito consuetudinario (para los Estados que han seguido cierta práctica concordante con aquel contenido de conducta) y en aquel convencional (para los Estados parte en el tratado que declara la norma consuetudinaria). Un ejemplo de efecto declarativo son las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, recogidas en el artículo 8.2, letra c, del Estatuto de la CPI.

309 Cabe citar entre los delitos tipificados por los Tratados internacionales: la falsificación de moneda tipificada por el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda de 20 de abril de 1929; la esclavitud por la Convención sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926, el Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud, adoptado por la AGNU en 23 de octubre de 1953, y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas

THIAM, por ejemplo, señala que hay tres categorías de conductas punitivas contenidas en los tratados internacionales:

- 1) delitos de Derecho internacional propiamente dichos o delitos contra los valores de la sociedad internacional;
- 2) delitos nacionales que se han convertido en delitos internacionales a través de su tipificación en un tratado internacional;
- 3) delitos internos que, a consecuencia de la concurrencia de diferentes circunstancias, pasan a ser delitos internacionales<sup>310</sup>.

Ahora bien, El Estatuto de la CPI tipifica cuatro clases de delitos: los delitos de guerra, el delito de genocidio, los delitos de lesa humanidad y el delito de agresión (art. 5). A pesar de la existencia de una *opinio iuris* sobre el carácter internacional de los crímenes<sup>311</sup> recogidos en el Estatuto

---

análogas a la esclavitud de 30 de abril de 1956; los crímenes de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; el trabajo forzoso por el Convenio sobre el trabajo forzoso de 28 de junio de 1930; el genocidio por el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948; el apartheid por la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid de 30 de noviembre de 1973; los crímenes de guerra por los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949: el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra y el Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (Convenios complementados por los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional); la trata de personas y la prostitución ajena por el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución de 21 de marzo de 1950; la piratería en alta mar por la Convención sobre alta mar de 29 de abril de 1958; el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas por el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971, la Convención Única sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961 y la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988; la tenencia de armas de fuego por el Convenio europeo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas de fuego por particulares de 28 de junio de 1978, etc.

310 THIAM D., Primer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, Doc. A/CN/4/364.

311 ORIHUELA CALATAYUD E., "Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales", en ESCOBAR HERNÁNDEZ C. (Ed.), Creación de una jurisdicción penal internacional, Escuela diplomática, Madrid, 2000, p. 252; GONZÁ-

ya que los mismos afectarían a intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, los últimos dos crímenes mencionados carecen de un instrumento convencional en el que se disponga su definición. Por el otro lado el Estatuto de la CPI ha tipificado los otros dos delitos que tienen una base consuetudinaria indiscutible (el delito de genocidio y delitos de guerra) generando, así, el llamado efecto cristalizador que incluso podría llevar a tener un efecto generador de nuevas normas consuetudinarias<sup>312</sup>.

Si bien los tratados internacionales generalmente tipifican delitos internacionales no prevén, al mismo tiempo, las consecuencias jurídicas de los mismos, es decir, las sanciones, ni disponen la garantía jurisdiccional, es decir, el establecimiento de un órgano jurisdiccional internacional competente para conocer de tales delitos internacionales tipificados ni el correspondiente tipo de proceso<sup>313</sup>.

El Estatuto de la CPI representa la excepción a esta regla general ya que, en primer lugar, tipifica o define las conductas punibles o antijurídicas que generan responsabilidad internacional penal individual (arts. 6 a 8 del Estatuto) cumpliendo, en principio, con los requisitos de *lex scripta, praevia, certa y stricta* proclamados por el principio de legalidad penal; en segundo lugar, el Estatuto, si bien lacónico de bajo algunos aspectos jurídicos, dispone las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas (art. 77 ECPI),

---

LEZ CAMPOS J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA R., *Curso de Derecho internacional público*, op. cit., p. 129. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L., *Derecho internacional y crisis internacionales*, lustel, Madrid, 2005, p. 49. El autor señala que, con respecto al requisito de la opinio iuris de los Estados, su existencia está probada por vía de inducción, tomando como punto de partida la existencia de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por vía de deducción a partir de ideas preconcebidas a priori.

312 QUEL LÓPEZ F. J., "La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados", en ESCOBAR HERNÁNDEZ C., *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.4, Madrid, 2000, p. 80.

313 BASSIOUNI M. C., *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 82.

las penas como consecuencias jurídica del delito<sup>314</sup>, de manera que sea respetuoso del principio de legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*).

Por último, el Estatuto establece, también, el mecanismo encargado de aplicar jurisdiccionalmente las normas penales internacionales regulando el proceso a través del cual se llevará a la práctica tanto su actividad jurisdiccional (arts. 58 a 76 ECPI) como la ejecución de las penas impuestas (arts. 103 a 111 ECPI).

Los elementos del delito evidenciados en el Estatuto son la acción u omisión, la antijuridicidad, la tipicidad y la culpabilidad<sup>315</sup>.

Por acción se considera un delito que es ante todo un acto humano dependiente de la voluntad humana, es decir, se trata de una conducta o comportamiento positivo o negativo atribuible a la persona, constituyendo una condición genérica, común a todos los tipos penales, de la puesta en peligro de los bienes internacionales jurídicamente protegidos<sup>316</sup>.

En la acción concurren las fases subjetiva y objetiva: la primera representa la voluntad, que puede exteriorizarse a través del hacer algo o no hacerlo debido (omisión como podría ser la de no procurar los objetos indispensables para la supervivencia – art. 8, letra b, XV ECPI –). El elemento objetivo prescribe, a la vez, la producción de un resultado inadmisibles y constituyente de delito<sup>317</sup>.

---

314 COBO DEL ROSAL M., VIVES ANTÓN T., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 616.

315 ACOSTA ESTÉVEZ J. B., *La tipificación del delito internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2009, p. 225. Disponible en internet: [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21368/1/ADI\\_XXV\\_2009\\_04.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21368/1/ADI_XXV_2009_04.pdf).

316 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., HUERTA TOCILDO S., *Derecho penal. Parte general*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 28.

317 ACOSTA ESTÉVEZ J. B., *La tipificación*, op. cit., p. 232.

El Estatuto de la CPI tipifica una serie de hechos/conductas punibles – los más graves – en materia de genocidio (art. 6)<sup>318</sup>, crímenes de lesa humanidad<sup>319</sup>, crímenes de guerra (art. 8)<sup>320</sup> y de agresión<sup>321</sup>.

---

318 El artículo 6 del Estatuto establece: 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: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

319 El art. 7 del Estatuto establece: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, 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; i) Desaparición forzada de personas; j) El 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.

320 El artículo 8 del Estatuto establece: La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) El homicidio intencional; ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal; viii) La toma de rehenes; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [ i) – xxvi)]; c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: [ i) – iv)]; d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflic-

Desde esta perspectiva, el Estatuto representa un Código Penal en el ordenamiento jurídico interno disponiendo de definiciones propias, sin remitirse exclusivamente a los distintos tratados internacionales en materia (como por ejemplo a la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 entrada en vigencia el 12 de enero de 1951). Además, incorpora nuevos tipos de delitos en la esfera de los crímenes de lesa humanidad (deportación o traslado forzado, esclavitud sexual, etc.), tipos que hasta la fecha de entrada en vigor del Estatuto no estaban contemplados en tratados internacionales como delitos<sup>322</sup>.

El hecho/conducta para ser prohibido debe ser antijurídico, lo que equivale a ser contrario al Derecho, y esto se advierte en el Estatuto por medio

---

tos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos; e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [ i) – xii) ]; f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

321 El crimen de agresión está previsto en la competencia material de la Corte por el artículo 5 del Estatuto de Roma pero, al mismo tiempo el párrafo 2 del mismo artículo especifica que “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”. Esta disposición posponiendo las discusiones en tema de definición y las relativas al papel del Consejo de Seguridad a la Conferencia de revisión que tendrá lugar siete años después de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte, resalta como el crimen de agresión, de facto, no sea incluido en el Estatuto.

322 FERNÁNDEZ SANCHEZ P. A., “El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional”, en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 251.

de normas jurídicas que contienen prohibiciones y mandatos y, en caso de incumplimiento o violación, prevé amenazas de una pena<sup>323</sup>.

Así, para calificar como antijurídica una determinada conducta es necesario que reúna los caracteres descritos en el precepto además de que se realice el resultado injusto tipificado en él. A eso debe añadirse la ausencia de causas de justificación, ya que su concurrencia en el caso concreto eliminaría el elemento antijurídico del delito.

Por último, la acción típica y antijurídica tiene que ser culpable, es decir, atribuible al autor, porque no puede haber alguna pena sin culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*)<sup>324</sup>.

El artículo 77.1 del ECPI contempla dicho último elemento de la culpabilidad al dictar que la CPI podrá imponer una pena "a la persona declarada culpable". Además, en diferentes artículos el Estatuto hace referencia a diferentes presupuestos de la culpabilidad a través de distintos terminos – por ejemplo, "se propone causarla" (art. 30.2, letra b), "actúa intencionalmente" (art. 30.2) – y en el texto relativo a los Elementos de los Crímenes ("haya impuesto", "haya sometido", "haya tenido la intención", "haya cometido", "haya infligido", etc.).

La imputabilidad, a la vez, que es presupuesto de la culpabilidad, se entiende como la capacidad de actuar culpablemente a través de una madurez psíquica y a la capacidad de la persona humana para motivarse y hacerse capaz de ser responsable de sus propios actos. En este ámbito, el artículo 26 excluye a los menores de dieciocho años de la competencia de la CPI; el artículo 31 contiene las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal consistentes en alteraciones psíquicas, estados de intoxicación y coacción; el artículo 32 contempla el error como forma de ausen-

---

323 ACOSTA ESTÉVEZ J. B., *La tipificación*, op. cit., p. 234.

324 RODRÍGUEZ DEVESA J. M., *Derecho Penal español. Parte General*, 14 ed. Dykinson, Madrid, 1991, p. 434.



cia de culpabilidad y, por lo tanto, como eximente de responsabilidad internacional penal<sup>325</sup>.

Vamos ahora a analizar los caracteres relevantes de los cuatro delitos sobre los que tiene competencia y jurisdicción la Corte Penal Internacional.

### 1) *Genocidio*

En cuanto al primer crimen, el de genocidio, la expresión genocidio proviene de las raíces latinas “gens”, que significa familia, tribu, grupo social o grupo humano, y *caedere* que es el verbo exterminar, acabar o dar muerte. Para que tenga lugar dicho delito se requiere la presencia de tres elementos característicos:

- a) el ingrediente subjetivo, es decir, el sujeto que actúa debe tener la clara intención de destruir a un grupo humano. Se trata de una intención específica, porque de otra forma el mismo sujeto podría incurrir en una pluralidad de delitos de homicidio, que si bien constituyan delitos, no se consideran como delitos internacionales. Por el mismo criterio, no toda pluralidad de muertes violentas o masacre pueden constituir genocidio sino es necesaria la intención clara de destruir, eliminar total o parcialmente un grupo humano por razones de su raza, de su etnia, de su religión o de su nacionalidad.
- b) la identidad de los sujetos pasivos, es decir que los seres humanos agentes tengan una identidad grupal o pertenezcan al mismo grupo humano con el que se identifican por razón de nacionalidad, de raza, de etnia o de religión.
- c) no debe tratarse de un acto culposo o negligente ya que el genocidio no puede provenir de actos realizados con negligencia, impericia o imprudencia sino con una clara intencionalidad dolosa porque si se llega accidentalmente, la conducta no constituye el delito internacional de

---

325 ACOSTA ESTÉVEZ J. B., *La tipificación*, op. cit., p. 235.

genocidio. Podría, por lo tanto, llegarse a genocidio a través de un exterminio directo e inmediato (el llamado genocidio propiamente dicho) o a través de prácticas diferentes a la muerte como por ejemplo tomar medidas para impedir el nacimiento de nuevos miembros del grupo, producirles lesiones graves, someterlos a condiciones que dificulten su subsistencia, o bien trasladar por la fuerza a los niños del grupo al seno de otro grupo humano (conocido como genocidio impropio)<sup>326</sup>.

## 2) *Crímenes de lesa humanidad*

En cuanto a los crímenes de lesa humanidad<sup>327</sup> lo primero que hay que advertir es que no existe una definición normativa de crímenes de lesa humanidad pero algunos elementos se consideran necesarios para que se realice un crimen de este tipo.

Los crímenes de lesa humanidad son vistos, en gran parte, como si no tuvieran plazo de prescripción en virtud del derecho internacional, aunque hay inseguridad en cuanto a si esta característica es inherente sólo a esos crímenes, o si ha sido gradualmente desarrollada por medio de tratados o normas consuetudinarias<sup>328</sup>.

---

326 ACOSTA ESTÉVEZ J. B., *La tipificación*, op. cit., p. 235.

327 Véase, sobre los delitos de lesa humanidad, CAPELLÁ ROIG M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; BASSIOUNI M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, op. cit., p. 165 y ss. Los términos "humanity", "humanité" y también "humanidad" tienen dos significados muy distinguibles: uno que se refiere al género humano como entidad, y otro que apunta a un comportamiento supuestamente característico del ser humano, el humanismo, lo humanitario etc. El término "crímenes contra la humanidad" no tenía una tradición larga o elaborada en la historia del derecho internacional sino surgió, por primera vez, en el contexto de la primera guerra mundial de los esfuerzos de sancionar el genocidio del pueblo armenio cometido por el gobierno turco. Véase, también, GIL GIL A., *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 151.

328 ABREGÚ M., DULITSKY A., *Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno*, Lecciones y Ensayos, 1994, pp. 60-61 y 138. Los dos autores sostienen que "...no podemos afirmar que en éste momento exista una norma internacional que regule tal imprescriptibilidad, que tenga como base la costumbre o una obligación contractual... La no consolidación de una costumbre y la falta de una obligación contractual no son elementos suficientes para inferir la ausencia de una norma de Derecho In-

Aquéllos a favor de este último punto de vista<sup>329</sup>, por otra parte, están en desacuerdo en cuanto a si tal disposición de la norma/tratado sólo produce efectos para eventos que ocurrieron después de su creación/adopción

---

ternacional que prevea tal imprescriptibilidad. Por el contrario, existen manifestaciones coincidentes que permiten sostener que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es “un principio de Derecho Internacional generalmente reconocido.” Este es el caso de los diversos tratados que prevén la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En idéntico sentido se ha manifestado en varias oportunidades la Asamblea General de las Naciones Unidas. Otros ejemplos son el trabajo que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional en favor de tal empresa y la consideración por parte de los Estados, que han debido juzgar éste tipo de crímenes como imprescriptibles. Todos estos hechos y prácticas vienen a atestiguar en favor del reconocimiento de la imprescriptibilidad. Esta confluencia de elementos de distinta naturaleza (contractual, consuetudinaria, prácticas estatales) demuestra que la comunidad internacional ha configurado a este tipo de delitos como de imposible prescripción... La imprescriptibilidad surge históricamente como intento de evitar la impunidad de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un vasto movimiento de opinión mundial que, a partir de la década del 60, comenzó a bregar para que no se aplicaran los plazos de prescripción común en tales supuestos. Nace entonces como norma de Derecho Consuetudinario Internacional -o bien como Principio de Derecho Internacional generalmente reconocido,<sup>62</sup> que posteriormente cristaliza en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. La secuencia histórica es la siguiente: en primer término, la norma consuetudinaria, en segundo término, la norma convencional. Lo expuesto es importante, porque implica que la regla se aplica con anterioridad a la ratificación de la Convención, e incluso a países que no la ratificaron”. Véase, también, BERNALES ROJAS G., “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, número 13-1, 2007, pp. 245-265; VINUESA R. E., “La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, de 30 de julio de 1998, disponible en internet: <http://www.icrc.org/icrcspa>. El autor afirma: “Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII) no hace más que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre”. También, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas Sr. Doudou Thiam, sostuvo que: “ésta convención es de “carácter simplemente declarativo... las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”, en “Informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, doc. de las Naciones Unidas, A/ CN.4/398, de 1 de marzo de 1986, párr. 172.

329 ABREGÚ M., DULITSKY A., op. cit., p. 138; BERNALES ROJAS G., “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, op. cit., pp. 245-265; VINUESA R. E., “La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario”, op. cit.

o si puede, o, incluso, debe ser aplicado a cualquier crimen de lesa humanidad con independencia de la fecha de su comisión. La no aplicación del plazo de prescripción a crímenes de lesa humanidad o su suspensión por el periodo en el cual estos crímenes no podían ser procesados debido a razones políticas, es reconocida, también, como consecuencia del principio primario de tener derecho a una justicia objetiva y moral que sea a su vez, interna a la ley.

A pesar de que la expresión crímenes de lesa humanidad fuese utilizada por primera vez en el Estatuto del Tribunal de Núremberg<sup>330</sup>, el artículo 7 del Estatuto de la CPI distingue ahora once tipos de actos delictivos<sup>331</sup> cuyas definiciones y elementos característicos vamos ahora resumiendo en líneas generales y de conformidad con los términos utilizados en el Estatuto y los Elementos de los crímenes.

#### *A) Asesinato*

---

330 NACIONES UNIDAS, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, pp.100, op. cit. por Vargas Silva, Clara Inés (2004), Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Segunda Edición, Bogotá, Temis, pp. 115. El Tribunal de Núremberg distinguía tres grupos de delitos como crímenes de lesa humanidad: a) los crímenes contra la paz, que comprendían los delitos de agresión así como la conspiración para planear, preparar o iniciar una guerra; b) los delitos de guerra, que incluía todas las infracciones al Derecho Internacional Humanitario; c) los delitos contra la humanidad, que ahora ya constituyen los delitos de lesa humanidad propiamente tales, los que se incluían delitos que se realizaban en tiempos de paz o en tiempos de guerra, y que consisten en actos inhumanos muy graves, que implican violaciones generalizadas o sistemáticas contra toda una población civil o contra parte de ella, a gran escala, promovidos o dirigidos por un gobierno o por una organización política o por un grupo delinencial. Los crímenes de lesa humanidad de: asesinato, exterminio, sujeción a esclavitud, persecución, deportación y otros actos inhumanos que menoscaben gravemente a la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana de la víctima, contenidos en el Estatuto de la CPI ya estuvieron contenidos, también, en el Estatuto del Tribunal de Núremberg (apartado c, art. 6), en el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia (art. 5) y Ruanda (art. 3).

331 Véase art. 7, supra, nota 233.

Podemos constatar que el Estatuto adopta la expresión asesinato<sup>332</sup> y no la más moderna y mayormente utilizada en los actuales Códigos Penales que es aquella de homicidio<sup>333</sup> para generar un mayor reproche social. Como para los demás crímenes se requiere que la conducta se realice dolosamente con conocimiento y voluntad y que la muerte sea como consecuencia de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra un sector de la población civil (nunca combatientes), y, además, que la privación de la vida se produzca en tiempos de paz, porque si fuera en ocasión o desarrollo de un conflicto armado, se configuraría como un crimen de guerra<sup>334</sup>. El tipo exige que el autor haya dado muerte a una o más personas como resultado de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil<sup>335</sup>.

#### B) Exterminio

La expresión exterminio empezó a utilizarse como consecuencia del asesinato en masa de judíos en los campos de concentración de los nazis y proviene también del latino *exterminium*, que significa acabar con todo, desolar, devastar por la fuerza, arrasar. Así, con respecto al asesinato el exterminio supone un elemento de destrucción múltiple. El Estatuto de la CPI define el delito de exterminio como “la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”<sup>336</sup>.

---

332 La expresión asesinato proviene de la expresión árabe *hassasin*, nombre de los individuos de una secta religiosa que, al ingresar en ella hacían voto de matar a todo aquel a quien su jefe les ordenase.

333 La expresión homicidio, del latín *homicidium*, proveniente de las raíces latinas *homo*: hombre o ser humano, y *caedere*, que es el verbo matar o producir la muerte.

334 BASSIOUNI M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, op. cit., p. 165 y ss.

335 Art. 7, letra a), de los Elementos de los crímenes.

336 Para la definición de exterminio, véase Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1996, Vol. II, New York y Ginebra, 2002, p. 52. El exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio ya que

### C) *Esclavitud*

El delito de esclavitud, a la vez, consiste en ejercer actos de señor y dueño sobre otro ser humano – como si fuera una cosa sobre la cual se ejerce el uso, el disfrute y el abuso<sup>337</sup> – que comporten la explotación económica del mismo y la obtención de un incremento patrimonial como consecuencia de dicha explotación. El mismo Estatuto lo define dicho como: “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad de una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”<sup>338</sup>.

### D) *Deportación o traslado forzoso de población*

Por deportación o desplazamiento forzado de población se entiende el uso de la fuerza<sup>339</sup> – a través de medios tales como la violencia física, la intimidación, la coacción o las amenazas de infligir un mal mayor – sobre los miembros de la población si no abandonan el lugar donde se encuentran viviendo<sup>340</sup>. El Estatuto define este delito en los siguientes términos: “el desplazamiento de las personas afectadas, la expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”<sup>341</sup>.

### E) *Encarcelación o privación grave de la libertad física*

---

ambos crímenes se dirigen contra un gran número de víctimas. No obstante, el exterminio comprende casos en los que se matan a grupos de personas que no tienen características comunes. Se aplica también a casos en que se mata a algunos miembros de un grupo pero no a otros.

337 En el derecho privado estos se conocen como los tres atributos del derecho de propiedad sobre una cosa. En el antiguo derecho romano, estos atributos de la propiedad se conocían como *ius utendi*, *ius fruendi* et *ius abutendi*.

338 Véase art. 7, supra, nota 229.

339 La expresión “por la fuerza” no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción (art. 7, letra e, de los Elementos de los crímenes).

340 RESTREPO MONTOYA H. A., *Los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 101.

341 Véase art. 7, supra, nota 233.

Con la encarcelación o privación ilegal de la libertad se configura, a la vez, una violación de la libertad personal del estado natural del ser humano (art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>342</sup>). Las conductas típicas pueden comprender la detención ilegal, arbitraria o toda prolongación ilícita de la privación de la libertad.

#### *F) Tortura*

En cuanto a la tortura, a pesar de que en 1984 se suscribió la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>343</sup> la que impuso la obligación a los Estados partes de tipificar en sus legislaciones internas los actos de tortura, el Estatuto de la CPI se configura como el primer instrumento internacional que la define como delito internacional. Este crimen se consideraba una práctica bastante utilizada en el derecho penal de la Edad Media; ahora bien, la definición adoptada por el Estatuto de Roma, es bastante diferente:

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

Ya que según esta definición la tortura está limitada sólo al evento de una persona bajo custodia o control de otra persona – lo cual significa que se

---

342 El art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dicta lo siguiente: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

343 El artículo 1º de la Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, establece que la tortura es una práctica inhumana y repugnante que consiste en todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a investigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

trate de un carcelero o de una autoridad que se encargue de la custodia de una persona detenida o, bien, bajo el control de un guardián de seguridad – ésta práctica no se contempla en la Convención como un acto del Estado, en la medida en que en este instrumento internacional se exige que los dolores o sufrimientos sean infligidos por un servidor público u otra persona, en ejercicio de funciones públicas o con su consentimiento o aquiescencia, sino que en el Estatuto no se exige esta investidura o calidad en el sujeto que realiza el delito de tortura. Tampoco se exige algún ingrediente subjetivo, como puede ser el propósito de obtener de la víctima una confesión o de castigarla, es decir, no importa la finalidad que persiga el sujeto agente<sup>344</sup>.

*G) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*

G1) En cuanto a la violencia sexual<sup>345</sup> y reproductiva este crimen comporta todo acto que atenta contra la libertad, la integridad y la formación se-

---

344 RESTREPO MONTOYA H. A., *Los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 103-104.

345 Los elementos no contextuales de la definición de la violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra contenida en los Elementos de los Crímenes son idénticos; las únicas diferencias en los elementos de ambos crímenes son las contextuales de carácter legal que distinguen la violación como crimen de lesa humanidad de la violación como crimen de guerra. Los elementos comunes son los siguientes: “1. Que el autor haya invadido [la nota al pie se refiere al “concepto de “invasión” utilizada en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. 2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento. [la nota al pie dicta lo siguiente: ‘Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad.’]” (Elementos 1 y 2 de los Elementos de los Crímenes relativos a los artículos 7 1) g)-1, 8 2) b) xxii)-1 y 8 2) e) vi)-1). Los elementos no contextuales de la definición de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en los Elementos de los Crímenes son idénticos; las únicas diferencias en los elementos de estos dos crí-



xual o contra los derechos reproductivos, en la cual se comprenden actos tan reprochables como la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada<sup>346</sup>. El derecho humano a la igualdad y la no discriminación en el disfrute de la integridad física y mental<sup>347</sup> exige que se dé igual peso al consentimiento libre y pleno al contacto sexual<sup>348</sup> por las dos partes o todas las que interven-

---

menes son las contextuales de carácter legal que distinguen la violencia sexual como crimen de lesa humanidad de la violencia sexual como crimen de guerra. Los elementos comunes son los siguientes: Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento (Elemento 1 del artículo 7 1) g)-6; elemento 1 del artículo 8 2) b) xxii)-6; elemento 1 del artículo 8 2) e) vi)-6, de los Elementos de los Crímenes).

346 CAMARGO P. P., *Derecho Internacional Humanitario*, Tercera Edición, Bogotá, Leyer, 2002, pp.641.

347 En su recomendación general nº 19, (II periodo de sesiones, 1992), párrafo 7, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer estableció que la violencia basada en el género, como la violación y la violencia sexual, era una forma de discriminación, y declaró que: “La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden: a) El derecho a la vida; b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; d) El derecho a la libertad y a la seguridad personales; e) El derecho a igualdad ante la ley; f) El derecho a igualdad en la familia; g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables. El Comité añadía: “24. A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que: [...] b) Los Estados Partes velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención”. Véase, *Amnesty International*, Violación y violencia sexual, Leyes y normas de Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional, Madrid, España, marzo de 2011, pp. 8-9. Disponible en internet: <https://www.amnesty.org/download/Documents/32000/ior530012011es.pdf>.

348 Las expresiones “contacto sexual”, “acto sexual” y “cometer actos sexuales” se refieren a los actos físicos mediante los cuales se cometen los delitos de violación o agresión sexual, a fin de identificar la conducta física sin hacer suposiciones sobre si fue solicitada o no, lo que la identificaría como actividad legal o delictiva. La violación y la violencia sexual no son una “relación sexual”, expresión que implica acuerdo de las par-

gan en dicho contacto, implique o no dicho contacto la penetración<sup>349</sup>. El uso de la fuerza, de la amenaza de la fuerza o la coacción por el perpetrador imposibilita que la víctima ejerza su derecho a la integridad física y mental y, por tanto, su autonomía sexual. Por lo dicho, en caso de violación no hay el “libre consentimiento” es decir, un consentimiento prestado voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona.

G2) La esclavitud sexual es una especie de esclavitud ya que el sujeto agente ejerce los atributos del derecho de propiedad sobre otra persona para ejercer sobre ella actos sexuales, o para comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque, así como si existe la imposición de algún tipo similar de privación de libertad, previa a la ejecución de actos sexuales no consentidos por la víctima.

---

tes. El uso de estas expresiones permite diferenciar claramente una conducta delictiva y una conducta protegida por las leyes de derechos humanos, cuando es deseada y acordada activamente por las partes. Para profundizar tales cuestiones, véase “Sexuality and human rights”, documento de debate publicado por el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2009, Disponible en internet: <http://www.ichrp.org/en/projects/137?theme=6>.

349 La violación es un tipo concreto de violencia sexual, cuya definición se limita al acto de penetración del cuerpo, mientras que la definición de otros tipos de violencia sexual podría ser muy amplia debido a la diversidad de métodos elegidos por los perpetradores para cometer estos delitos. Como se afirma en el comentario de Triffterer: “La violencia sexual es un término más amplio que la violación”, el término se emplea para calificar cualquier tipo de violencia cometido por medios sexuales o dirigida contra la sexualidad.” (OTTO TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing, 2008, p. 214). Si bien, el art. 7, letra g, n. 1, de los Elementos de los Crímenes, establezca como requisito que: “el autor haya invadido (se usa el término invasión para que resulte neutro en cuanto al género), el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo”, según la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu, la violencia sexual, que incluye la violación, es “cualquier acto de naturaleza sexual cometido en circunstancias coactivas” (TPIR, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Akayesu*, Juicio, Caso n. ICTR-94-4-T, 2 de septiembre de 1998, párrafo 598). El TPIR proseguía: “La violencia sexual no se limita a una invasión física del cuerpo humano y podría incluir actos que no conlleven penetración o contacto físico. La violencia sexual abarca tanto las agresiones físicas como las psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona.” (*Ibidem*, párrafo 688). Sin embargo, los aspectos de la coacción y de la violación de la autonomía sexual son comunes para la definición de violación y la de violencia sexual, y son pertinentes para la investigación y el enjuiciamiento de ambos delitos.

Por “algún tipo similar de privación de libertad” se entiende que se podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956. Se entiende, además, que la conducta descrita en este elemento incluye el trabajo de personas, en particular de mujeres y niños<sup>350</sup>.

G3) La prostitución forzada comporta, a su vez, que el autor haya causado o que se realicen sobre la persona víctima actos de naturaleza sexual mediante fuerza o violencia – como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, o aprovechando un entorno de coacción o de la hipotética incapacidad de estas personas<sup>351</sup> – para que se obtenga un beneficio económico o de otra naturaleza.

G4) Por embarazo forzado el Estatuto especifica al artículo 7, párrafo 2, literal f), el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

G5) La esterilización forzada consiste, a su vez, en que el autor prive a una o más personas – a través de medios ilícitos, es decir, mediante la fuerza, la violencia, la intimidación o en todo caso, contra la voluntad o el consentimiento de la víctima – de la capacidad de reproducción biológica<sup>352</sup>.

---

350 Art. 7, letra g, n. 2, párrafo 1, de los Elementos de los Crímenes.

351 Art. 7, letra g, n. 3, de los Elementos de los Crímenes.

352 RESTREPO MONTOYA, H. A., Los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, op. cit., p. 104.

Los Elementos de los crímenes especifican que esta conducta no tiene que ser justificada por algún tratamiento médico o clínico o por el consentimiento del sujeto pasivo<sup>353</sup>.

#### H) Persecución

El Estatuto de Roma, asimismo, identifica como crimen de lesa humanidad la persecución de un grupo o de la colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales o de género<sup>354</sup>, entendiéndola como privación intencional y grave de los derechos fundamentales en contravención del derecho internacional por razón de la identidad del grupo o de la colectividad. La inclusión del tipo de persecución en el Estatuto no fue un proceso pacífico<sup>355</sup>, y hay que señalar, con respecto a su definición, el cambio que se ha producido en el Estatuto con respecto a la interpretación de los anteriores Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc*, en los que el tipo de persecución se configuraba como un crimen autónomo respecto a las demás conductas<sup>356</sup>.

---

353 Art. 7, letra g, n. 5, de los Elementos de los Crímenes.

354 Con respecto al tipo de persecución, aparece un nuevo concepto en el Estatuto de Roma que es la discriminación. De hecho, en el art. 7.1 ER se encuentran conductas que pueden afectar a los sujetos pasivos por igual y otras motivadas por un afán de discriminación debido a determinadas razones que persiguen excluir de la sociedad a determinadas personas. Entre estas últimas conductas se encontraría el tipo de persecuciones y el de apartheid, los cuales contendrían el elemento discriminatorio que está prohibido por la costumbre internacional. Véase Declaración Universal de los Derechos Humanos. U.N. G.A. Res. 217 (III), de 10 de diciembre de 1948, art. 2.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, art. 2.1; Convención Europea de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, art. 14; Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, art. 1.1; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), de 27 de julio de 1981, art. 2.

355 Véase VON HEBEL H., ROBINSON D., "Crimes within the jurisdiction of the Court", en LEE R. (Ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*, Kluwer, La Haya, 1999, p. 110. Varias delegaciones estatales propusieron la desaparición del tipo de persecución debido a su ambigüedad y a su falta de definición en la ley penal internacional, frente a otros Estados partidarios de su incorporación debido a su gran tradición y su aspecto caracterizador del crimen. Finalmente fue incluida como un acto intencional y severo de la privación de Derechos Fundamentales por razón de la identidad de un grupo o colectividad.

356 Véase, por ejemplo, TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Blaskic*, Caso n. IT-95-14, de 3 abril de 1996, párrafo 220; TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Ku-*

El art. 7.2, la letra g) del Estatuto indica que “por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional en razón de la identidad del grupo o la colectividad, mientras que el artículo 7.1 de los Elementos de los Crímenes, a la letra h), señala que el tipo penal se configura como: “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género<sup>357</sup> 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.

Del análisis de este tipo de crimen se pueden afirmar unas conclusiones:

- a) el bien jurídico protegido en este tipo se concreta en la protección de la discriminación de manera especialmente grave – es decir, la que conlleve una lesión severa de un derecho fundamental<sup>358</sup>;
- b) el objeto del crimen es el grupo entero, o una colectividad con identidad propia.
- c) la pérdida de autonomía del tipo al exigírsele al tipo una conexión con los actos del art. 7 o los demás crímenes contemplados en el Estatuto<sup>359</sup>.

---

*preškić et al.*, Juicio, Caso n. IT-95-16-T, de 14 de enero de 2000, párrafo 580. En donde el Tribunal se distancia de la interpretación del art. 7 del Estatuto de Roma. Esta interpretación se ha visto restringida en el Estatuto (art. 7 letra h)) y en los Elementos (art. 7, letra h, n. 4), donde se exige que los actos de persecución estén conectados con otros crímenes competencia de la Corte, rescatando la fórmula utilizada en el art. 6., letra c, de la Carta de Londres para toda la figura criminal.

357 El art. 7, párrafo 3, del Estatuto de Roma, se refiere al término genero: “A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”.

358 Esta interpretación lleva a GIL GIL a considerar que junto al derecho a no ser discriminado debe aparecer otro bien jurídico fundamental violado (vida, libertad, integridad, etc.), y esto significa, entonces, negar que el derecho a no ser discriminado pueda fundamentar por sí sólo el injusto, es decir, que al no ir acompañado de algún bien jurídico fundamental, el primero dejara de ser merecedor de protección. Véase GIL GIL A., Derecho penal internacional, cit., p. 135.

Se hizo necesario, así, por primera vez en un instrumento internacional, dar la definición del término “persecución”; por lo tanto, cuando se lesionen derechos fundamentales de una manera voluntaria en razón de la identidad del grupo o colectividad – que sigue apareciendo como el destinatario del acto criminal – se habrá cometido el tipo específico de persecución.

Para confirmar este cambio de rumbo se hace necesario acudir a los Elementos de los Crímenes, donde en su artículo 7.1. h), párrafos 1 y 2 se afirma, respectivamente, lo siguiente:

“Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional”.

“Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de su pertenencia a un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales”.

Tras la lectura de este artículo aparece la determinación del sujeto pasivo como persona o personas individuales pertenecientes a un grupo o colectividad. Respecto al art. 7.1.h) parece estar claramente identificado el grupo<sup>360</sup> o la colectividad como el receptor de la persecución.

#### *l) Desaparición forzada de personas*

---

359 LIÑAN LAFUENTE A., “La tipificación del Crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial. En el Tribunal híbrido Internacional de Timor Oriental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10 de diciembre de 2008, p. 30.

360 Sin embargo, el art. 7.2.g), al definir la ‘persecución’ no señala al objeto colectivo como al sujeto pasivo, sino que parece referirse al mismo como el motivo por el que el acto debe ser llevado a cabo. Esta misma línea continúa en los Elementos donde el art.7.1.h.1. ER señala a la persona o personas como las víctimas de la privación de sus derechos fundamentales. Sin embargo en el art.7.1.h.2. el Estatuto reconoce a la persona o personas, pero también al grupo como tal, como sujetos pasivos de la conducta. El grupo, además, no tiene que identificarse con el concepto utilizado en el tipo de genocidio, ya que en este caso sí representa el objeto de protección como tal. Obviamente los portadores de estos derechos son, en general, los individuos.

La desaparición forzada<sup>361</sup> de personas implica una política de gobiernos autoritarios o totalitarios para privar de la libertad a los opositores de estos regímenes, práctica que tuvo su origen más reciente en el régimen nazi en varios de los países invadidos, para trasladarlos a Alemania y hacerlos desaparecer, y, posteriormente, por las dictaduras que gobernaron en América Latina a lo largo del siglo XX (otros ejemplos históricos: la dictadura de Augusto Pinochet Ugarte en Chile, las dictaduras de los Trujillo en República Dominicana, las dictaduras militares de Argentina, Paraguay, Uruguay y Guatemala, etc..) <sup>362</sup>.

Hay que observar que para la Convención Interamericana la desaparición forzada de personas constituía un delito con sujeto activo calificado<sup>363</sup>, es decir, no cometida por cualquier persona, sino por agentes del Estado, es decir, se consideraba, como en el caso de la tortura mencionada precedentemente, de conformidad con la Convención sobre tortura, un delito del Estado. El Estatuto de Roma, a su vez, admite varias posibilidades: que sea cometido por agentes del Estado, por miembros particulares de organizaciones políticas, e incluso por organizaciones criminales de carácter privado, no estatales, paraestatales y aún contrarias a las políticas de un Estado como propio método de guerra. En concreto el Estatuto define dicho delito en la letra i) del art. 7:

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

---

361 Véase, para un estudio comparativo sobre la desaparición forzada, AMBOS K., MALARINO E., DA SILVA R. P., GUZMÁN DALBORA J. L., LÓPEZ DÍAZ C., MEINI I., GALAIN PALERMO P., MODOLELL GONÁLEZ J. L., BOHM M. L., en AMBOS K. (Ed.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009.

362 Véase, para profundizar el tema en América Latina, GOMEZ LOPEZ J. O., *Crímenes de lesa humanidad*, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, p. 252 y ss.

363 CORDOVA TRIVIÑO J., *Derecho Penal Internacional*, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 159.

dero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

De conformidad con esta tipificación, y teniendo en cuenta el mencionado límite establecido para los crímenes de lesa humanidad – sólo si es parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil – se identifican tres tipos de conductas contra la víctima: la primera consiste en privarla de la libertad; la segunda consiste en ocultarla, es decir, sustraerla de su entorno familiar y social; y la tercera consiste en negar que se le tiene en su poder, lo que implica la negativa de dar información sobre su paradero.

Generalmente, estas conductas constituyen un trabajo imputable a la inteligencia militar, es decir, a militares de alto rango cuyas operaciones, con investigaciones de alto nivel, son secretas o clandestinas, para garantizar la impunidad de los autores del delito<sup>364</sup>.

La tipificación del delito de desaparición forzada busca, en resumen, la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos o derechos humanos: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de la persona y la prohibición de tratos inhumanos crueles y degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros.

#### *J) Apartheid*

En cuanto al crimen de apartheid, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Apartheid de 1973, y con entrada en vigencia a partir del 18 de julio de 1976, declaró el apartheid como uno de los críme-

---

364 MOLINA THEISSEN A. L., *La desaparición forzada de personas en América Latina*, en *Estudios básicos de derechos humanos Instituto interamericano de Derechos Humanos*, VII, IIDH, San José, 1996, pp. 70-73.



nes de lesa humanidad, consistente en la política de dominación y explotación racista institucionalizada e impuesta por un régimen minoritario<sup>365</sup>.

Si bien la Comunidad Internacional decidió tipificar este crimen en consecuencia de los acontecimientos acaecidos en la sociedad sudafricana, en un contexto de discriminación de los no-blancos<sup>366</sup>, posteriormente, el ré-

---

365 La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la asamblea general en su resolución 3068 de 30 de noviembre de 1973, entrada en vigor el 18 de julio de 1976, en su art. 1 y 2, respectivamente, establece: "Que los Estados Partes en la presente Convención declaran que el apartheid es un crimen de lesa humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de apartheid y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial [...] Los Estados Partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de apartheid". "A los fines de la presente Convención, la expresión "crimen de apartheid", que incluirá las Políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, denotará los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente: a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona: i) mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales; ii) Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; iii) Mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales; b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos; e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso; f) La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales".

366 Véase, para un análisis de la sociedad sudafricana y del elemento discriminatorio, BOSCH A., "Guerra civil en Sudáfrica", en *Historia* 16, Año XIX N° 217, Madrid, mayo de 1994; ALCOY D., "Cuarenta y cinco años de apartheid", en *Historia* 16, Año XIX N° 217, Madrid, mayo de 1994; BASSIOUNI M. C., DERBY D., "Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the Apartheid Convention and Other Relevant International Instruments", *Hofstra Law Review*, vol. 9,

gimen segregacionista y racista sudafricano continuó con la persecución de este crimen de lesa humanidad, que sigue vigente, ya fuera mediante lo establecido en la Convención contra el Apartheid, ya mediante el Estatuto de la CPI de 1998, que lo tipifica entre los crímenes de lesa humanidad, o incluso a través del Derecho internacional consuetudinario.

Ahora bien, el Estatuto de Roma define este delito, al art. 7, letra j, con lo siguiente:

“por el crimen de apartheid se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

El art. 7, letra j, párrafo 4, de los Elementos de los Crímenes, a su vez, impone: “Que la conducta se haya cometido en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales”.

De la lectura de estos artículos se desprende que el apartheid, por su tipificación penal, sanciona todos los actos inhumanos que incluyen:

- a) la denegación del derecho a la vida;
- b) la imposición de condiciones que lleven a su destrucción total o parcial así como la imposición de trabajos forzados;
- c) las medidas legislativas que nieguen la defensa de los derechos humanos o que dividan a la población;

---

1981. Es necesario recordar, en el contexto en el que surgió, que el apartheid fue abandonado en 1990 por el régimen que lo había adoptado y, en 1994, al llegar de la “democracia” en Sudáfrica como resultado del acuerdo negociado entre el régimen y los movimientos de oposición, la primera preocupación, más de aquella de juzgar a los líderes del régimen por la comisión de aquel tipo de crimen internacional, fue aquella de crear una Comisión “para la Verdad y la Reconciliación” encargada de lograr la reconciliación y supervisar la amnistía de los autores de aquellas violaciones graves de los derechos humanos durante aquellos años y es significativo recordar que Sudáfrica no haya pasado a ser parte en la Convención sobre el Apartheid una vez desaparecido el régimen.

d) actos persecutorios de organizaciones y personas.

### *K) Otros actos inhumanos*

Por ultimo, a la letra k) del párrafo 1 del art. 7 se entenderán como crímenes de lesa humanidad también:

“los otros actos inhumanos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” de los miembros de la población civil.

Como mejor veremos después<sup>367</sup>, a la hora de analizar la conformidad o no del Estatuto de la CPI con el principio de legalidad de los crímenes y de las penas, se trata de una disposición bastante vaga. Debería tratarse de actos que configuren lesiones personales como pueden ser mutilaciones, heridas, fracturas, o enfermedades mentales, que generan sufrimientos corporales, deformidades físicas, enfermedades, pérdidas o disfunción de órganos, perturbaciones psicológicas, que afectan en todo caso el derecho fundamental a la integridad personal, entendido como el derecho que tiene todo ser humano de gozar de una vida a plenitud.

### *3) Los crímenes de guerra*

En cuanto a los crímenes de guerra<sup>368</sup>, la comunidad internacional, a través de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de los dos protocolos adicionales estableció, en su intento de “humanizar las guerras”, unas reglas, es decir, el Derecho Internacional Humanitario, cuya violación tiene como consecuencia la realización de conductas elevadas a rango de delito.

---

367 Véase, Capítulo VI: “¿Cumplimiento o vulneración del Principio de Legalidad en el Estatuto de Roma?”.

368 Véase, para un análisis comparativa de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en Derecho Internacional Humanitario, “Los Crímenes de Guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el Derecho Internacional Humanitario, Cuadro comparativo”, Comité internacional de la Croix-Rouge 19, avenue de la Paix, 1202 Genève, Suisse, disponible en internet: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/sp\\_-\\_crimenes\\_de\\_guerra\\_cuadro\\_comparativo.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/sp_-_crimenes_de_guerra_cuadro_comparativo.pdf).

Ahora bien, el artículo 8 del Estatuto de la CPI castiga tales crímenes de guerra, e, *in primis*, los diferencia de los delitos de lesa humanidad en la medida en que los segundos se pueden realizar en todo tiempo, de paz o de guerra, mientras que los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario sólo son realizables *in tempore belli*, con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado. Además, *in secundis*, los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario exigen que el sujeto activo realice la conducta reprochable en calidad de combatiente, participando activamente en el conflicto armado, sea un conflicto de carácter internacional o interno<sup>369</sup>.

El Estatuto de Roma consagra cuatro categorías de crímenes de guerra – con un listado enorme de delitos<sup>370</sup> – de las cuales se desprende que las dos primeras categorías están referidas a conflictos internacionales, mientras que las dos últimas a conflictos internos. Lo que es cierto es que tanto para conflictos armados internacionales, como para conflictos armados internos, el Derecho Internacional Humanitario reconoce la existencia de personas<sup>371</sup> y bienes que deben ser protegidos en caso de guerra<sup>372</sup>.

#### 4) *El crimen de agresión*

---

369 RESTREPO MONTOYA H. A., *Los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 110.

370 Véase art. 8 del Estatuto de Roma de 1998, supra, nota 302.

371 Se consideran personas protegidas por el DIH, las siguientes: a) Los integrantes de la población civil, b) los civiles o no combatientes que se encuentren poder de cualquiera de las partes en conflicto, c) Los combatientes que se encuentren heridos, enfermos o náufragos y hayan sido puestos fuera de combate, d) El personal sanitario o religioso, e) Los corresponsales de guerra acreditados, f) Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga, g) Quienes desde el comienzo de las hostilidades hayan sido considerados como apátridas o refugiados.

372 Se consideran bienes protegidos por el DIH, los siguientes: a) Los de carácter civil que no sean objetivo militar, b) Los culturales y los lugares destinados a un culto religioso, c) Los indispensables para la supervivencia de la población civil, d) Los elementos que conforman el medio ambiente natural, e) Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

En cuanto al crimen de agresión<sup>373</sup>, su incorporación en el Estatuto de Roma ha generado, indudablemente, unas cuestiones problemáticas y de difícil desarrollo, a partir de su definición como crimen para llegar a los elementos concretos del tipo, la conexión del autor del crimen de agresión con la estructura estatal, la necesidad de una específica intención o la necesidad de una condición de procedibilidad, como es la previa calificación del crimen de agresión por parte del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas.

En cuanto a la definición de dicho crimen de agresión podemos constatar cómo sobre esta cuestión no hay un claro consenso entre los diferentes Estados, y hay que señalar que el origen del crimen se sitúa en un contexto internacional en el que se empezó a prohibir el uso e, incluso, la amenaza del uso de la fuerza y se intentó reglamentar o humanizar las eventuales guerras o conflictos ya desarrollados<sup>374</sup>.

De conformidad con estos principios, el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas dicta lo siguiente:

---

373 Véase, sobre el crimen de agresión, ESCOBAR HERNÁNDEZ C., "Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable", en MARIÑO MENÉNDEZ F. (Ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo xxi, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, pp. 243-264; REMIRO BROTONS A., "El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: nascetur ridiculus mus", en CARDONA LLORENS J., PUEYO LOSA J., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO J. L., SOBRINO HEREDIA J. M., (Eds.) AZNAR GÓMEZ M. (Coord.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo, homenaje al profesor Manuel Pérez González*, tomo I, 2012, pp. 1115-1129; OROZCO TORRES L. E., "La criminalización de las guerras de agresión", en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n. 3, 2011, pp. 223-249.

374 BOLLO AROCENA M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2004, p. 279. El autor considera que la guerra de agresión ya estaba expresamente prohibida, aunque no criminalizada, antes de que fuese redactado el texto de Núremberg, de manera que la ausencia de una sanción penal no significa que un comportamiento claramente ilegal esté desprovisto del carácter criminal. Si bien es cierto que en el concreto caso esta interpretación sirvió para exigir responsabilidades ante los importantes crímenes de agresión cometidos, no se debe olvidar que el principio de legalidad es un principio que sustenta todas las bases del Derecho penal y que no deben ser obviadas si queremos construir un verdadero Derecho Penal Internacional.

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquiera otra forma incompatible con los Propósitos de Naciones Unidas”.

La primera tipificación del crimen de agresión fue bajo la denominación de “Crímenes contra la paz”, en el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, por el que se instituyó el Tribunal de Núremberg, y su art. 6, a la letra a) dictaba lo siguiente:

“el planteamiento, la preparación, la iniciación o la ejecución de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes”.

Los abogados defensores de los acusados en los procesos de Núremberg reclamaron la posible vulneración del principio *nullum crimen, nulla pena sine lege* por la falta de criminalización de los comportamientos vetados y de las penas de aplicación por tales crímenes.

Posteriormente, con Naciones Unidas se intensificaron los intentos de elaborar una definición del crimen en objeto con la famosa Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de la ONU, la cual definía el crimen de agresión en su art. 1 como:

“el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas...”<sup>375</sup>.

---

375 A esta resolución se sucedieron otros intentos de elaborar una definición del crimen de agresión: el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad recogió, en sus sucesivas versiones de 1991 y 1996, definiciones casi idénticas. El art. 16 recogía el crimen de agresión como: “el que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o li-

Por último, a la hora de la redacción del Estatuto de Roma de la CPI por los Comités *ad hoc* y Preparatorios se discutió ampliamente sobre la conveniencia o no de incluir el crimen de agresión dentro del listado definitivo de crímenes. La evidente falta de consenso sobre este punto comportó que se considerara lo más conveniente y como solución de compromiso aplazar para otro momento la definición del crimen de manera que la jurisdicción y competencia de la Corte sobre este crimen se quedase dilatada en el tiempo hasta la completa definición del crimen como tal<sup>376</sup>.

En el Acta Final de la Conferencia se estableció que las enmiendas habrían sido evaluadas en una Conferencia de Revisión, transcurridos siete años desde la entrada en vigor del Estatuto. Allí se abordarían las propuestas de “definición y los elementos del crimen de agresión y las condiciones en las cuales la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen (...) con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión para su inclusión en el presente Estatuto”<sup>377</sup>.

Por lo tanto, ante la falta de consenso sobre la definición del crimen de agresión, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional creó una comisión específica encargada de redactar las propuestas relativas al crimen de agresión<sup>378</sup>; por un lado, sobre la propia definición del crimen de agresión a efectos de su tipificación penal y, por otro, sobre las condi-

---

bramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión”.

376 El art. 5.2 del Estatuto señala que: “La Corte no ejercerá su competencia hasta que se apruebe una disposición, de conformidad con los artículos 121 y 123 del Estatuto, en la que se defina el crimen, definición que deberá ser necesariamente compatible con la disposiciones de la Carta de Naciones Unidas”. Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ C., “La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 21, julio 2003, p. 13.

377 Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Anexo I.

378 Véase, Relación de la Comisión Preparatoria en su primera, segunda y tercera sesiones (16-26 de febrero; 26 de julio - 13 de agosto y 29 de noviembre-17 de diciembre de 1999), PCNICC/1999/I.5/Rev. 1.

ciones para el ejercicio de la competencia por la Corte. En cuanto a la primera cuestión, a diferencia del precedente de Núremberg, en este caso se excluyeron los actos preparatorios, la planificación, preparación y orden de llevar adelante la conducta agresiva si el acto no hubiese sido producido, es decir, estos actos habrían sido considerados y juzgados sólo cuando se hubiera producido la efectiva ejecución de la lesión del bien jurídico que se pretende proteger.

Posteriormente, entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, se realizó la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en Kampala (Uganda), y se convocaron a los Estados Partes y no del Estatuto de Roma para la adopción de la definición del crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. El Grupo de Trabajo operó bajo el principio de que “nada se acordará hasta que todo sea acordado”, es decir, los Estados partes debían adoptar todo el paquete de enmiendas sin consideración alguna de lo acordado anteriormente a la Conferencia. Las cuestiones principales que se debatieron fueron aquellas concernientes a la definiciones del acto de agresión del estado, el uso de los tres mecanismos de activación de la jurisdicción de la Corte (remisión por parte de un Estado, del Fiscal o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas), los elementos del crimen, y el hecho de que ninguna determinación “externa” respecto de la comisión de un acto de agresión podía perjudicar o predisponer la decisión final de la Corte<sup>379</sup>.

Finalmente, la noche del 11 al 12 junio de 2010 los Estados partes aprobaron, por consenso, en la 13ª sesión plenaria de la Conferencia de Revisión de Kampala, la “Resolución RC/Res. 651” y el texto del nuevo artículo 8bis conteniente la definición del crimen de agresión y los artículos 15bis y 15ter, referidos al ejercicio de la jurisdicción sobre este crimen.

---

379 Coalición por la Corte Penal Internacional. Report sobre la primera Conferencia sobre la Revisión del Estatuto de Roma, noviembre de 2010. Disponible en internet: [http://www.coalitionfortheicc.org/documents/RC\\_Report\\_finalweb.pdf](http://www.coalitionfortheicc.org/documents/RC_Report_finalweb.pdf).



El art. 8 bis dicta lo siguiente:

“A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que

permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”.

La definición aprobada en Kampala, como tal, no fue objeto de grandes controversias durante la Conferencia y fue aceptada sin ningún cambio, siendo únicamente añadidos los elementos de los crímenes que facultan la jurisdicción de la CPI. Por lo dicho, si bien se llegó a un acuerdo en cuanto a la definición, los elementos de crimen y las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, se estableció que se considerara necesaria la ratificación o aceptación de las enmiendas respectivas por parte de treinta Estados-Partes y, además, que para que la Corte hubiera podido ejercer su competencia con respecto al crimen de agresión habría sido necesario que los Estados Miembros, por la misma mayoría que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto, habrían decidido en afirmativamente, tal supuesto después del 1 de enero de 2017.

A pesar de ello, la Conferencia de Revisión resultó un éxito, un gran avance: se llegó a un consenso sobre la definición del crimen de agresión que faltaba desde décadas, de tal manera que la Corte podrá finalmente enjuiciar a los autores del delito de agresión, no como en Núremberg, a través de una ley creada *ex post facto*, sino en función de una sólida base jurídica creada por la voluntad común de los estados<sup>380</sup>.

Vamos ahora a identificar los elementos del tipo que se pretende criminalizar: el primer párrafo del art. 8 bis del Estatuto establece la base de la

---

380 KAUL H. P., *Kampala June 2010 – A First Review of the ICC Review Conference*, en *Goettingen Journal of International Law*, volume 2, No.2, 2010, pp. 666-667.

responsabilidad penal individual mientras que el segundo enumera una serie de actos que anteriormente se asociaban con la responsabilidad estatal, que permite ahora la oportunidad de procesar a una persona por tales actos de agresión.

Tal y como se encuentra explicado en el primer párrafo, se requiere que el perpetrador participe en la comisión del crimen de agresión en alguna de estas cuatro maneras, a saber “planeando, preparando, iniciando o realizando” un acto de agresión. Estos verbos utilizados en la definición fueron recogidos del texto del artículo 6° (a) del Estatuto de Núremberg<sup>381</sup>.

Ahora bien, el crimen de agresión sólo debe castigarse cuando efectivamente exista un acto de agresión, y se produzca un resultado, es decir, por lo menos alcanzar el grado de tentativa.

Esta definición, sin embargo, no hace referencia alguna a la intención y conocimiento o a las otras formas de participación en el crimen, y las conductas que se enumeran en el texto del primer párrafo no se consideran una lista cerrada sino se consideran también aplicables los Principios Generales de Derecho Penal, las varias formas de participación a las que se refiere el art. 25, párrafo 3, del Estatuto<sup>382</sup>, y el elemento de la intencionalidad, de acuerdo con el artículo 30 del Estatuto.

---

381 La única variación – moderna – del lenguaje consistió en la substitución de la frase “librar una guerra” utilizada en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, por “realización” contemplada ahora en el Estatuto de Roma.

382 El artículo 25, párrafo 3, del Estatuto dicta lo siguiente: “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 sólo, 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,

En cuanto a la autoría del crimen, el Estatuto especifica que hay una delimitación del sujeto activo en cuanto la persona que cometa el crimen de agresión tiene que encontrarse “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”, y eso es la característica única que rinde dicho delito como un “crimen de líderes” diferenciándose de los demás delitos de competencia de la CPI. Efectivamente, mientras que en los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra se intenta proteger al ser humano como miembro de un grupo o de la población civil y en cuanto bien jurídico, en el caso del crimen de agresión, lo protegido es la soberanía, la independencia política o la integridad territorial del estado frente al ataque de otro estado, quedándose, de esta forma, excluidos, los particulares que no posean u ostenten alguna posición de poder, formal o real, dentro del estado<sup>383</sup>. Es por lo dicho que se ha introducido la enmienda – llamada cláusula de liderazgo – al art. 25° del Estatuto, párrafo 3bis, que dicta lo siguiente:

“Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”.

A través la interpretación – en sentido amplio – de esta disposición podrían considerarse como responsables a los Jefes de Estado y Gobierno, los Primeros Ministros, y, también, los líderes militares como los Ministros de Defensa o los Generales de las Fuerzas Armadas, y, en general, todas las personas que en realidad, de un modo u otro, ostenten una posición de poder dentro del Estado que les habilite para participar en el plantea-

---

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 consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

383 HEINSCH R., *The crime of aggression after Kampala: success or burden for the future?*, en *Goettingen Journal of International Law*, volume 2, No 2, 2010, pp. 720 y ss.

miento o la ejecución de los actos de agresión, y esto, en la medida en que sea posible demostrar que su poder sea asimilable al de los líderes estatales.

Como se ha mencionado anteriormente, se han enumerado en el segundo párrafo del art. 8 bis todos los hechos que, según el artículo 3° del Anexo de la Resolución 3314 (XXIX), pueden constituir actos de agresión y eso, de acuerdo con el artículo 39° de la Carta de la ONU, para lidiar con la responsabilidad estatal por la violación de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza.

En este contexto, un aspecto jurídico que ha sido cuestionado – en conexión particular con el principio de legalidad de los crímenes y de las penas – se refiere a la taxatividad de la lista de los hechos que pueden considerarse como actos de agresión ya que el párrafo 2 del art. 8bis exige la remisión a la Resolución 3314 (XXIX), la cual contempla en su artículo 4° que “la enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar cuales otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta”. A través de esta facultad se podría consentir la evaluación como actos de agresión algunas conductas que no han sido contempladas en el texto de la enmienda. La lógica consecuencia jurídica de esta fórmula abierta sería la violación del principio de legalidad – *nullum crimen sine lege* – establecido en el art. 22 del Estatuto que requiere que los delitos se encuentren expresamente establecidos y definidos previamente en una norma. Como veremos más adelante y en otros casos análogos, en el Derecho internacional se ha recurrido a normas consuetudinarias que no necesariamente se encuentran expresadas en un texto legal y esto rendiría, en principio, ni extraña, ni ilegal dicha remisión a la resolución 3314 que acabamos de mencionar. Además, no hay que olvidar que quien determina la existencia de un nuevo acto de agresión es el mismo órgano – el Consejo de Segu-

ridad – que, según la enmienda del art. 15bis, está encargado de determinar si ha existido un acto de agresión, y señalarlo al Fiscal para que pueda iniciar una investigación con respecto a tal acto<sup>384</sup>.

Un último aspecto que cabe aquí mencionar es lo establecido en el párrafo 7 de los Entendimientos que confirma la naturaleza del crimen de agresión:

“Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación “manifiesta”. Ninguno de los elementos puede bastar por sí sólo para satisfacer el criterio de violación manifiesta”.

Por último hay que señalar que en la conferencia de Kampala han sido introducidas, una serie de disposiciones, los artículos 15 bis y ter, que establecen unas condiciones específicas para el ejercicio de la competencia de la CPI en materia de crímenes de agresión<sup>385</sup>.

---

384 El Art. 15 bis, párrafo 6, del Estatuto, titulado, “Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión”, establece:

“El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión”.

385 El artículo 15 bis, titulado “Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por parte de un Estado, propio motu)”:

“La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado

## **Capítulo V – El Principio de Legalidad en el Sistema de Justicia Penal Internacional precursor a la CPI**

### **1 – Consideraciones preliminares**

Si por un lado la del 1 de julio de 2002 representa una fecha fundamental en la historia de las relaciones internacionales representando la superación de la experiencia de los Tribunales *ad hoc* – muy controvertida y nunca completamente aceptada por parte de la comunidad internacional,

---

previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5

El artículo 15 ter, titulado, "Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad)":

La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5.

por el cuestionamiento que pende sobre la validez de su base jurídica de origen – por otro lado cabe preguntarse, a pesar del consentimiento que el Estatuto de Roma ha obtenido con la firma de la mayoría de los Estados<sup>386</sup> que han acudido a la jurisdicción subsidiaria de la Corte Penal Internacional, si han sucedido, también, unas interesantes novedades desde el punto de vista del derecho penal clásico, enfocándonos, más en concreto, sobre el principio de legalidad objeto de la presente investigación.

Los llamados Tribunales *ad hoc* de Núremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda, es decir, aquellas cortes instituidas, como hemos constatado anteriormente, sobre la base de actos unilaterales y por las necesidades y exigencias político-criminales del momento en los casos de guerras o conflictos colectivos generados por motivos étnicos, religiosos, políticos, que han causado unas gravísimas violaciones de derecho humanos, han visto desarrollar su labor de investigación, enjuiciamiento y castigo de tales criminales paralelamente a la evolución de la doctrina, a través de la influencia de las sentencias emanadas por ellos mismos, sobre el principio de legalidad de los crímenes y de las penas cuyo análisis representa el objeto de la presente investigación.

Vamos, por lo tanto, a individualizar en aquel sistema de justicia penal internacional precursor a la institución Corte Penal Internacional, como se ha evolucionado dicha doctrina sobre el principio de legalidad, es decir, vamos a conocer, a través de una metodología de tipo histórica, las distintas etapas en sucesión cronológica que han llevado a cabo a la afirmación del principio de legalidad, para conocer la evolución y el desarrollo del mismo principio en el ámbito del Derecho Penal Internacional.

---

386 Véase, *supra*, nota 1.



Será necesario, en este contexto, hacer referencia, más veces, a casos particulares de jurisprudencia emanada por aquellos peculiares tribunales para llegar, a través de la formulación de hipótesis como consecuencia de las influencias de todo el conjunto de principios y leyes más generales de Derecho Internacional y de Derecho Penal Internacional, a unos conocimientos generales que han llevado a la afirmación del mismo principio para que, después, el presente trabajo se concentre, más en concreto y en profundidad, en el análisis del principio de legalidad en el ámbito del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y averiguar si el mismo está siendo adecuadamente respetado y preservado o no.

## *2 – El nullum crimen sine lege en el sistema de justicia penal internacional precursor a la CPI*

### *2.1 – Las primeras formulaciones del nullum crimen sine iure a partir de los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio*

- *Tribunal de Núremberg*

Si retrocedemos en el tiempo, podemos afirmar cómo el principio de legalidad y sus corolarios tuvieron origen, en el ámbito internacional, ya a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron establecidos el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Núremberg o IMT), el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio o IMTFE) y los tribunales militares aliados operativos en cada una de las cuatro zonas en las que Alemania había sido dividida en 1945. En ese momento histórico el Derecho Internacional consideraba el principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia que no daba lugar a derechos subjetivos individuales ni limitaba la soberanía del Estado sino podía ser legítima-

mente inaplicado<sup>387</sup>. La misma Carta de Londres, es decir, el Estatuto por el que se creó el Tribunal de Núremberg el 8 de agosto de 1945, constituyó un ejercicio del poder legislativo soberano que el Derecho Internacional atribuía a los Estados a los que el Gobierno de la Alemania nazi se rindió de manera incondicional. BASSIOUNI evidencia que la ausencia de un órgano legislativo internacional, plantea que el principio de legalidad del derecho penal internacional puede ser mejor expresado por la máxima "nullum crimen sine iure", la que incluye prohibiciones legales que derivan por ambos derecho convencional y consuetudinario y que declaran que ciertas conductas son prohibibles o punibles. Dicha máxima es seguramente menos restrictiva que la del *nullum crimen sine lege* que connota mayor rigidez y especificidad"<sup>388</sup>.

En la misma línea encontramos OLLÉ SESÉ<sup>389</sup> y HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>390</sup>, los que reconocen que el principio *nullum crimen, nulla poena sine iure* mejor se adapta a los caracteres del derecho penal internacional. En efecto si en el derecho interno la norma previa tiene que ser escrita, una ley, en el derecho penal internacional dicha norma previa puede ser escrita o no escrita, es decir, puede derivar del derecho convencional o consuetudinario.

La primera sesión del Tribunal de Núremberg se celebró en Berlín – aunque las siguientes tuvieron lugar en Núremberg<sup>391</sup> – y fueron acusados, de conformidad al Estatuto, no sólo individuos, sino también organizacio-

---

387 OLÁSULO ALONSO H., *El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo*, en Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, Vol. 1, N.º. 0, 2013, p. 22.

388 BASSIOUNI M. C., MANIKAS P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, op. cit., p. 268.

389 OLLÉ SESÉ M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, Madrid, La ley, 2008, pp. 161 y ss.

390 HORMAZÁBAL MALARÉE H., "Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal", en PÉREZ CEPEDA A. I. (Ed.), *El principio de justicia universal fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 237-268.

391 CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, segunda edición, New York, 2008, p. 39.

nes y grupos, los cuales “deberían ser declarados criminales por razón de sus propósitos y aspiraciones, y por los métodos utilizados para realizarlos”<sup>392</sup>.

A confirmación de lo anterior, la sentencia de 1 de octubre de 1946 señaló que, “la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación de la soberanía sino, en general, un principio de justicia”<sup>393</sup>.

La falta de un sistema de crímenes articulado comportó que fuesen los Tribunales mismos – por la voluntad soberana de los Estados aliados ganadores de la guerra – a articular y describir los elementos principales de los delitos y es por eso que los juzgados de Núremberg fueron, posteriormente, objeto de críticas como señala LAMB en los siguientes términos:

“The Nuremberg trials were frequently criticized as *ex post facto* applications of alien law to acts which had not been explicitly outlawed at the time they were carried out”<sup>394</sup>.

El autor señala que el Tribunal de Núremberg fue altamente criticado por la aplicación de una ley aliena a unos actos que, en el momento de su comisión, no habían todavía sido objeto de criminalización. En otras pala-

---

392 JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de Derecho Penal*, Losada, 4ª ed., Tomo II, Buenos Aires, 1964, p. 1255-1261. En estos procesos se proclamó la culpabilidad de los dirigentes del partido nazi, de la Gestapo y de los cuerpos de SS pero no se declaró responsables al Gobierno del Reich, ni al Estado Mayor del Ejército Alemán, ni a la SA o milicia parda.

393 Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Sentencia de 1 de octubre de 1946, pp. 219-223; GALLANT K., “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la retroactividad de los delitos y de las penas”, en MONTIEL J. P. (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2012, pp. 318-320.

394 Traducción literal al español:

“Los procesos de Núremberg fueron frecuentemente criticados por la aplicación post facto de una ley desconocida a actos que no habían sido explícitamente prescritos como ilegales en el momento en el que fueron llevados a cabo”. Véase LAMB S., “*Nullum Crime, Nulla Poena sine lege* in International Criminal Law”, en ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA, JOHN R. W. D. JONES (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, 2002, p. 735. Véase, también, BARBERO N., “La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, op. cit., p. 156-173.

bras, el Tribunal de Núremberg aplicó unas leyes aplicables a conductas que, al tiempo de su comisión no habían sido, todavía, explícitamente descritas y consideradas como crímenes por la ley en vigor.

En efecto, en los procesos de Núremberg, se reconoció el *nullum crimen, nulla poena sine lege* como principio de justicia y las objeciones levantadas por las defensas no fueron acogidas por el Tribunal en los siguientes términos:

“To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished”<sup>395</sup>.

También JAÉN VALLEJO confirma como fundadas las críticas al Tribunal de Núremberg en estos términos:

“no ya sólo porque no representaban a la comunidad internacional, sino a las potencias vencedoras, porque al fin y al cabo se trataba de tribunales militares encargados de juzgar los crímenes cometidos por el enemigo vencido, sino sobre todo, porque suponían una infracción del principio de legalidad. La razón es clara: muchas de las conductas que se establecieron como delito en el Estatuto de Londres de 1945, y por las que se condenó a los acusados no constituían delito ni según el Derecho internacional entonces vigente, ni según el Derecho penal interno alemán”<sup>396</sup>.

---

395 Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Sentencia, cit., párrafo 39.

Traducción literal al español:

“afirmar que es injusto castigar quien, desafiando a tratados y declaraciones haya atacado a estados vecinos sin avisar previamente, es obviamente incorrecto, ya que en estas circunstancias el que ataca tiene que saber que lo que está haciendo es malo, y más de ser injusto su castigo sería injusto si a sus fallos sería consentido de quedarse impunes”.

396 JAÉN VALLEJO M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 47-48.

En efecto, la misma creación *ex post facto* de los tribunales *ad hoc* infringe ante todo el elemento temporal del principio *nullum crimen*, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales.

Algunos autores hablan, de hecho, de carácter retroactivo de estos tipo de jurisdicciones y de “defecto congénito” de tales tribunales *ad hoc* que no puede ser eliminado sino a través del recurso a las fuentes no escritas del derecho internacional. Sin negar la existencia de actos que pueden ser reconocidos, más allá de toda duda razonable, como crímenes internacionales por el derecho internacional consuetudinario y que, en el caso concreto, los delitos cometidos por los Nazis contra los judíos y otros grupos disidentes habrían sido seguramente pasibles de ser legítimamente juzgados como crímenes de lesa humanidad ya que ninguna persona razonable creería en la impunidad de esos actos, en cambio, a pesar de que tales actos no estaban codificados en el momento de su comisión, la guerra de agresión Nazi, por muy ilegal que haya sido, no puede ser considerada un crimen internacional con un argumento de igual fuerza<sup>397</sup>.

El autor NIETO GARCÍA señala sobre el punto: “para el Tribunal de Núremberg razones de justicia determinarían una interpretación del principio *nullum crimen sine lege* que otorgaría mejor fundamento al castigo, aun inaplicando el principio de legalidad, que la impunidad de infracciones de tal magnitud como las ventiladas en su proceso”<sup>398</sup>.

En las palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA: “el definitivo obstáculo para que pueda considerarse válida en derecho la justicia hecha en Núremberg, proviene de haberse violado el principio *nullum crimen nullum poena sine*

---

397 AMBOS K., “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, ISSN-e 0718-3399, Vol. 5, N.º. 9 (julio de 2010), Art. 6, pp. 237-256.

398 NIETO GARCÍA A. J., “A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas”, op. cit., p. 1451.

*prævia lege*, y de haberse dado indebidamente efecto retroactivo a una ley penal de gravísima trascendencia”. El mismo autor reconduce a dos las críticas que recibió el Tribunal de Núremberg una vez concluida su labor: el haber sido una justicia de los vencedores sobre los vencidos, al no haber sido verdaderamente llevada a cabo por un tribunal imparcial con un auténtico carácter internacional; y no haber respetado el principio de legalidad, especialmente en relación con la irretroactividad penal<sup>399</sup>.

Es por estas razones que MENDOZA CALDERÓN señala que “en los procesos de Nuremberg, contra los principales criminales de guerra, se dejó de lado por primera vez la soberanía estatal, el fundamento de la inmunidad de los jefes de Estado y de los líderes del gobierno, al igual que la prohibición de retroactividad, favoreciéndose el castigo de los gobernantes”<sup>400</sup>.

El ulterior problema que los autores señalan en sus obras es relativo a la inclusión o no de los crímenes, por los que los dirigentes Nazis fueron perseguidos, en la costumbre de derecho internacional, es decir, para evitar la falta de respeto en relación con la irretroactividad penal, corolario esencial del principio de legalidad, si – por lo menos – al tiempo de la comisión de aquellas atroces y terribles conductas, las mismas ya constituyesen crímenes en derecho internacional o pudiesen ser considerados como “new law”. Una vez establecido eso, hay que averiguar si el principio de legalidad ha emergido ya en el ámbito de los juzgados de Núremberg, también en este caso, como principio de la costumbre de derecho internacional<sup>401</sup>. Coincidimos con Lamb en la afirmación que: “la estricta

---

399 JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de Derecho Penal*, op. cit. p. 1283.

400 MENDOZA CALDERÓN S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional”, op. cit., p. 276.

401 WERLE G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 43. El autor señala en estos términos: “un derecho penal con aplicabilidad universal se puede seguir a lo largo de la historia de la humanidad, pero no es sino hasta el siglo XX cuando se comienza a dar forma jurídica a tales reflexiones”.

prohibición de la ley *ex post facto* no constituye un principio general aceptado por todos los Estados<sup>402</sup> ya que, si bien la mayoría de los países con sistemas jurídicos de tipo *civil law* lo aceptan, sin embargo, no está dotado de la misma autoridad legal en los sistemas jurídicos de *common law*. En estos sistemas jurídicos, mientras no haya ningún reconocimiento formal – a través de la imposición por ley – del principio de legalidad, son los propios precedentes jurisprudenciales a vincular por los jueces, aunque reconociendo dichos principios ya consolidados en materia penal sin, no obstante, ninguna obligación establecida por ley de atenerse a ellos. Se trata de una especie de presunción jurídica interpretativa que se acompaña, por otro lado, de una identificación y desarrollo de los crímenes también por medio del método interpretativo analógico, opción extensiva que queda por supuesto excluida en el ámbito de los sistemas jurídicos de *civil law*, si bien limitada a las infracciones menores.

El argumento que fue esgrimido por la defensa en los procesos de Núremberg fue, precisamente, aquél relativo a la ausencia de un cuerpo o código de normas penales anterior al 1945, por lo cual, los Nazis imputados no habían podido conocer lo que estaba ya prohibido por el ordenamiento internacional, es decir, la ofensa a bienes jurídicamente protegidos, la ofensa a principios universalmente reconocidos de criminalidad<sup>403</sup>.

El rechazo de dichas argumentaciones fue obvio y basado por un lado en la gravedad de aquellas acciones que fueron cometidas y, al mismo tiempo, por medio del Acuerdo de Londres de 1945 por el que se instituyó el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, acuerdo que fue considerado como el codificador de una nueva regla general de derecho internacional. Nos referimos a la letra c) del artículo 6 del Estatuto, la cual estableció la

---

402 LAMB S., “Nullum Crimen, Nulla Poena...”, en ANTONIO CASSESE, op. cit., p. 740.

403 QUINTANO RIPOLLÉS A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto francisco de Vitoria, Madrid, 1955, p. 437.

prohibición de la comisión de crímenes contra la humanidad<sup>404</sup>. Aunque difícilmente reconocible, parece ser más correcto considerar que aquella disposición constituyó una nueva ley. Con respecto al principio de legalidad, en vez, el mismo Tribunal Militar de Núremberg señaló que:

“la máxima *nullum crimen sine lege*... constituye un principio general de justicia que permite el castigo de acciones no prescritas por ley al tiempo de su comisión”<sup>405</sup>.

Si bien, como advierte KELSEN el castigo de los criminales debía ser un “un acto de justicia internacional y no la satisfacción de la sed de venganza”<sup>406</sup>, el principio de legalidad, fue, de todas formas, considerado como máxima general, la que permitió, por lo tanto, que no se quedasen impunes, contrariamente al sentido común de justicia, aquellas atroces y terribles conductas. En palabras de OLLÉ SESÉ: “hoy, la conciencia jurídica

---

404 El Fiscal Inglés Harley Shawcross, en el ámbito de un proceso del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, señaló lo siguiente: “[t]here is no...substantial retroactivity in the provisions of the Charter. It merely fixes the responsibility for a crime already clearly established as such by positive law upon its actual perpetrators. It fills a gap in international criminal procedure. There is all the difference between saying to a man, “you will now be punished for what is not a crime all the time you committed it”, and in saying to him, “you will now pay the penalty for conduct which was contrary to law and a crime when you executed it, although, owing the imperfection of the international machinery, there was at time no court competent to pronounce judgment against you”. It is latter course which we adopt”, Juicio del Tribunal Militar Internacional, p. 106.

405 Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Sentencia, cit., pp. 219-223.

406 KELSEN H., *La paz por medio del derecho*, trad. Luis Echávarri, segunda edición, Madrid, Trotta, 2008 (Publicación original de 1944, “The peace through Law”, publicado por University of Carolina Press), pp. 103-126. El autor señala, en el ámbito de la institución del Tribunal de Núremberg al cual debían someterse todos los responsables de las violaciones de derecho internacional, que el mismo tribunal debía ser creado mediante un tratado internacional y a través del consentimiento del Estado vencido a la hora de la firma del tratado de paz. Con respecto al principio de legalidad el autor justifica la aplicación retroactiva de los delitos, en los siguientes términos: “no hay regla de derecho internacional general consuetudinario que prohíba la promulgación de normas con fuerza retroactiva, las llamadas leyes *ex post facto*”. El principio de legalidad “es un principio de derecho penal reconocido por la mayoría de las naciones civilizadas que establece que ningún castigo puede ser asignado a un acto que no era jurídicamente punible en el momento en que fue cometido”. El autor al considerar el principio de legalidad reconocido por el derecho positivo interno – y no por aquel internacional – indica que nada impedía que mediante un tratado posterior se estableciera la responsabilidad penal por hechos que eran moralmente condenables al momento en que se cometieron.



universal exige que, los crímenes intencionales de primer grado y, por lo tanto, los más graves y aberrantes, no permanezcan en la impunidad, y que las víctimas que los han sufrido se les amparen en el derecho a la tutela judicial efectiva nacional e internacional”<sup>407</sup>. Y todavía, AMBOS: “el derecho positivo debe ser considerado contrario a la justicia cuando la contradicción entre la ley y la justicia es tan insoportable que la ley debe ceder el paso a la justicia”<sup>408</sup>.

Resulta sorprendentemente raro el hecho de que, en el ámbito internacional, el principio de legalidad, hasta aquella fecha, no había sido todavía proclamado y que en el ámbito de los procesos de Núremberg, tampoco fueron evidenciadas muchas diferencias entre los crímenes perseguidos, respectivamente de guerra y contra la humanidad, por lo cual muchos criminales fueron imputados para los dos crímenes<sup>409</sup>.

Sin embargo, ALY MOKHTAR advierte que es cierto que el Tribunal de Núremberg influyó la elaboración de las posteriores convenciones sobre los derechos humanos con respecto al principio *nullum crimen sine lege*<sup>410</sup>.

Si echamos una mirada atrás, con respecto a los casos o procesos más famosos ante del Tribunal Militar Internacional de Núremberg<sup>411</sup> podemos constatar el diferente razonamiento que viene aplicado en la mayoría de

---

407 OLLÉ SESÉ, “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional: Su aplicación por los tribunales domesticos”, en GARCÍA VALDÉS C., VALLE MARISCAL DE GANTE M., CUERDA RIEZU A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA M., ALCÁCER GUIRAO R. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 1, 2008, p. 576.

408 AMBOS K, *Nuevo Derecho Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales de Mexico, DF, 2002, p. 102.

409 Según el art. 6 letra c) del Acuerdo de Londres, los crímenes contra la humanidad eran perseguibles sólo si perpetrados “en ejecución o conexión” con los crímenes de guerra o contra la paz internacional. Según la orientación del IMT dichos crímenes fueron ya reconocidos como ilegales según el derecho internacional antecedente a la Segunda Guerra Mundial.

410 ALY MOKHTAR, *Nullum crimen, nulla poena sine lege: Aspects and Prospects*, en *Statute Law Review*, vol. 26, n. 1, 2005, pp. 41-55.

411 En los Juicios de Núremberg, quince de veinticuatro acusados fueron encontrados culpables de crímenes de lesa humanidad.

ellos, en cuanto a la existencia y su aplicabilidad, o no, del principio de legalidad como norma de derecho internacional consuetudinario. En particular, en el caso *Justice* el Tribunal señaló, con referencia a la cuestión sobre la aplicabilidad del mismo principio:

“to have attempted to apply the *ex post facto* principle to judicial decisions of common international law would have been to strangle that law at birth...[T]he *ex post facto* rule...constitutes no legal nor moral barrier to prosecution in this case”<sup>412</sup>.

En el caso *Einsatzgruppen*, el Tribunal señaló:

“It is indeed fundamental in every system of civilized jurisprudence that no one may be punished for an act which was not prohibited at the time of its commission. But it must be understood that “lex” referred to is not restricted to statutory law. Law...may also develop effectively through custom and usage and through the application of *common law*. Certainly no one can claim with the slightest pretense at reasoning that there is any taint of *ex post facto* in the law of murder”<sup>413</sup>.

Más aún, en el otro caso *Flick* fue dictado:

---

412 Traducción literal al español:

“El haber intentado de aplicar el principio *ex post facto* a las decisiones judiciales de derecho internacional habría significado de suprimir la ley al nacimiento...La regla *ex post facto*...no constituye más una barrera moral ni legal a la prosecución de este caso”. *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under control Council Law n. 10, Vol. III, “Justice case”, pp. 974-985.*

413 *Ibidem*, Vol. IV, pp. 458-459. Traducción literal al español:

“Es ciertamente fundamental en cada sistema de jurisprudencia civilizada que ninguno puede ser castigado por un acto que no había sido todavía prohibido en el momento de su comisión. Sin embargo, tiene que ser entendido que la “ley” a la que se refiere no está restringida a la ley estatutaria. La ley...puede también desarrollarse efectivamente a través de la costumbre y a través del uso y la aplicación del *common law*. Desde luego ninguno puede sostener con la menor posible pretensa de razonamiento que no hay una contaminación del *ex post facto* en la ley criminal”.

“The Tribunal is giving no *ex post facto* application to Control Council Law. No.10. It is administering that law as a statement of international law which previously was at least partly uncodified”<sup>414</sup>.

En el caso *Farben*:

“[t]he acts and conducts of defendants set forth in this count were committed unlawfully, willfully, and knowingly, and constitute violations of international conventions, particularly of Articles 3...of the Hague Regulations, 1907 and of Articles 2, 3,..of the Prisoner of War Convention (Geneva 1929), of the laws and customs of war, of the general principles of criminal law as derived from the criminal laws of all civilized nations, of the internal

---

414 *Ibidem*, Vol. VI, p. 1189. Traducción literal al español:

“Los actos y las conductas de los acusados descritas en esta acusa fueron cometidos ilegalmente, deliberadamente e intencionalmente y constituyen violaciones de los convenios internacionales, en particular, de los Artículos 3..de los Convenios de la Haya de 1907 y de los Artículos 2 y 3 del Convenio de Ginebra de 1929 sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, de las leyes y costumbres de guerra, de los generales principios de derecho penal así como derivados por los derechos penales de todas las naciones civilizadas, de los derechos internos penales de los países en los que tales crímenes fueron cometidos, y del Artículo 2 de la Ley No. 10 del Consejo de Control”.

En cuanto a la Ley No. 10 del Consejo de Control relativa al castigo de personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad y adoptada el 20 de diciembre de 1945 después de la Segunda Guerra Mundial el procesamiento de los criminales de guerra en las zonas de ocupación intentó unificarse por parte del Consejo de Control Aliado que actuó como órgano legislativo para el país ocupado. Véase, LEVIE H. S., *Terrorism in War. The Law of War Crimes*, Oceana Pub., New York, 1993, pp. 558-562; y comentarios de LEDIAKH I. A., “The Application of the Nuremberg Principles by other Military Tribunals and Courts”, en GINSBURGS G. y KUDRIAVTSEV V. N. (eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, pp. 263-283). En el artículo I de la Ley se incorpora la referencia al Estatuto de Núremberg aunque su artículo II.1.C) contiene una definición autónoma de los crímenes perseguibles. En cuanto a los crímenes contra la humanidad las diferencias importantes respecto al Estatuto de Núremberg son la supresión de las palabras “antes o durante la guerra” y la conexión con los crímenes de guerra o contra la paz por lo que ya hubo una definición más limpia, extensa y precisa de los crímenes contra la humanidad de hecho en la lista de los actos se incluye y precisa el encarcelamiento, la tortura y la violación y tal postura se confirmará en los Estatutos de los Tribunales penales ad hoc. Véase, VIVES CHILLIDA J., *La Evolución Jurídica Internacional de los Crímenes contra La Humanidad*, Barcelona y Madrid, 30 de abril de 2004. Disponible en internet: [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003\\_7.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf).

penal laws of the countries in which such crimes were committed, and of Article II of Control Council Law No. 10”<sup>415</sup>.

Como último ejemplo, en el caso *Krupp*, el Tribunal sin avanzar ningún razonamiento específico que respaldara sus conclusiones, simplemente dijo que no habría juzgado como criminal un acto si no hubiera sido considerado como tal en el momento de su comisión.

En todo caso, hay que subrayar la singularidad de estos procedimientos en los que se evidenció una clara diferencia de razonamiento y ninguno de ellos, por lo tanto, puede considerarse plenamente satisfactorio bajo el aspecto de una uniformidad de opinión sobre el tema. Lo que nos interesa, es decir, lo relativo al principio de legalidad fue que, a partir de aquel momento histórico dado hubo la afirmación – aunque como hemos tenido modo de señalar anteriormente sin bases legales concretas – de la validez y eficacia del *nullum crimen* que empezó a tener aplicación por parte de los juzgados nacionales en el ámbito de la persecución de los fugitivos criminales de guerra Nazis. Los ejemplos más significativos: los casos *Eichmann*<sup>416</sup> de 1960, *Touvier*<sup>417</sup> de 1984, *Barbie*<sup>418</sup> de 1988 y *Finta*<sup>419</sup> de

---

415 *Ibidem*, Vol. IX, p. 1331.

416 En este famosísimo caso inicialmente la Corte Distrital de Jerusalén no admitió la excepción relativa a la aplicación ex post facto de la Ley de 1950, ni en Apelación fue admitida en la que la Corte Suprema declaró que la máxima *nullum crimen* no había todavía obtenido tan consentimiento y éxito tales de poderse afirmar ya como regla de derecho internacional y ningún otro principio de derecho internacional habría podido ser citado como ejemplo a sustentamiento de la prohibición de la ley penal retroactiva. Al revés el principio de legalidad podía considerarse sólo como una simple salvaguardia procesal o principio ético y la Corte dijo que los crímenes de los que Eichmann fue acusado “constituyeron crímenes bajo la ley de toda nación civilizada” y que el mismo Eichmann “conocía perfectamente el carácter criminal de su conducta”.

417 *Francia vs Touvier*, Demanda No. 29420/95, Decisión, 13 de Enero de 1997, p. 5. A principios de los años setenta, Paul Touvier – que sirvió como comandante de la Segunda Unidad de la milicia francesa en Lyon en los años cuarenta – fue acusado de crímenes de lesa humanidad por haber ordenado la muerte de varios rehenes judíos. Los tribunales franceses tuvieron que enfrentarse el problema de la aplicación retroactiva de la legislación sobre crímenes de lesa humanidad (promulgada en Francia sólo en 1964) a eventos que tuvieron lugar veinte años después. Los jueces invocaron el artículo 7.2 de la Convención Europea y demandando que esta disposición, como lo sugirió en

1989 demostraron el valor de la jurisprudencia de Núremberg, que “permitted” la violación del principio de legalidad sin aducir otras argumentaciones de apoyo para sus conclusiones.

Por lo tanto, a la luz de dichas consideraciones, el Acuerdo de Londres, es decir, el Estatuto de aquel Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue considerado declarativo de la ley internacional y, al mismo tiempo, no obstante todas las dudas subrayadas, no constituyente de nueva ley *ex post facto*. Independientemente de que los crímenes internacionales sean objeto del derecho penal internacional: los crímenes de guerra, contra la humanidad, el genocidio y el crimen de agresión, tienen existencia internacional en calidad de norma *ius cogens*, y pueden ser invocados como Principios (Estatuto y Principios de Núremberg), como tratado o convención (Convención contra el Genocidio, Convenciones de Ginebra de 1949 y de La Haya de 1907), y, además, como derecho internacional consuetudinario. Es por ello que es posible sostener, además, que en general estos crímenes satisfacen los estándares de accesibilidad y previsibilidad, girando las dudas y discusiones no en cuanto a la retroactividad o la inexistencia de fuentes, sino más bien en cuanto a los términos amplios en que los delitos están definidos en todos esos instrumentos internacionales (*lex certa*)<sup>420</sup>.

- *Tribunal de Tokio*

---

su reporte sobre la materia el Ministro Francés de Asuntos Exteriores, “reguló para el pasado y para el futuro”.

418 *Francia vs Barbie*, Sala de lo Penal del Departamento de Ródano, 4 de Julio de 1987 y Corte de Casación, 3 Junio de 1988.

419 *R. vs Finta*, Suprema Corte de Canadá 1 (1994), 701 en ILR 104 (1997) & Corte de Apelaciones de Ontario Sentencia del 29 de Abril de 1992, en ILR 98 (1994), 520 et seq. - 25 - CDL-AD (2011) 041.

420 LLEDÓ R., “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional”, en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, ISSN-e 2253-6655, N°. 11, de 16 de septiembre de 2016, pp. 246-263.

En cuanto al Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, conocido como Tribunal de Tokio por su sede, instituido el 19 de enero de 1946, en el Estatuto de este tribunal se aportaron unas modificaciones con respecto al precedente de Núremberg: se sacrificó, por ejemplo, la figura de la *conspiracy* mientras que se conservaron únicamente los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad.

En lugar de cuatro jueces, este Tribunal estuvo integrado por once miembros<sup>421</sup>, y con respecto al principio de legalidad, no sorprende que los procesos conducidos ante este Tribunal Penal Internacional sean considerados precedentes de nivel inferior y de menor importancia respecto a aquellos de Núremberg, los únicos a los cuales se ha siempre referido la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>422</sup>: si bien se compartieron básicamente las mismas dificultades, el Tribunal de Tokio recibió menores críticas que su precursor de Núremberg ya que, a diferencia de Alemania que sólo fue vencida, Japón firmó, por ejemplo, una rendición incondicional el 2 de septiembre de 1945 en calidad de Estado soberano, quedándose con la plena posesión de su vasto territorio y de su potencia bélica que se quedó, prácticamente, intacta.

El Tribunal de Tokio inició sus sesiones el 3 de mayo de 1946 y el 12 de noviembre de 1948 se publicó la sentencia. Las defensas de los acusados utilizaron básicamente los mismos argumentos empleados en Núremberg que fueron, también en este caso, rechazados: la carencia de jurisdicción del Tribunal con respecto a los tribunales nacionales de Japón; la ausen-

---

421 Los siguientes países: Australia, Canadá, China, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos, Nueva Zelanda, U.R.S.S. e India, este último en calidad de país neutral

422 U.N., Res. Asamblea General n. 95 (I), Afirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocido por la Carta del Tribunal de Núremberg, de 11 de diciembre 1946. Relativamente a los procesos de Tokio, el juez francés, en el expresar una posición de disenso llegó a afirmar que “so many principles of justice were violated during the trial that the court’s judgement would be nullified on legal grounds in most civilized countries”.

cia de normas internacionales de carácter penal y la consecuente violación del principio de legalidad e irretroactividad penal<sup>423</sup>.

Sin embargo, en los varios votos particulares de la sentencia del Tribunal de Tokio los magistrados Rolling<sup>424</sup>, Bernard<sup>425</sup> y Pal<sup>426</sup> objetaron que el principio *nullum crimen sine iure* fuese considerado como un mero principio de justicia que permitía su aplicación flexible por el sometimiento a la voluntad de los Estados soberanos. Evidenciaron, por lo tanto, las notables divisiones existentes entre los juristas de la época sobre la naturaleza del principio al considerarlo ya como un derecho subjetivo individual que imponía a los Estados la obligación de respetarlo<sup>427</sup>.

No obstante coincidimos con CASSESE en que: “aún cuando el principio *nullum crimen sine iure* es indudablemente más flexible que el principio de legalidad en la formulación tradicional del sistema de derecho codificado, de todas formas, está siempre limitado por ciertos principios fundamentales, como la irretroactividad de todo derecho aplicable – en el sentido en que la norma ha de ser previa con lo cual se pondría de barrera a la arbitrariedad – la cual está sólidamente incrustada en el derecho penal internacional, y los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, que son aplicados en la práctica internacional”<sup>428</sup>.

En conclusión, en Núremberg no existieron discrepancias entre los jueces, pero tuvieron lugar condenas a muerte, a prisión y también algunas absoluciones mientras que en Tokio, a la vez, se constataron diferencias

---

423 QUINTANO RIPOLLÉS A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, op. cit., p. 437. Las alegaciones fueron rechazadas, no obstante discreparon parcialmente los jueces francés, filipino y holandés, y totalmente el de la India.

424 IMT FOR THE FAR EAST, Opinión particular del juez Roling, Juicio de 4 de noviembre de 1948, IMTFE Records, vol. 109, pp. 4-5, 11-48 .

425 *Id.*, Opinión particular del juez Bernard, vol. 105, pp. 1-15.

426 *Id.*, Opinión particular del juez Pal, pp. 56-66-

427 OLÁSULO ALONSO H., *El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo*, op. cit., p. 23.

428 CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Segunda Edición, New York, 2008, p. 44.

entre los jueces pero no tuvieron lugar absoluciones y los acusados fueron todos condenados a muerte, a prisión perpetua o a penas de veinte años<sup>429</sup>.

## 2.2 – *El nullum crimen sine lege según la práctica de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda*

Fue a continuación del establecimiento de los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda que el debate en torno al principio *nullum crimen* creció, poco a poco y paulatinamente, debido a que tuvieron lugar la enumeración de los elementos de los crímenes internacionales, sin que eso perjudicase, en la práctica, la actividad de los mismos Tribunales, los que no vieron limitada significativamente su jurisdicción sobre aquellos crímenes. En efecto, como señala OLÁSULO ALONSO, “el problema más importante al que los tribunales *ad hoc* se han enfrentado en relación con el principio *nullum crimen sine lege* se refiere a la determinación de las fuentes de derecho penal internacional (relevantes a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad), y, si, además de la costumbre internacional, el derecho internacional convencional debe ser también tenido en cuenta”<sup>430</sup>.

No es un caso que el autor AMBOS subraya que: “la justicia penal internacional *ad hoc* siempre se caracterizó, con diferentes grados, por la vio-

---

429 Para un resumen sobre el Estatuto, las acusaciones y sentencias, véase en internet: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>.

430 OLÁSULO ALONSO H., “Del Estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del principio *nullum crimen sine lege* en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 5, 2006, pp. 1-13.



lación de un principio general de derecho, a saber el principio *nullum crimen sine lege*<sup>431</sup>.

- *Tribunal ad hoc para la ex Yugoslavia*

Como hemos visto anteriormente, fueron las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas las que establecieron el Tribunal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia y el Secretario General de N.U. precisó el alcance de la jurisdicción – *ratione materiae* – de aquel Tribunal que fuese limitado – para evitar cualquier problema derivado de la falta de adhesión de algunos Estados a ciertos tratados internacionales – a las ofensas ya consideradas partes de la costumbre internacional, es decir, del derecho internacional general vigente y lo hizo en dichos términos:

“la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* requiere que el tribunal internacional debería aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario el que constituye, sin dudas, parte de la costumbre internacional... Esto aparecería de singular importancia en el contexto de un tribunal internacional que persigue personas responsables por serias violaciones de derecho internacional humanitario”<sup>432</sup>.

---

431 AMBOS K., “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”, op. cit., p. 237.

432 Relación del Secretario General de acuerdo con el Párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad (1993), de 3 de mayo de 1993, S/25704, párrafo 34. El Secretario, además, precisó en el siguiente párrafo (35) los instrumentos internacionales ya existentes y considerados como parte del derecho internacional consuetudinario: las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949; la Convención (IV) de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento anexo, de 18 de octubre de 1907; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la III Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 8 de agosto de 1945.

El Consejo de Seguridad de N.U., por lo tanto, no debería crear o “legislar” nuevas leyes, sino aplicar las ya existentes en derecho internacional humanitario<sup>433</sup>.

Ahora bien, los hechos históricos demuestran que se cometieron masacres y otros desastres humanitarios en el contexto del surgimiento de nuevos Estados independientes como consecuencia de la división de la federación yugoslava. Algunos de estos Estados habían ya negociado y firmado importantes convenciones internacionales – como por ejemplo, aquéllas sobre los conflictos armados – ya existentes que, pero, al mismo tiempo, ya formaban parte del derecho internacional consuetudinario, es decir, se consideraban ya parte de la costumbre internacional.

En cuanto al alcance de la jurisdicción de dicho Tribunal, el art. 8 del Estatuto del Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia, titulado como “jurisdicción territorial y temporal”, estableció:

“La jurisdicción territorial del Tribunal Internacional abarcará el territorio de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales. La jurisdicción temporal del Tribunal Internacional abarcará un período que comienza el 1 de enero de 1991”.

Mientras que el párrafo 1 del art. 16 del mismo Estatuto, prescribe, complementariamente y de conformidad con la jurisdicción temporal territorial, las funciones atribuidas al Fiscal:

“El Fiscal se encargará de la investigación y la acusación de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de junio de 1991”.

---

433 *Ibidem*, párrafo 29.

Así, todavía, fue especificado en el caso *Tadic* que no habría tenido lugar la violación del principio de legalidad:

“el Artículo 3 de la Convención de Ginebra constituye sin duda parte del derecho internacional consuetudinario y, por ello, el principio *nullum crimen sine lege* no ha sido violado por la incorporación de las disposiciones del Artículo 3 en el Artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional”<sup>434</sup>.

Más aún, en la Apelación del mismo caso fue evidenciado el alcance de la ley consuetudinaria de los conflictos armados en los siguientes términos:

“el artículo 3 de la Convención de Ginebra no contiene explícitas referencias a la responsabilidad criminal... la responsabilidad criminal individual no se pierde por la ausencia de disposiciones convencionales sobre los crímenes... el primer objetivo con la institución del Tribunal Internacional es de no dejar impunes ciertas personas culpables de cualquiera tan seria violación, en cualquier contexto esa haya tenido lugar”<sup>435</sup>.

El de *Tadic*<sup>436</sup>, representa el caso más emblemático bajo estos aspectos, el que remarcó unos puntos clave en cuanto al principio de legalidad y en cuanto a la legitimación de la jurisdicción del mismo Tribunal *ad hoc*:

1) por lo que concierne a la institución del Tribunal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia, que la defensa del *Tadic* consideró ilegal, es decir, ilegítima por falta de validas bases jurídicas, la Sala de Apelación, a su

---

434 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Tadic*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción, Caso n. 94-1, de 10 de agosto de 1995, párrafo 72.

435 TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción en Apelación, Caso n. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 1995, párrafos 92 y 128. En el caso *Akayesu* delante del Tribunal Internacional para el Ruanda fue confirmada la naturaleza de costumbre internacional del art. 3 de la Convención de Ginebra de 1948 y, adicionalmente, de las garantías establecidas por el art. 4 (2), las que reafirman y complementan las reglas puestas por aquel art. 3, formando esas también parte del derecho internacional y de la costumbre internacional (TPIR, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Akayesu*, Juicio, Caso n. ICTR-94-4-T, de 2 de septiembre de 1998, párrafos 616-617)

436 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Tadic*, cit.; TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción en Apelación, Caso n. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 1995; TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Juicio, Caso n. IT-94-1-A, de 15 de julio de 1999.

vez, legitimó la facultad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de hacer uso del Capítulo VII de la Carta de N. U. para el caso en cuestión, es decir, para el fin de establecer la paz y seguridad internacionales<sup>437</sup>;

2) en cuanto a la primacía del mismo Tribunal sobre las Cortes nacionales, cuya legalidad fue negada por la defensa del Tadic, la misma Sala reconoció tal primacía al considerar el tribunal en cuestión la institución adecuada para evitar eventuales procedimientos corruptos, es decir, vultos hacia la impunidad de los autores de tales crímenes internacionales;

3) con respecto a la falta de jurisdicción *ratione materiae* del mismo tribunal alegada por la defensa por el carácter presumiblemente nacional del conflicto en Yugoslavia, la Sala, a la vez, confirmó el carácter internacional del conflicto y, por lo tanto, la violación en conjunto y concurrente de los art. 2, 3 y 5 del Estatuto, es decir la violación del derecho internacional humanitario constituyente, ya por sí misma, crimen de guerra<sup>438</sup>. Fueron, así, interpretados extensivamente los estándares para la determinación y clasificación como conflictos armados “internacionales”, comportando, por lo tanto, la condena de Tadic, en lugar de la absolución precedentemente dictada por la Sala de Primera Instancia.

Las consecuencias de esta última parte del dictamen de la Sala de Apelación han sido, en mi opinión, las de clarificar un punto que hasta la fecha parecía todavía incierto para la Comunidad Internacional, es decir reconocer el derecho internacional humanitario como parte de la costumbre internacional.

---

437 Sobre el tema véase, párrafo 3, Capítulo 3, pp. 77-84.

438 TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Juicio, Caso n. IT-94-1-A, de 15 de julio de 1999, en el que el Tribunal dijo que los conflictos averiguados en el norte oeste de Bosnia a mitad del año 1992 habrían debido ser clasificados como conflictos internacionales, comportando la violación en conjunto y concurrente de los art. 2, 3 y 5 del Estatuto. Véase, sobre la apelación interlocutoria de la defensa de Dusko Tadic, ALDRICH G., “Jurisdiction Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia”, en *American Journal Of International Law*, Vol. 90, N° 1, January 1996, p. 64-66.

Como señala OLÁSULO ALONSO, la Sala de Apelaciones del TPIY afirmó en *Tadic* que tanto la costumbre internacional como el Derecho convencional constituyen fuentes de Derecho Internacional Penal relevantes a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine iure*, señalando al respecto cuatro presupuestos que deben cumplirse para que el TPIY tenga jurisdicción sobre las violaciones del Derecho Internacional Humanitario:

- (i) una norma de Derecho Internacional Humanitario debe haber sido violada;
- (ii) dicha norma ha de tener un carácter consuetudinario o, si tiene un carácter convencional, todas las partes en conflicto deben ser parte del tratado de que se trate cuando se cometió la violación y la normativa infringida deber ser conforme al *ius cogens*;
- (iii) la violación debe ser grave, en el sentido de que afecte una norma que proteja bienes jurídicos importantes y ocasione graves consecuencias para las víctimas;
- (iv) la violación debe dar lugar a responsabilidad internacional penal, de acuerdo con la costumbre internacional o con los tratados internacionales aplicables<sup>439</sup>.

En el caso *Jelisić*, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia dijo:

“De acuerdo al principio *nullum crimen sine lege* la Sala de Primera Instancia, que examina los ingredientes legales del crimen de genocidio, te-

---

439 TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción en Apelación, Caso n. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 1995, párrafo 89. Véase OLÁSULO ALONSO H., *El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo*, op. cit., p. 23; OLÁSULO ALONSO H., *Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 4.

niendo en cuenta sólo aquellos que forman parte, sin duda alguna, del derecho internacional consuetudinario”<sup>440</sup>.

La Sala de Apelaciones del TPIY ha, además, afirmado que el principio *nullum crimen sine iure* requiere los siguientes dos elementos:

- que en el momento en que se realiza la conducta prohibida, la norma consuetudinaria que la declara punible haya sido lo suficientemente accesible para el imputado (accesibilidad);
- que el imputado haya podido prever que incurriría en responsabilidad penal si desarrollaba su conducta (previsibilidad)<sup>441</sup>.

Más recientemente la Sala de Apelaciones realizó un cambio jurisprudencial a través de los casos Strugar,<sup>442</sup> Ojdanic<sup>443</sup> y Hadzihasanovic,<sup>444</sup>

---

440 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Jesilić*, Juicio, Caso n. IT-95-10-T, de 14 de diciembre de 1999, párrafo 94.

441 TPIY, Sala de Apelaciones, *Fiscal vs Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Caso N. 01-47-AR 72, de 16 de julio de 2003, párrafos 32-36. “The Appellants argued before the Trial Chamber, and they seem to have retained the argument before the Appeals Chamber, that the principle of legality requires that the crime charged be set out in a law that is accessible and that it be foreseeable that the conduct in question may be criminally sanctioned at the time when the crime was allegedly committed. The Appeals Chamber agrees with the answers given by the Trial Chamber. As to foreseeability, the conduct in question is the concrete conduct of the accused; he must be able to appreciate that the conduct is criminal in the sense generally understood, without reference to any specific provision. As to accessibility, in the case of an international tribunal such as this, accessibility does not exclude reliance being placed on a law which is based on custom. The *Tadic* Jurisdiction Decision shows that individual criminal responsibility can attach to a breach of a customary prohibition of certain conduct”.

442 TPIY, Sala de Apelaciones, *Fiscal vs Pavle Strugar et al.*, Decision on Interlocutory Appeal, Caso N. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002, párrafos 9, 10 y 13.

443 TPIY, Sala de Apelaciones, *Fiscal vs Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, Decision on Dragoljub Ojdanic’ Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, Caso N. IT-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003.

444 TPIY, Sala de Apelaciones, Caso *Fiscal vs Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Núm. 01-47-AR 72, de 16 de julio de 2003.

acogiendo una interpretación más restrictiva del principio *nullum crimen sine lege* que excluye la aplicación del derecho convencional<sup>445</sup>.

En efecto, en la mencionada decisión en el caso Ojdanic,<sup>446</sup> OLÁSOLO ALONSO señala que la Sala de Apelaciones ha establecido cuatro presupuestos – confirmando los de accesibilidad y previsibilidad – que toda forma de participación en la comisión del delito debe cumplir para que pueda ser aplicada por el TPIY:

- 1) debe preverse en el estatuto del propio tribunal;
- 2) debe haber sido recogida por la costumbre internacional en el momento de producirse los hechos que presuntamente han dado lugar a responsabilidad penal individual;
- 3) la norma consuetudinaria en la que se recoge dicha forma de participación debe haber sido suficientemente accesible para cualquier persona que haya actuado de aquella manera;
- 4) quienes así hayan actuado deben haber podido prever que podrían ser considerados como penalmente responsables como consecuencia de su participación en la comisión del delito<sup>447</sup>.

No obstante, la misma Sala ha reconocido, a pesar de que la costumbre internacional no se encuentre recogida por escrito, la mayor dificultad para su accesibilidad en comparación a un código penal internacional<sup>448</sup>.

---

445 OLÁSOLO ALONSO H., *Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 6-7.

446 TPIY, Sala de Apelaciones, *Fiscal vs Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, cit., párrafo 14.

447 OLÁSOLO ALONSO H., *Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 8.

448 TPIY, Sala de Apelaciones, *Fiscal vs Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, cit., párrafo 41.

Realmente lo que hicieron aquellos Tribunales *ad hoc* fue, lejos de la delimitación del entero *corpus iuris* del derecho internacional consuetudinario, una mera declaratoria de principios consuetudinarios jamás expresos en pasado y ya evidenciada en el anterior Tribunal de Núremberg.

La defensa en todos esos casos intentó, por lo tanto, vanamente, denunciar la falta de conocimiento por parte de los imputados de los comportamientos vetados, una interpretación expansiva, en contraste con la interpretación extensiva que aquellos jueces hicieron del derecho internacional humanitario.

- *Tribunal ad hoc para Ruanda*

En cuanto al Tribunal *ad hoc* para Ruanda, como hemos visto anteriormente, este tribunal tuvo origen en ocasión de los conflictos internos y transfronterizos entre las Fuerzas Armadas del Gobierno de Ruanda controlado por el grupo étnico Hutu, y el Frente Patriótico Ruandés (FPR) de la etnia Tutsi que operaba desde Uganda y zonas del norte de Ruanda. Inicialmente, tanto Ruanda como Uganda pidieron la intervención del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>449</sup> y el 4 de agosto de 1993 las conversaciones de paz en curso llevaron a la suscripción de un acuerdo que preveía el establecimiento de un gobierno provisional transitorio que se habría mantenido hasta las posteriores elecciones de un gobierno elegido democráticamente. Paralelamente se instaló el 5 de octubre siguiente la “Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda” (UNAMIR), para garantizar la aplicación del acuerdo y la celebración de las elecciones para la instauración del nuevo gobierno. Sin embargo, la situa-

---

449 A partir de los conflictos ocurridos desde octubre de 1990, ambos Estados de Ruanda y Uganda pidieron al Consejo de Seguridad de N. U. que desplegara observadores militares a lo largo de la frontera común para evitar los enfrentamientos. Fue enviada una misión de buena voluntad, una misión técnica y asistencia humanitaria en ayuda de 900.000 personas y fue, finalmente, establecida, el 22 de junio de 1993, la “Misión de Observadores de las Naciones Unidas para Uganda y Ruanda” (UNAMUR).



ción interna se deterioró rápidamente<sup>450</sup> hasta un punto en que la población de Ruanda llegó a contar con la pérdida de casi tres millones de personas aproximadamente, contexto en el que la Comisión recomendó, finalmente, al Consejo de Seguridad tomar las acciones necesarias para asegurar el castigo de los responsables.

Fue así que el 8 de noviembre de 1994 el Consejo de Seguridad adoptó la resolución n. 955, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de N. U.<sup>451</sup>, decidiendo a tal fin establecer este conocido Tribunal. Hay que resaltar que, en este caso, y a diferencia de los tribunales precursores, fue el mismo gobierno ruandés el que, en cuanto parte afectada por los crímenes cometidos y en cuanto Estado miembro del Consejo de Seguridad, optó para la decisión de establecer dicho tribunal, participando de todas las negociaciones y deliberaciones sobre el Estatuto<sup>452</sup>.

Por lo tanto, el art. 7 del Estatuto de este tribunal, sobre la jurisdicción territorial y temporal, establece:

“La jurisdicción territorial del Tribunal Internacional para Ruanda abarcará el territorio de Ruanda, con inclusión de su superficie terrestre y su espacio aéreo, así como el territorio de Estados vecinos en cuanto atañe a graves violaciones del derecho humanitario internacional cometidas por

---

450 Fue como consecuencia de los eventos del 6 de abril de 1994 que registraron la muerte del Presidente de transición de Ruanda, Juvénal Habyarimana, y del Presidente de Burundi, Cyprien Ntaryarima, a causa de un ataque dirigido contra el avión en que regresaban de las conversaciones de paz en Tanzania, que empezaron a tener lugar violencias y matanzas con dimensiones políticas y étnicas. Además de ellos murieron el Primer Ministro, los miembros de gabinete, los funcionarios de gobierno y los propios miembros de la UNAMIR y ya el 8 de abril la guerra había asumido proporciones de genocidio.

451 Relación del Secretario General BOUTROS-GHALI B., “The United Nations and Rwanda 1993-1996”, en *The United Nations Blue Books*, Volume X, 1996, p. 65.

452 AKHAVAN P., “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *American Journal of International Law*, Vol. 90, Nº3, 1996, p. 504. El autor señala que fue la derrota del grupo responsable del genocidio ocurrido en Ruanda más la voluntad del gobierno sucesor formado por el Frente Patriótico Ruandés que constituyeron las bases para castigar a los responsables de la comisión de tales crímenes internacionales.

ciudadanos de Ruanda. La jurisdicción temporal del Tribunal Internacional para Ruanda abarcará un período comprendido entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”.

Al mismo tiempo el art. 15 del mismo Estatuto dictó:

“El Fiscal se encargará de la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”.

En cuanto al principio de legalidad, en el caso *Rutaganda*, ante el Tribunal Internacional de Ruanda, el mismo Tribunal afirmó no haber violado el principio *nullum crimen sine lege* en los siguientes términos:

“la Sala debe estar satisfecha de que el principio *nullum crimen sine lege* no haya sido violado. Efectivamente, la creación del Tribunal, como respuesta a los crímenes perpetrados en Ruanda en 1994, dio lugar a la cuestión sobre su competencia/jurisdicción– muy familiar a los anteriores Tribunales de Núremberg y para la ex Yugoslavia – por la aplicación de leyes *ex post facto* en violación del principio de legalidad. Sin embargo, el Secretario General estableciendo el Tribunal para la ex Yugoslavia dijo que la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* requiere que dicho tribunal internacional debería aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario que constituye, sin dudas, parte de la costumbre internacional”<sup>453</sup>.

---

453 TPIR, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Rutaganda*, Juicio y Sentencia, Caso n. 96-3T, de 6 de diciembre de 1999, párrafo 86.

Efectivamente, fue a partir de estos dos Tribunales *ad hoc* que fue confirmada una actitud de los jueces vuelta favorablemente a la interpretación extensiva del derecho internacional humanitario.

- *Tribunal especial para Sierra Leona*

Delante del Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona, en el reciente caso *Norman*, de 31 de mayo de 2004, el Juez Robertson, se pronunció en los siguientes términos, en tema de legalidad:

“El principio de legalidad, algunas veces expresado a través de la regla contra la retroactividad, requiere que el acusado al tiempo de la comisión de los actos que constituyen delito debe estar en la condición de conocer, o por lo menos fácilmente reconocer que esos actos pueden implicar consecuencias penales. El hecho que su conducta pueda ofender o incluso horrorizar a las personas no basta para considerarla ilegal en ausencia de dicha prohibición. El requisito aclara que no será necesariamente cumplido si hayan habido precedentes y exitosas persecuciones con respecto a una conducta similar, ya que hay que haber una primera persecución por cada crimen ya que estamos en la precoz etapa de la aplicación del derecho penal internacional. Ni es necesario para eso que al tiempo de su comisión exista una corte internacional con el poder de castigarla o el presagio que tal corte será necesariamente establecida. En cada caso, la cuestión es si el acusado, al tiempo de la conducta que no estaba claramente prescrita como criminal por la ley nacional del lugar de su comisión, habría podido verificar por medio de la competente recomendación legal, que la misma era contraria al derecho penal internacional”<sup>454</sup>.

---

454 TPISL, *Fiscal vs Norman*, Caso No. SCSL-04-14-AR72 (E), Opinión discordante del Juez Robertson, de 31 de mayo de 2004, párrafo 13.

### 2.3 – *El nullum crimen sine lege desde los Comités Preparatorios hacia el Estatuto definitivo de la Corte Penal Internacional*

Como hemos tenido ocasión de ver, el trabajo y la obra de aquellos Tribunales *ad hoc* fue únicamente la expresión de la voluntad de castigar aquellas terribles conductas contrarias a cualquier tipo de principio moral existente y perteneciente a cualquier tiempo o época, identificadas bajo aquel conjunto de normas conocido como “derecho internacional consuetudinario humanitario”, y todo eso aparece, desconcertantemente, incompatible con el principio de legalidad sobre el que se investiga<sup>455</sup>.

Fue, en todo caso, a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial cuando el principio de legalidad tuvo siempre una mayor afirmación, también en el ámbito internacional, por un lado, sobre la base de aquel gran número de procesos – en ambos niveles nacional e internacional – directos hacia la persecución y castigo de los perpetradores de los terribles y atroces crímenes y, por otro lado, acompañada por la conclusión de los Tratados Internacionales antes mencionados, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 11.2), la tercera Convención de Ginebra de 1949 (art. 99), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 7), el Convenio de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 15), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 9), la Carta Africana de los Derechos Humanos y de las Personas (art. 7.2), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia y en-

---

455 SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, op. cit., p. 284. El autor sostiene que “la afirmación de la regla *nullum crimen* excluye toda posibilidad de que la Corte pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios [si bien] de algún modo esta postura es contraria a la tendencia de las persecuciones internacionales de crímenes de guerra, establecida en la jurisprudencia de los tribunales de Núremberg y La Haya”.

trada en vigor el 21 de octubre de 1986, el Protocolo Adicional II que prohíbe la persecución de bajo una ley *ex post facto* o retroactiva.

En todo caso, la afirmación del mismo principio, después de las experiencias de los Tribunales *ad hoc*, fue llevada adelante paralelamente a la elaboración de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad<sup>456</sup>, y paralelamente a la intención de establecer, a través de los trabajos de 1994 a 1998 de un Comité Preparatorio *ad hoc*, aquella institución cuyo Estatuto iremos analizando: la Corte Penal Internacional<sup>457</sup>. En efecto, la elaboración de ambos Proyectos de Código

---

456 BASSIOUNI M. C., *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 15. Si bien la idea de un Código Penal Universal ha estado siempre presente en la doctrina, Naciones Unidas ya a partir de la reunión de la Comisión de Derecho Internacional de Lake Success, de 12 de mayo a 17 de junio de 1947, redujo esta idea a la elaboración de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, código parcial e incompleto al no abarcar todos los delitos internacionales (como, por ejemplo, la piratería, el tráfico de estupefacientes, la trata de mujeres y niños, la esclavitud, la falsificación de monedas y los daños a los cables submarinos), sino sólo aquellos que atentan o amenazan la paz y seguridad internacionales. Después de los dos periodos de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional la Asamblea General dictó la resolución 897 (IX), de 4 de diciembre de 1954, que aplazó el proyecto, por los problemas relacionados con la definición de "agresión" (la cual habría tardado unos veinte años, hasta la resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974), y a las cuestiones políticas debidas a la guerra fría en acto. Véase, también, BLANC ALTEMIR A., *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 31-33. Desde entonces, la Comisión continuó, año tras año, trabajando y presentando sus informes a la Asamblea General, la que tomaba nota de los avances y solicitaba a los Estados a efectuar nuevas observaciones, hasta que se aprobó el primer borrador del Código, en 1991, y el segundo, en 1996, cuando ya había sido aprobado el texto definitivo del "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad" (véase p. 196, nota 351).

457 NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, 5ª edición, Anexo, Nueva York, 1996, pp. 34-39. En cuanto a los Trabajos Preparatorios, fueron numerosos las resoluciones de la Asamblea General y los informes de la Comisión de Derecho Internacional que impulsaron hacia la necesidad de una Corte Penal Internacional. Así cronológicamente se sucedieron: la resolución 260 B (III), de 9 de diciembre de 1948, con la que la Asamblea invitó a la Comisión de Derecho Internacional a examinar la conveniencia y posibilidad efectiva de crear un órgano judicial internacional o, incluso, de crear una Sala Penal en la Corte Internacional de Justicia; en 1950, la Asamblea General estableció, por resolución 498 (V) de 12 de diciembre, la creación de una Comisión Especial compuesta por los representantes de 17 Estados miembros, con el fin de preparar propuestas concretas en cuanto al Tribunal y al Estatuto de la Corte (se propuso el carácter permanente); con resolución 687 (VII) la Asamblea decidió nombrar una nueva Comisión que introdujo algunos cambios al proyecto de Estatuto de 1951 y preparó dos variantes del texto dependiendo si la Corte hubiera sido un órgano indepen-

de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y Estatuto de la CPI hasta entonces habían corrido por separado. Sin embargo, como señala WERLE: “desde entonces, tanto las reglas sobre el establecimiento y la competencia de un tribunal penal internacional como los tipos penales están contenidas en un único documento”<sup>458</sup>. En resumen, fue a partir de este largo proceso de desarrollo de ambos proyectos cuando, posteriormente, en la Conferencia Diplomática de junio-julio de 1998 habría tenido lugar la afirmación del Estatuto de aquella Corte.

En primer lugar, el objetivo que se pusieron en los trabajos preparatorios fue aquel de aclarar el alcance del principio de legalidad y prevenir cada tipo de crítica que hubiese ya sido expuesta y manifestada bajo el Tribunal de Núremberg<sup>459</sup>.

---

diente o vinculado a Naciones Unidas; con las resoluciones 898 (IX) de 14 de diciembre de 1954 y 1187 (XII) de 11 de diciembre de 1957 la Asamblea decidió aplazar el examen del informe hasta el examen del informe de la nueva Comisión Especial para la cuestión de la definición de la agresión y del proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (véase, supra, nota 339); la intención de crear una CPI fue prácticamente olvidada hasta que avanzaron los trabajos del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad a partir del cual se vio como real la posibilidad de su adopción a través de un Tribunal internacional permanente. A partir de aquel momento, se sucedieron así: la resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991 con la que la Asamblea General “invitó” a la Comisión a hacer un análisis del contexto internacional para, eventualmente, hacer propuestas para el establecimiento de mecanismos u órganos jurisdiccionales internacionales; la Comisión de Derecho Internacional estableció, en su 44º periodo de sesión de 1992, un grupo de trabajo específico que se ocupara de ese fin, grupo que emitió un informe en el que se constataba la posibilidad de crear un tribunal penal internacional para juzgar a individuos responsables de la comisión de crímenes internacionales contenidos, por un lado, en los tratados internacionales y, por otro, en el futuro Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad; con resolución 47/33 de 25 de noviembre de 1992, la Asamblea renovaba este mismo mandato a la Comisión, haciendo enfoque sobre todo, sobre la elaboración de un Proyecto de Estatuto de la CPI.

458 WERLE G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 69.

459 QUEL LÓPEZ F. J., “Los Efectos de la Creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el Orden Interno Español”, op. cit., p. 62; PELLET A., “Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie – poudre aux yeux ou avancée décisive?”, op. cit., p. 31.

El Proyecto de Estatuto para una CPI de la Comisión de Derecho Internacional, sometido a la Asamblea General en 1994<sup>460</sup>, en realidad no contenía alguna sección específica relativa a los principios generales así que la Asamblea, con resolución 49/53, de 9 de diciembre de 1994, acogió favorablemente el proyecto y las recomendaciones, decidiendo, no obstante, establecer un Comité Especial *ad hoc*<sup>461</sup> – abierto a todos los Estados miembros y a organismos especializados – para, *in primis*, examinar las principales cuestiones derivadas del proyecto, y, posteriormente, convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios para negociar el tratado a fin de promulgar el Proyecto de Estatuto<sup>462</sup>.

Como sabemos, los Estatutos de los anteriores Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, tampoco contenían una “parte general sobre principios” y hasta el Informe del Comité *ad hoc* de 1995 no se empezó, todavía, a considerar la opción de que una sección distinta a la que trata los “principios generales de derecho penal” hubiese sido incluida en el Estatuto mismo, o en un anexo a él, lo que fue justificado por el Comité en las siguiente palabras:

---

460 NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en su 46° Período de Sesiones*, Asamblea General Doc. de Naciones Unidas A/49/355, de 1 de septiembre de 1994, en particular los artículos 33, 39, 40 y 42. El Proyecto de Estatuto – en el que se tomaron en consideración los tratados internacionales vigentes, las propuestas anteriores de instituir a la CPI, los Derechos internos de los Estados de las distintas tradiciones jurídicas e, incluso, el Estatuto del Tribunal Internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia – constaba de 60 artículos divididos en ocho títulos y trataba las siguientes materias: el título 1 sobre la creación del Tribunal; el título 2 sobre la composición y administración del Tribunal; el título 3 sobre la competencia del Tribunal; el título 4 sobre la instrucción y el procedimiento penal; el título 5 sobre el juicio oral; el título 6 sobre la apelación y la revisión; el título 7 sobre la cooperación internacional y la asistencia judicial; el título 8 sobre la ejecución de las penas.

461 El Comité *ad hoc* encargado por la Comisión de Derecho Internacional trabajó en dos grupos de sesiones: en el primero, se dedicó a determinar la relación de la futura CPI con ambos tipos de Estado – parte y no – y las reglas generales de derecho penal que debían ser incorporadas; en el segundo, se dedicó a efectuar las modificaciones necesarias al proyecto de Estatuto.

462 NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, 5ª edición, op. cit., p. 39. Véase, también, “Historia de la CPI”, en <http://www.iccnw.org/?mod=icchistory&lang=es>.

“garantizaría el grado de predicción y certeza requerida para que los derechos del acusado y el desempeño de la defensa para responder a los cargos sean plenamente respetados, y promover jurisprudencia uniforme”<sup>463</sup>.

El Proyecto de Estatuto la Comisión de Derecho Internacional había inicialmente consagrado en el art. 39 la regla del *nullum crimen sine lege*, estableciendo que un imputado o acusado no habría sido considerado culpable de genocidio, agresión, violación seria de ley y costumbre aplicable en los conflictos armados, o crímenes contra la humanidad, si el acto u omisión en cuestión no hubiese ya sido considerado como crimen bajo la ley internacional en el momento en el que esa acción u omisión hubiese sido cometida y, sobre todo, si alguna jurisdicción nacional habría también fracasado en incorporar en su ordenamiento nacional las disposiciones internacionales imputadoras contrarias a su ley nacional. Todo esto se realizó a través de una disposición, el art. 20 del Proyecto de Estatuto<sup>464</sup>, que distinguía entre los crímenes principales (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y de agresión) y aquellos convencionales, consagrados en los tratados internacionales (tráfico internacional de drogas, tortura, tomas de rehenes, secuestro, etc...). Según lo primeros, un acusado no podía ser declarado culpable con excepción de que el acto u omisión en cuestión constituyera ya un crimen bajo la ley internacional; según los últimos, en vez, la culpabilidad se averiguaba si el tratado en cuestión resultase aplicable a la conducta del acusado<sup>465</sup>.

---

463 *Informe del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 51ª Sesión, Suplemento N° 10 (A/51/10), Vol. I, párr. 179, pp. 41-44.

464 *Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/49/10), cap. II.B.I.5.

465 SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, op. cit., pp. 281 y ss.



A pesar de esta distinción se atribuía a los crímenes principales el origen en la costumbre internacional o en los principios generales, y se requerían la intervención y determinación de la Corte sólo en cuanto a la aplicación del principio de irretroactividad, mientras que, en cuanto a los crímenes convencionales, siendo su determinación más directa por su origen convencional, se consideraban ya suficientemente determinados y, por lo tanto, no necesitaban de alguna intervención por parte de la Corte.

Por cierto, la Comisión de Derecho Internacional no alcanzó a proveer una definición detallada de los crímenes centrales, sino estableció solamente los títulos de las ofensas, dejando a la Corte la elaboración de su contenido.

Por lo tanto, en 1995, delante del Comité Preparatorio *ad hoc* establecido por la Asamblea General de Naciones Unidas, surgieron las preocupaciones de que el principio de legalidad requiriera la definición y no la mera enumeración de los crímenes y, en particular, la definición de principios generales, discriminantes, de la ley procesal aplicable y de los elementos de prueba<sup>466</sup>.

---

466 *Informe del Comité ad hoc para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50ª Sesión, Suplemento N° 22/A/50/22, párr. 52, 180 y 185. En las palabras del Comité: “los crímenes en el ámbito de la jurisdicción de la Corte deberían ser definidos con claridad, precisión y especificidad requeridos por el derecho penal y de conformidad con el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*)”; más aun: “había amplio acuerdo en que los principios fundamentales de derecho penal aplicados a los crímenes punibles según el Estatuto deberían claramente ser expuestos en el Estatuto de conformidad con el principio de legalidad...fue notado que las convenciones que definen los crímenes internacionales proveían sólo un aspecto del derecho penal sustancial; esas no contenían los principios de responsabilidad penal, las discriminantes y las demás reglas generales de derecho penal para ser usadas para aplicar las definiciones de los crímenes...La articulación de los principios fundamentales de derecho penal en el Estatuto fue considerada una constante con la prerrogativa de los poderes legislativos de los Estados soberanos. Eso daría a potenciales Estados-partes una clara comprensión de las obligaciones contraídas. Eso habría, también, provisto una clara dirección a la Corte y promovido una consistente jurisprudencia. Además, eso habría asegurado previsibilidad y certeza en la aplicación de la ley, esenciales para la protección de los derechos de los acusados” (*Ibidem*, 647-648).

En los años 1996-1998, así, para el Comité Preparatorio establecido por la Asamblea General apareció indiscutible la exigencia de garantizar mayor certeza jurídica a través del *nullum crimen*. Para hacer frente a esta problemática, el Comité *ad hoc* propuso que el Proyecto contuviera una definición extremadamente detallada de los crímenes principales, haciendo referencia al derecho convencional o consuetudinario sólo en los casos extremos<sup>467</sup>. En efecto, el Comité no encontró mucha dificultad en encontrar en los textos ya ampliamente ratificados por los Estados los elementos de los principales crímenes de genocidio (a través de la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio, de 1951), agresión (a través del Acuerdo para la Persecución y el Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo (art. 6 letra a) y establecimiento del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, de 1951), crímenes de guerra (a través de la Convención Internacional referida a las leyes y usos de la guerra terrestre, de 1910, las Convenciones de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, los Estatutos para los Tribunales Penales Internacionales respectivamente de la ex Yugoslavia y Ruanda) y crímenes contra la humanidad (a través del Acuerdo para la Persecución y el Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo (art. 6 letra c), Proclama Especial del Comandante Supremo para los Poderes Aliados e Tokio (Estatuto del Tribunal de Tokio), y, una vez más, los Estatutos para los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda).

Fue así que, gracias al posterior Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de 1996<sup>468</sup>, se propusieron otras cuantas disposicio-

---

467 *Ibidem*, párr. 57, p. 12.

468 Véase, *supra*, nota 339. NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en el 48° Período de Sesiones*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 51ª Sesión, Suplemento N. 10, A/51/10, Nueva York, 1997, I 8 HRLJ 96, pp. 10 y ss. El informe es dotado de una introducción general y de un comentario explicativo con la historia y evolución de cada norma. Es importante evidenciar que gran parte de las disposiciones están todavía plenamente vigentes siendo aplicables tanto por los Tribunales internacionales como por los internos nacionales y siendo

nes incluidas en el cuadro de los principios generales: la responsabilidad individual, de mando, la posición de oficial, las circunstancias que eximen de la responsabilidad, entre las más importantes, y, además, se enriqueció las disposiciones relativas al principio de legalidad y a las condenas múltiples<sup>469</sup>.

En cuanto al principio de legalidad, el art. 13 del Proyecto de Código dicta lo siguiente:

“Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de que entre en vigor. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional”.

---

establecidas sea por tratados o convenciones, o consideradas como parte del derecho internacional consuetudinario.

469 El proyecto final de Código de 1996, cuyas definiciones parecen más depuradas y específicas que las contenidas en el Estatuto del precursor Tribunal de Núremberg, consta de una parte I, titulada “Disposiciones Generales”, que trata los temas siguientes: al art. 1 el ámbito de aplicación del Código; al art. 2 la responsabilidad individual, los distintos tipos de autoría y de participación; al art. 3 la pena o sanción que es proporcional a la naturaleza y gravedad del crimen; al art. 4 la responsabilidad de los Estados, de conformidad al Derecho Internacional e independientemente de aquella individual; al art. 5 las órdenes del gobierno o del superior jerárquico (eliminadas como eximentes de la responsabilidad, y eso, sin perjuicio de que puedan constituir atenuantes “si así lo exige la equidad”); al art. 6 la responsabilidad del superior jerárquico por el crimen cometido por un subordinado (cuando el superior sabía que se iba a cometer uno de esos crímenes y no hizo nada para impedirlo); al art. 7 el carácter oficial del autor que, incluso en el caso de jefe de Estado, no constituye eximente ni atenuante de responsabilidad penal; al art. 8 se solicita a cada Estado parte de adoptar las medidas necesarias para juzgar sobre los crímenes previstos en el código; al art. 9 se consagra el principio *aut dedere aut judicare* (la obligación de cada Estado parte de conceder la extradición o de juzgar a los presuntos autores de los crímenes); al art. 10 se regula la extradición de los presuntos culpables; al art. 11 se señalan las garantías judiciales; al art. 12 se establece el principio del *ne bis in ídem* (para evitar más condenas del mismo autor por el mismo hecho criminoso); al art. 13 aquel de la irretroactividad penal; al art. 14 las circunstancias eximentes de responsabilidad; al art. 15 las circunstancias atenuantes de responsabilidad. La parte II del proyecto, titulada “Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, establece la tipificación de los delitos: al art. 16 el crimen de agresión; al art. 17 el crimen de genocidio; al art. 18 los crímenes contra la humanidad; al art. 19 los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado; al artículo 20 los crímenes de guerra. Además, “Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes de derecho Internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta importante esfera del Derecho”.

La Comisión, además, señala que “la prohibición de la retroactividad del derecho penal se refleja en el principio *nullum crimen sine lege*”<sup>470</sup>, citando a los instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen el mismo principio.

La Comisión Preparatoria – PrepCom – en su primera sesión se dedicó a cuestiones administrativas y procesales, y en la segunda tomó en consideración el recién aprobado Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad<sup>471</sup>. Con respecto a la regla del *nullum crimen*, esta no fue incluida formalmente en el anexo del Informe del Comité *ad hoc* ya que las cuestiones definidas como “sustanciales”, relativas a la irretroactividad y al castigo por obra del derecho internacional consuetudinario, requerían ulterior discusión<sup>472</sup>. La disposición del Informe titulada “*nullum crimen sine lege/irretroactividad*”<sup>473</sup>, ubicada en la sección de “Principios Generales de Derecho Penal”, hacía una distinción entre ambos conceptos por la cual, con respecto al primero, el Comité relevó que el Proyecto del Estatuto debía fijar la regla en una disposición informal, mientras que, con respecto a la irretroactividad se requirió una disposición específica, para delimitar correctamente la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto<sup>474</sup>. En cuanto a los crímenes principales, el Comité Preparatorio coincidió con la

---

470 NACIONES UNIDAS, *Informe*, op. cit., pp. 77-78. Se aclara que la formulación del principio no excluye que conductas previas puedan ser juzgadas sobre la base de un fundamento jurídico diferente, como, por ejemplo, el delito de genocidio, sobre la base de la Convención o como norma de derecho consuetudinario y que el principio de irretroactividad se aplica también a la imposición de una pena más severa que la aplicable en el momento en que se cometió la infracción penal.

471 El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, fue finalmente empleado por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Roma en la que se adoptó el Estatuto de la CPI. Los proyectos originarios de Estatuto, como mejor veremos a continuación, nunca contuvieron principios generales de derecho penal.

472 *Informe del Comité ad hoc para el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 58. Véase, AMBOS K., “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code”, *European Journal of International Law*, issue vol.7 N°4, 1996, pp. 520 – 521. Disponible en internet: <http://www.ejil.org/pdfs/7/4/1391.pdf>.

473 NACIONES UNIDAS, *Informe...*, op. cit., p. 41.

474 *Ibidem*, Vol. II, Parte III bis, pp. 79 y 80, 202 y 203.

propuesta del Comité *ad hoc* para proponer definiciones extremadamente detalladas<sup>475</sup>.

Finalmente, en la sesión del Comité Preparatorio de febrero de 1997 fue delineada definitivamente la cuestión incluyendo en la formulación precursora a aquella final del Estatuto de Roma, la primera disposición titulada “*nullum crimen sine lege*” que mantenía la distinción entre crímenes principales y convencionales hecha ya a partir del citado Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional<sup>476</sup>.

Más aún, fueron definidos ambos tipos de crímenes en el primer párrafo de aquel artículo del Estatuto y al segundo párrafo se estableció:

“La conducta no será considerada criminal y las sanciones no serán impuestas bajo este Estatuto por analogía”.

Al tercer párrafo fue incluida la “cláusula de salvamento” para la ley consuetudinaria:

“El párrafo 1º no afectará el carácter de esa conducta como crímenes según la ley internacional, al margen de este Estatuto”<sup>477</sup>.

La segunda disposición, a su vez, fue titulada “irretroactividad” y estableció al primer párrafo que una persona no pudiese ser considerada culpable y responsable penalmente si la conducta que se le atribuía hubiese sido cometida con anterioridad a su consagración formal como crimen, mientras en el segundo párrafo fue incluida la posibilidad para el acusado de poder ser beneficiado por la ley posterior, más benigna, si la ley anterior hubiese sido modificada antes de que hubiese sido dictada la sentencia o

---

475 *Ibidem*, pp. 5 a 69.

476 Esta disposición introdujo el precursor art. 22 (3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

477 U.N. Doc. A/AC.249/1997/L.5, p. 19; U.N. Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.I.

decisión final<sup>478</sup>. Esta versión que representa la base para el artículo actual, apareció sin ningún cambio o modificación significativa en el texto preparado al cabo del encuentro de enero de 1998 en Zutphen, Países Bajos, y se quedó sin sustanciales enmiendas en el texto final del Informe del Comité Preparatorio el que fue completado antes de la Conferencia Diplomática<sup>479</sup>.

Entre otras, el Grupo de Trabajo sobre “Principios Generales de Derecho Penal” presentó a la Conferencia Diplomática un Proyecto final de Principios Generales de 14 artículos, de 21 a 34 del Informe del Comité Preparatorio<sup>480</sup>.

La Conferencia de Roma se llevó a cabo entre los días 15 de junio y 17 de julio en la ciudad de Roma, Italia, contando con la participación de 160 países en las negociaciones y, entre ellas, incluso las delegaciones más comprometidas con el establecimiento de la CPI estuvieron de acuerdo en que su jurisdicción “abarcará sólo los tipos de actos más ampliamente reconocidos como crímenes según el derecho internacional, de modo de atraer la firma y ratificación de tantos Estados como fuera posible, para aumentar la universalidad de la Corte”<sup>481</sup>.

En la Conferencia Diplomática hubo sólo un rápido debate sobre el texto final del Proyecto sobre el *nullum crimen*, el que fue adoptado como artículo 22 con unas pequeñas modificaciones<sup>482</sup> – la incorporación del re-

---

478 U.N. Doc. A/AC.249/1997/L.5, pp. 19 y 20; U.N. Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.I.

479 *Informe para la Corte Penal Internacional, Parte I del Apéndice al Informe del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998), Art. 21, párrafo 57.

480 U. N. Doc. A/Conf.183/2/Add.I, pp. 48 a 60.

481 SUNGA L., “La jurisdicción “*ratione materiae*” de la Corte Penal Internacional (arts. 5° a 10° del Estatuto de Roma)”, en AMBOS K., GUERRERO J. O. (Eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 237-238.

482 *Informe del Grupo de Trabajo sobre los Principios generales de Derecho Penal*, U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGGP/L.4 (18 de junio de 1998), Art. 21, p. 2; Hubo también

quisito de la *strict construction* – no obstante la referencia a los crímenes convencionales fue considerada innecesaria y por lo tanto fue eliminada<sup>483</sup>. Con la afirmación de dicha regla se excluyó la posibilidad de que la Corte pudiese juzgar los delitos consuetudinarios, contrariamente a la postura tensa al respecto de la persecución internacional de los crímenes de guerra asumida en las jurisprudencias de los Tribunales de Núremberg<sup>484</sup>.

La versión final adoptada por la Conferencia Diplomática y relativa al principio de irretroactividad no tuvo, tampoco, unos cambios significativos con respecto de los proyectos anteriores<sup>485</sup>. Con respecto a este principio, el cual fue simple e inusualmente añadido por el Comité de Redacción, probablemente como compromiso de último momento, se añadió una nota de pie de página que dictaba lo siguiente:

“La cuestión se ha suscitado en lo que respecta a la conducta que se inició antes de la entrada en vigor y continúa después de ella”<sup>486</sup>.

Las críticas fueron, evidentemente, relativas a aquellas conductas cometidas por criminales anteriormente a la entrada en vigor del Estatuto, las que garantizaban una suerte de impunidad a los autores previos<sup>487</sup>, impunidad que, por suerte – aunque contrariamente a la teorías clásicas sobre el principio de legalidad penal – no se concretó, ya que los Estados con-

---

cambios menores y unas pocas notas explicativas en el texto del Comité de Redacción: U.N. Doc. A/Conf. 183/C.I./L.76/Add. 3 (16 de julio de 1998), p. 1.

483 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGGP/L.I.

484 *France et al. vs Goering et al.*, (1946) 23 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, 13 I.L.R. 203 41 AJIL 172; TPIY, Juicio de la Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic* (IT-94-I-AR72), de 2 de octubre de 1995.

485 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGGP/L.4, p. 2.; U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGGP/L.4, Corr.I.

486 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/L.65/Rev. I, p. 2. No hubo nota de pié de página en la versión final adoptada por la Conferencia: U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/L.76/Add.3, pp. 1 y 2.

487 SCHABAS W. A., *Preserve Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice ad the Ad hoc Tribunals*, 11 (3) EJIL 521, 2000, párrafo 538.

templaron la jurisdicción universal para dichos delitos, cuya gravedad fue tan manifiesta.

En cuanto a la sección de “Principios Generales de Derecho Penal” se llegó a la aprobación de los artículos 22 a 33 contenidos en la Parte III del Estatuto, que por ciertos aspectos se acerca a una “Parte General” del entero derecho penal internacional aunque muestra un menor nivel de madurez en comparación a los tipos penales que recoge el Estatuto<sup>488</sup>.

La Conferencia Diplomática, en fin, incorporó, también, en el art. 23 – considerándolo también este, sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Penas, como principio general de ubicarse enseguida, después de la disposición relativa al *nullum crimen*<sup>489</sup> – una nueva disposición relativa a “la otra mitad del principio de legalidad”, es decir, el *nulla poena sine lege* y la prohibición de penas retroactivas. México sugirió<sup>490</sup> que dicha disposición fuese reformada por el presidente del Grupo de Trabajos sobre Penas<sup>491</sup> así que fue adoptada posteriormente al fallido intento de enmienda del grupo árabe el que consagró todos sus esfuerzos para hacer introducir la pena de muerte en el Estatuto de Roma<sup>492</sup>.

### 3 – *El nulla poena sine lege en el sistema de justicia penal internacional precursor a la CPI*

#### 3.1 – *El nulla poena sine lege delante del Tribunal Internacional de Núremberg y Tokio*

Mientras el principio *nullum crimen sine lege* ha experimentado una clara evolución en el derecho penal internacional, cada vez más cercano a la

---

488 WERLE G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 75.

489 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGP/L.65/Rev.1, p. 2.

490 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGP/L.4.

491 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGP/L.8.

492 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGP/L.11.



tradición de derecho positivo, con respecto al principio de legalidad de la pena se constata una evolución menos significativa<sup>493</sup>.

Los Tribunales de Núremberg y Tokio tuvieron amplia libertad para determinar las penas que aplicaron, incluida la pena de muerte<sup>494</sup>.

Con respecto a los criminales de guerra llevados a Núremberg, esos invocaron, también, el citado principio en el ámbito de la aplicación de las penas. El Tribunal rechazó estas excepciones haciendo referencia a la generales Convenciones de La Haya de 1907, las que ya establecieron el castigo de tales crímenes según la ley de guerra en vigor, y esto, sin perjuicio de que el castigo *ex post facto* de esos crímenes hubiese sido considerado aberrante para la ley de cualquiera nación civilizada, y no obstante ninguna ley anterior, ninguna sentencia anterior, habían definido como criminosas ni tales conductas, ni alguna mención de castigar con penas determinadas a los perpetradores de dichos crímenes hubiese ya sido hecha anteriormente por parte de algún Tribunal que hubiese sido creado con este intento o propósito de justicia<sup>495</sup>.

Por cuanto concierne a la pena de muerte, unos manuales militares declaraban que los crímenes de guerra pudieran ser castigados con dicha pena<sup>496</sup>, y el ejemplo más claro está representado por el Tribunal Internacional de Núremberg el que establece en su art. 27 del Estatuto lo siguiente: “En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa”.

---

493 LLEDÓ R., *El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 258.

494 El artículo 27 del Estatuto del Tribunal de Núremberg disponía: “En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa”.

495 GOERING et al. (1946) 22 IMT 203).

496 US Army Manual, Rules of Land Warfare, Field Manual 27-10, 1 de octubre de 1940, párrafo 357.

Así, en el famoso caso noruego *Klinge*, fue rechazada por parte del Tribunal noruego en examen la solicitud del acusado que demandaba la no aplicación en su caso de la pena de muerte, y esto, debido al hecho de que las violaciones de las leyes y de la costumbre internacional de guerra ya habían sido precedentemente castigadas con la pena de muerte en derecho internacional, es decir, ya había precedente judicial vinculante<sup>497</sup>.

En principio parece muy difícil conciliar el principio de legalidad de las penas, en los términos de “penas más graves aplicables en el momento de la comisión del delito” contempladas por los mencionados instrumentos internacionales, con la penas máximas aplicadas en unos casos de crímenes internacionales de guerra.

### 3.2 – *El nulla poena sine lege según la práctica de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda*

La formulación del *nulla poena* tiene origen ya a partir del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia cuyo art. 24 del Estatuto establece, con respecto a las penas aplicables, lo siguiente:

“La Cámara de Primera Instancia sólo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, la Cámara de Primera Instancia recurre a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de la ex-Yugoslavia. Al imponer cualquier pena, la Cámara de Primera Instancia tiene en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado. Además del encarcelamiento del condenado, la Cámara de Primera Instancia puede ordenar la restitución a sus propietarios de todos los bienes y recursos que les hayan sido arrebatados por medios ilícitos, incluyendo la coerción”.

---

497 Corte Suprema, Noruega, *Fiscal vs Klinge*, Caso n. 13 ILR 262, 1946.

En efecto, los trabajos preparatorios del Estatuto del mencionado Tribunal *ad hoc*, fueron inspirados por el principio del *nulla poena*. El Proyecto de Estatuto del Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia, acompañado por el informe emanado por la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), se mostró prácticamente receloso con respecto a los precedentes del precursor Tribunal de Núremberg relativamente a los delitos y a las penas, haciendo referencia a la ausencia de precedentes vinculantes en el ámbito de los derechos internacionales humanos y humanitarios. Fue observado que, mientras que en las experiencias pasadas la pena de muerte fue considerada aplicable, después hubo un cambio de dirección en este sentido, y el Tribunal habría tenido que imponer exclusivamente los castigos y las sanciones previstas por el Código Penal para la ex Yugoslavia<sup>498</sup>.

A parte de la exclusión de las penas pecuniarias y la previsión de la posibilidad de la restitución a sus propietarios de los bienes y recursos adquiridos por medios delictivos<sup>499</sup>, muchas cuestiones se quedaron realmente irresueltas ya que, por ejemplo, ni el Estatuto ni el Reglamento de Procedimiento y Evidencia – o Prueba (RPE) – habían establecido un criterio guía para la evaluación de la ley del tiempo de aplicación, es decir un criterio concreto que permitiera distinguir si era de aplicación la ley en vigor en el momento en el que tuvo lugar el crimen, o si lo era la ley en vigor en el momento de la apertura del proceso<sup>500</sup>.

A pesar de que el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia excluyó la pena de muerte inicialmente, pareció que la pena máxima fuese de veinte años. Un miembro permanente del Consejo de Seguridad de N. U. sugirió, a su vez, que el encarcelamiento a perpetuidad fuese, en vez, la única

---

498 COREL H., TURK. H., THUNE G. H., *Proposal for an International War Crimes Tribunal for the former Yugoslavia*, 1993, párrafo 49-53 y 111-112.

499 Art. 24, párrafo 3, del Estatuto.

500 SCHABAS W. A., *Preserve effect...*, op. cit., párrafo 526.

forma de reemplazo de la pena de muerte<sup>501</sup>. No obstante varios Estados, incluida Yugoslavia, habían abolido dicha sanción y considerado, al mismo tiempo, cruel, inhumana y degradante el castigo con pena de encarcelamiento a perpetuidad<sup>502</sup>. Aun así, y a pesar del silencio del Estatuto sobre dicho punto, los jueces del dicho Tribunal *ad hoc* admitieron, en la Regla 101 (A) del RPE, la pena máxima del encarcelamiento a perpetuidad<sup>503</sup>, teniendo en cuenta factores como la gravedad de la infracción, la situación personal del condenado, las circunstancias agravantes y atenuantes – también la eventual colaboración del imputado con el Fiscal – pero violando, al mismo tiempo, el principio del *nulla poena sine lege* y la prohibición de leyes *ex post facto*.

El Estatuto también declaró en su art. 7, después del primer párrafo dedicado a la “responsabilidad penal individual” que:

“Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”, así como el párrafo 2, que especifica:

“La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena”.

También en el párrafo 4 del mismo art. 7:

“El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”.

---

501 Madeleine Albright, UN Doc. S/PV.3217 (1993).

502 SCHABAS W. A., *Preserve effect...*, op. cit., párrafo 527.

503 BASSIOUNI M. C., MANIKAS P., op. cit., párrafos 701-702.

El art. 28, a su vez, establece los requisitos por los que el acusado puede verse beneficiado de “indulto y conmutación de pena”, es decir:

“Si el condenado puede beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual está preso, ese Estado avisa al Tribunal. El Presidente del Tribunal, de acuerdo con los jueces, decide según los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”.

En los años de los procesos ante dicho Tribunal fue aplicada la pena máxima de veinte años, aunque en otros casos se aplicó una pena mayor: en el caso *Tadic*, por las gravísimas violaciones de las Convenciones de Ginebra, la Sala de Apelación aumentó la pena a veinticinco años<sup>504</sup> aunque el Tribunal aceptó la posibilidad de aplicar la pena a perpetuidad si bien no fuese considerada parte de la ley Yugoslava<sup>505</sup>; Vladimir Šantić también fue condenado a veinticinco años de cárcel<sup>506</sup>, aunque en Apelación fue reducida a dieciocho años; Goran Jesilić y Tihomor Blaškić fueron condenados, respectivamente, a cuarenta y cuarenta y cinco años de cárcel<sup>507</sup>; en el caso *Erdemović* las acusaciones de crímenes contra la humanidad, en conexión con las masacres de Srebrenica de julio de 1995, llevaron a la aplicación de la ley Yugoslava que, sin embargo, no contenía referencia alguna sobre dichos tipos de crímenes y, por lo tanto, la Sala de Primera Instancia recurrió al siguiente dictamen:

“The Trial Chamber notes that a crime against humanity as defined in Article 5 of the International Tribunal's Statute is not, strictly speaking, provid-

---

504 TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Juicio, Caso n. IT-94-1-A, de 15 de julio de 1999.

505 *Ibidem*, párrafo 9.

506 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Kupreškić et al.*, Juicio, Caso n. IT-95-16-T, de 14 de enero de 2000, párrafos 567-636; TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Kupreškić et al.*, Juicio, Caso n. IT-95-16-, de 23 de octubre de 2001.

507 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Jesilić*, Juicio, Caso n. IT-95-10-T, de 14 de diciembre de 1999, párrafo 61; TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Juicio, Caso n. IT-94-1-A, de 15 de julio de 1999.

ed for in the Criminal Code of the Former Yugoslavia. Upon examination of this code, however, the Trial Chamber is of the opinion that the only principle which should be given weight is this: that the code reserves its most severe penalties for crimes, including genocide, which are of a similar nature to crimes against humanity”<sup>508</sup>.

No obstante, el mencionado razonamiento refleja la práctica del anterior Tribunal de Núremberg, que se encuentra, al mismo tiempo, en contraste con el art. 24 del Estatuto de dicho Tribunal, que debía asegurar la aplicación de las penas ya previstas y no hacer referencia, en cualquier caso, a unas penas que el ordenamiento nacional Yugoslavo no preveía todavía. De todas formas, ya que el art. 24 del Estatuto hacía referencia a unas penas generalmente aplicables por las Cortes Yugoslavas – y no específicamente al Código Penal Yugoslavo – el Tribunal *ad hoc* en cuestión reflejó inaplicable el art. 24 y sus propósitos y, en consecuencia, contradujo su interpretación en favor del principio del *nulla poena*. En el caso *Delalić*, por último, fue aplicada la Regla 101 (A) del RPE y, por lo tanto, la pena máxima del encarcelamiento a perpetuidad<sup>509</sup>, especificando que dicha decisión no significase una contradicción con el principio del *nulla poena* o que representase una visión restrictiva del mismo principio, sino la expresión del principio general reconocido a nivel internacional, es decir, el castigo a través de las penas más severas posibles para los crímenes contra la humanidad.

---

508 TPIY, Sala de primera instancia, *Fiscal vs Erdemović*, Juicio de 29 de noviembre de 1996, Caso n. 37 ILM (1998), pág. 1182, Rivista di Diritto Internazionale, Sentenza nel caso Erdemovic, Pres. Jorda, giudici Odio Benito, Riad 1997, vol. LXXX, fasc. 2, párrafo 35, pp. 447-488.

509 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Delalić*, Juicio, Caso n. IT-96-21-T, de 16 de noviembre de 1998, párrafo 1194.

En conclusión podemos resumir que la referencia a la práctica general del ordenamiento yugoslavo en materia de aplicación de penas, según lo que hemos visto, es meramente indicativa y no mandatoria<sup>510</sup>.

Con respecto al Tribunal *ad hoc* para el Ruanda, fue establecido, al art. 23 del Estatuto, de la misma forma que aquella para el Tribunal para la ex Yugoslavia, lo siguiente:

“La Sala de Primera Instancia sólo podrá imponer penas de privación de la libertad. Para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de Ruanda relativa a las penas de prisión. Al imponer las penas, las Salas de Primera Instancia deberán tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado. Además de imponer penas de privación de la libertad, las Salas de Primera Instancia podrán ordenar la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos, incluida la coacción”.

Asimismo, ante dicho Tribunal se consideró meramente indicativo y no mandatorio la referencia a la práctica general del ordenamiento nacional de Ruanda en el ámbito de la aplicación de las penas<sup>511</sup>. Las penas aplicadas por dicho Tribunal fueron muy graves y en unos casos se llegó a aplicar la pena capital o de muerte, aunque el Estatuto del mencionado Tribunal no hizo, en principio, ninguna mención o referencia a dicha posibilidad<sup>512</sup> existiendo, en conclusión, una violación del principio del *nulla poena sine lege*.

---

510 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Aleksovsky*, Juicio, Caso n. IT-95-14/1-T, de 25 de junio de 1999, párrafo 242.

511 TPIR, *Fiscal vs Kambanda*, Juicio y Sentencia, Caso n. ICTR-97-23-S, de 4 de septiembre de 1998, párrafo 23; *Fiscal vs Serushago*, Sentencia, Caso n. ICTR-98-39-S, de 5 de febrero de 1999, párrafo 18.

512 TPIR, *Fiscal vs Kayishema y Ruzindana*, Juicio, Caso n. ICTR-95-1-T, de 21 de mayo de 1999, párrafo 7.

Según los mismos criterios del Tribunal para la ex Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal para Ruanda estableció en su art. 6 la “responsabilidad penal individual”:

“La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”.

En el párrafo 2 del mismo art. 6, en los casos de comisión por parte de representantes de Estado o de Gobierno, se estableció lo siguiente:

“El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena”.

Por último, en el párrafo 4 del mismo artículo:

“El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional para Ruanda determina que así lo exige la equidad”.

Asimismo para poder verse beneficiado de “indulto y conmutación de pena”, el art. 27 del Estatuto dictó lo siguiente:

“Si conforme a la legislación aplicable del Estado en que el condenado está cumpliendo la pena de prisión, éste tiene derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena, ese Estado lo notificará al Tribunal Internacional para Ruanda. Sólo podrá haber indulto o conmutación de la pena si, tras haber consultado a los magistrados, lo decide así el Presidente del Tribunal Internacional para Ruanda basándose en los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”.



Podemos comprobar fácilmente que las letras de dichas disposiciones son prácticamente casi idénticas de contenido a aquellas del precursor Tribunal para la ex Yugoslavia.

### 3.3 - *El nulla poena sine lege desde los Comités Preparatorios hacia el Estatuto definitivo de la Corte Penal Internacional*

La Comisión de Derecho Internacional, a partir de sus primeros intentos de codificación del derecho penal internacional, precisó su intención de incluir en el Proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional, sobre la base de las sugerencias ofrecidas por la Asamblea General de Naciones Unidas, el citado principio del *nulla poena* objeto de la presente análisis. No obstante, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad fue establecido, contrariamente a aquel principio, que las penas deben ser determinadas por el Tribunal que ejerce la jurisdicción sobre los individuos acusados, teniendo en cuenta a la gravedad de la ofensa<sup>513</sup>.

El Proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional preparado por la Comisión de Derecho Internacional ya en 1993<sup>514</sup> y presentado a la Asamblea General aquel año, de igual contenido el año siguiente (en 1994), admitió la detención hasta perpetuidad, un específico periodo de encarcelamiento y una multa. Asimismo la Corte debía considerar, en relación al establecimiento de la pena o sanción, la ley nacional del Estado de origen del criminal acusado, el Estado en el que fue cometido el crimen

---

513 *Yearbook of the International Law Commission* (1951) Vol. II, 134 ss.

514 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 45ª Sesión, U. N. Doc. A/48/10, párrafo 84.

y el Estado que tenía la jurisdicción y custodia sobre el acusado<sup>515</sup>. Las referencias a las leyes nacionales resonaron como las mismas provisiones previstas para los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, no obstante aquéllas mismas no tuvieran en consideración la regla del *nulla poena sine lege*. La referencia a los estándares legales nacionales fue probablemente abolida por el Grupo de Trabajo sobre las Penas durante la elaboración de su Proyecto de Estatuto por falta de consenso entre los Estados Partes ya que habría, *in primis*, causado desigualdad de tratamiento y, de forma secundaria, porque en el Estatuto ya estaba incluido como “tercera fuente de ley” la referencia a “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” (art. 21, párrafo 1, letra c, del Estatuto de la CPI).

También fueron añadidas disposiciones relativas a la devolución de bienes a los propietarios originarios, bienes adquiridos durante la comisión de crímenes, y en caso de imposibilidad de aplicación de dicha medida fueron previstos, subsidiariamente, el decomiso de bienes o la confiscación del dinero obtenido y derivado de la comisión del crimen.

Además, se añadieron disposiciones relativas a las circunstancias agravantes y atenuantes y fue dictado que la Sala en la imposición de una sentencia debería tener cuenta, también, factores como la gravedad del crimen y las circunstancias individuales de la persona convenida.

---

515 Informe del Comité *ad hoc* para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Asamblea General, Documentos Oficiales, 46ª Sesión, Suplemento N° 22/A/50/22, Art. 47.

El artículo 46 del Proyecto, titulado “De la imposición de la pena”, estableció lo siguiente:

“En caso de sentencia condenatoria, la Sala de Primera Instancia celebrará una nueva audiencia para practicar las diligencias de prueba pertinentes a la imposición de la pena, permitir que el Fiscal y la defensa presenten sus informes y examinar la cuestión de las penas que corresponda imponer. Al imponer la pena, la Sala deberá tener en cuenta elementos como la gravedad del crimen cometido y las circunstancias individuales de la persona declarada culpable”.

El art. 47 del mismo Proyecto, a la vez, titulado “De las penas aplicables” dictó lo siguiente:

“El Tribunal podrá imponer a la persona declarada culpable de un crimen en virtud del presente Estatuto una o más de las penas siguientes: a) La reclusión a perpetuidad o una pena privativa de libertad por un determinado número de años; b) Una multa. Al determinar la duración de la pena privativa de libertad o la cuantía de la multa, el Tribunal podrá tener en cuenta las sanciones previstas en la legislación: a) Del Estado del que la persona declarada culpable sea nacional; b) Del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen; o c) Del Estado bajo cuya custodia se hallaba el culpable o que tenía jurisdicción sobre el mismo. Las multas satisfechas podrán ser transferidas, por orden del Tribunal, conjunta o separadamente: a) Al Secretario, para sufragar las costas procesales; b) Al Estado cuyos nacionales hayan sido víctimas del crimen; c) A un fondo fiduciario establecido por el Secretario General de las Naciones Unidas para resarcir a las víctimas de crímenes”.

El debate posterior que tuvo lugar en 1995, en el ámbito de los trabajos de los Comités Preparatorios del Estatuto establecidos por la Asamblea de Naciones Unidas, puso de relieve que hacía falta una mayor especi-

cación en el ámbito de las provisiones relativas a las penas<sup>516</sup>. Más aún, fue especificado que de esta forma se habría puesto en peligro el *nulla poena sine lege* y que hacía falta una mayor determinación de penas mínimas y máximas, mientras que el mismo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 resultaba todavía más lacónico al mencionar simplemente el carácter y la gravedad del crimen como criterios-guías para proporcionar la pena<sup>517</sup>. El comentario que acompañaba el Proyecto de 1996 especificó:

“Si, por el contrario, la competencia corresponde a un tribunal internacional, la pena aplicable se determinará en una convención internacional, ya sea en el estatuto del tribunal internacional o bien en otro instrumento, si el estatuto del tribunal no lo establece. En cualquier caso, no es necesario que la persona conozca previamente la sanción exacta, siempre que las acciones constituyan un crimen de suma gravedad que sea severamente castigado. Ello concuerda con el precedente del castigo de un crimen en virtud del derecho internacional consuetudinario o de los principios generales de derecho reconocidos en las sentencias del Tribunal de Núremberg y en el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>518</sup>.

---

516 *Informe del Comité ad hoc para el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 51ª Sesión de trabajo, Suplemento N° 22/A/50/22, párrafos 187-190.

517 NACIONES UNIDAS, *Informe*, op. cit, párrafos 29-30. En cuanto a la legalidad de la pena y a la irretroactividad de una pena más severa no hay referencia alguna a ella con excepción de la afirmación en el art. 1, párrafo 2, del Proyecto: “los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional”.

518 *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones*, p. 25. Disponible en internet: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC\\_1996\\_v2\\_p2\\_s.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1996_v2_p2_s.pdf); versión inglés: TRIFFTERER O., *Dogmatische Untersuchungen Zur Entwicklung Des Materiellen Völkerstrafrechts Seit Nürnberg*, 92 y ss., en particular 139, p.23, párrafo 7. Disponible en internet: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf).

En las siguientes sesiones de trabajo de los Comités Preparatorios que tuvieron lugar entre los años 1996 y 1998 y, más específicamente, entre las sesiones de agosto de 1996 y de diciembre de 1997, emergió la cuestión si debía ser especificado o no, en el mismo artículo del *nullum crimen*, la regla residual del *nulla poena sine lege*, y si esta última debía ser incluida en la parte de los principios generales, o por el contrario en aquella relativa a las sanciones como penas. Fue finalmente decidido por el Comité que el mismo principio sería incluido en la parte relativas a los principios generales, enseguida del *nullum crimen*<sup>519</sup>. México se acreditó la sugerencia<sup>520</sup> de que la disposición relativa al *nulla poena* fuese reformada por el Grupo de Trabajos sobre Penas<sup>521</sup> mientras quedó infructuosa la enmienda del grupo árabe que intentó de introducir la pena de muerte en el Estatuto<sup>522</sup>.

El art. 23 del Estatuto de Roma sobre el *nulla poena sine lege*, posterior al art. 22 sobre el *nullum crimen sine lege* dictó lo siguiente:

“Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

En todo caso, el Estatuto estableció provisiones generales relativas a las penas aplicables a los cuatro crímenes sobre los que la Corte detiene jurisdicción *ratione materiae*. Más aún, especificó en su Parte VII, titulada “de las penas” los terminos para el encarcelamiento, los criterios para la imposición de las pena y la posibilidad de aplicar multas, confiscaciones o decomisos, la regla de la irretroactividad y la ley más favorable al acusado, el tratamiento de sentencias múltiples, mientras que el Reglamento de Procedimiento y Evidencia estableció las circunstancias agravantes y atenuantes. En conclusión, el art. 23 sirvió como límite al poder discrecional

---

519 UN. Doc. A/CONF.183/C.1/L.65/Rev.1, p. 2.

520 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGP/L.4.

521 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGP/L.8.

522 U.N. Doc. A/ Conf. 183/C.I/WGP/L.11.

de la Corte, es decir, la Corte no puede imponer penas que no sean ya previstas por el Estatuto o que no estén de acuerdo con las penas previstas por las fuentes derivadas como, por ejemplo, el Reglamento de Procedimiento y Prueba. Además, los Estados Partes tampoco pueden imponer sanciones o castigos adicionales sobre los criminales ya juzgados por la Corte.

Con respecto a la exclusión de la pena de muerte, éste fue un tema muy debatido en el ámbito de los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional de los llamados *Codes of Crimes*. Dicha pena, aunque por algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional fuese considerada indispensable y fuese aplicada, a lo mejor, en el ordenamiento penal nacional de algunos Estados, se quedó excluida en el ámbito internacional. Países como China, Estados Unidos<sup>523</sup>, Irán<sup>524</sup> manifestaron su oposición a la introducción de la pena de muerte en el Estatuto de la CPI y la abolición de esta pena en conclusión, si se tienen en cuenta también las experiencias de los Tribunales de Núremberg y Tokio, se considera un verdadero paso adelante hacia la dirección de la protección de los derechos humanos, que poco a poco se ha ido desarrollando en las cinco décadas a partir de la creación de Naciones Unidas<sup>525</sup>.

De todas formas y como fue anteriormente anticipado, varios Estados de África del Norte, del Medio-Oeste Asiático, y otros como Malasia, Jordania, Kuwait y, en general, la mayoría de los Países de población musulmana, intentaron conservar la pena de muerte en el Estatuto, especial-

---

523 Letter dated 5 April 1993 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Addressed to the Secretary-General, U. N. Doc. A/25575, 1993.

524 Declaración de la representación de Irán durante el meeting del Grupo de Trabajos 6, 10 de diciembre de 1997.

525 SCHABAS W. A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law, Segunda Edición*, Cambridge, 1997; Human Rights Watch Commentary for the December 1997 Preparatory Committee Meeting on the Establishment of an International Criminal Court, p. 61.

mente en los casos en los que habría tenido lugar la aplicación de circunstancias agravantes<sup>526</sup>. Para estos países, si el Estatuto fuera realmente a representar todos los distintos sistemas legales, habría tenido que incluir dicha pena<sup>527</sup>. Italia, Portugal, México, Nueva Zelanda y Dinamarca, a su vez, empujaron hacia la exclusión de dicha pena y de hecho tal intención fue expresada en el Informe del Comité Preparatorio de 1996 en los siguientes términos:

“Algunas delegaciones expresaron su fuerte soporte para la exclusión de la pena de muerte de las penas que la Corte sería autorizada en imponer de acuerdo con el art. 47 del Proyecto de Estatuto. ...otras delegaciones sugirieron que la pena de muerte no debería quedar excluida a priori por lo que prevista en muchos sistemas legales, especialmente en conexión con los crímenes mas graves”<sup>528</sup>.

Las posiciones de Rumanía y Costa Rica abogaron, también, en contra de la inclusión de la pena de muerte en el Estatuto<sup>529</sup>.

En síntesis, el Comité Preparatorio tuvo como resultado del Grupo de Trabajo sobre Penas dos opciones: la primera, excluyente respecto a la pena de muerte y la otra, permisiva, que dictó lo siguiente:

“como opción, en caso de circunstancias agravantes y cuando la Sala de Primera Instancia lo estime necesario a la luz de la gravedad del crimen, el numero de víctimas y la intensidad del daño”<sup>530</sup>.

Aunque como hemos dicho quedaron algunas delegaciones que pidieron la inclusión de la pena capital, el Grupo de Trabajo en la Conferencia Diplomática de Roma rechazó estas posiciones ya que no hubo el consenso unánime de todos los demás Estados.

---

526 U. N. Doc. A/AC.249/WP.44.

527 U. N. Doc. L/2805, 1996; U. N. Doc. L/2813, 1996.

528 *Informe de Comité Preparatorio*, Vol. I, U. N. Doc. A/51/22, párrafo 306.

529 Respectivamente: U. N. Doc. GA/L/3010; U. N. Doc. GA/L/3011.

530 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.1, p. 3, 2 de diciembre de 1997.

En general, me parece que fue la elección más justa si interpretada, *in primis*, a la luz de la afirmación de la protección de los derechos humanos, y, de forma secundaria, teniendo en cuenta la cooperación judicial y de ejecución entre los Países Miembros, que se auspiciaba ya en el seno de la institución destinada a castigar los criminales de guerra y los violadores de aquellos derechos humanos.

La práctica, además, ha visto a varios Estados oponerse a la petición de extradición sin que fuera previamente asegurada la no-aplicación de la pena de muerte o, en general, la protección de los derechos humanos de los imputados, es decir, la aseguración de que no se verían impuestas penas inhumanas y degradantes. Otros Estados, entre los cuales se encontraban Italia y Países Bajos, llegaron al punto de elevar a rango constitucional dichas exigencias de seguridad frente a los imputados de su nacionalidad, rechazando cualquier petición de extradición contraria a estos principios, y observando con cierto recelo la colaboración con cualquier Estado en el que fuese aplicada la pena de muerte<sup>531</sup>.

No hubo, por lo tanto, falta de consideración alguna del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su art. 7 establecía:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Con respecto al encarcelamiento, como fue anticipado anteriormente, los Tribunales *ad hoc* previeron sólo el encarcelamiento, mientras que fue la llamada Regla 101 (A) la que proveyó para el encarcelamiento a perpetuidad. La controversia, que fue llevada en la Conferencia de Roma fue, de

---

531 *Venezia vs Ministerio de Gracia y Justicia*, Juicio n. 223, Corte Constitucional Italiana, RDI, 1996, p. 815; *Short vs Países Bajos*, (1990) 76 Rechtspraak van de Week 358, (1990) I.L.M., p. 1378.



similar a la que existió al respecto de la aplicación de la pena de muerte, con el rechazo que varios Estados habrían manifestado frente a la eventual petición de extradición de otro Estado en el que fuese de aplicación la pena del encarcelamiento a perpetuidad.

El Proyecto de Estatuto de 1997 dejó varias formulaciones-opciones para el encarcelamiento: a perpetuidad, para un específico número de años, un máximo de treinta años, entre un mínimo de veinte y un máximo de cuarenta... En realidad varios Estados abogaron por la definición únicamente del máximo de la pena del encarcelamiento, mientras que la mayoría de Estados prefería una definición de ambos términos, mínimos y máximos, en las sentencias. En general, el Proyecto de 1997 incluyó dos notas al pie de página, de las cuales la primera estableció que habría debido tener lugar un proceso mandatorio general de reexamen de las penas más graves que superasen un cierto máximo periodo de tiempo, en aras de asegurar la uniformidad de tratamiento entre los distintos prisioneros<sup>532</sup>. La segunda nota preveía que, de haber estado ya establecida una disposición incluyendo los términos mínimos de pena, al mismo tiempo se habrían tenido que prever una disposiciones referentes, igualmente, a los factores que habrían podido reducir la pena mínima, es decir, factores que habrían reducido o excluido la responsabilidad criminal, como, por ejemplo, la conducta de la persona condenada<sup>533</sup>. Asimismo, no faltó la referencia al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos que estatúa el objetivo general del encarcelamiento en estas palabras:

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores

---

532 U. N. Doc A/AC.249/1997/WG.6/CRP.2/Rev.1, 10 de diciembre de 1997.

533 *Ibidem*.

delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”<sup>534</sup>.

Estoy de acuerdo con SCHABAS en que la importancia de la rehabilitación de los condenados es evidenciada y reconocida desde siempre, también, por las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”<sup>535</sup> o la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos”<sup>536</sup>.

Con respecto a la multa contemplada por el Proyecto de Estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional, esta pena fue prevista alternativamente a la pena privativa de libertad o en adición a la misma<sup>537</sup>. El anterior Tribunal de Núremberg no preveía dicha posibilidad, aunque su art. 27 del Estatuto dictaba lo siguiente:

---

534 Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

535 *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, Primer Congreso de las N. U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. “Segunda parte”, “Reglas aplicables a categorías especiales”, “A. - Condenados”, “Principios rectores”: 56. Los principios que se enumeran a continuación tienen por objeto definir el espíritu conforme al cual deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos hacia los cuales deben tender, conforme a la declaración hecha en la observación preliminar 1 del presente texto. 57. La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación. 58. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. 59. Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer.

536 Art. 5, párrafo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

537 *Proyecto de Estatuto*, ILC, U. N. Doc. A/49/355, art. 47(1) b.

“En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa”, es decir, admitió indirectamente también esta posibilidad.

Mientras que en los Estatutos de los demás Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda no se preveía la imposición de multas, fueron añadidas disposiciones en las Reglas de Procedimiento y Prueba en unos casos particulares previstos por los art. 77(A) y 91(E), es decir el desprecio a la Corte y el falso testimonio bajo declaración jurada.

En agosto de 1996, ante del Comité Preparatorio algunas delegaciones – entre las cuales se encontraban Suecia y Japón – hicieron notar la incompatibilidad de dicha pena con la gravedad de los crímenes perseguidos por la Corte, mientras que únicamente Suiza consideró la imposición de dicha pena sólo en vía accesoria, es decir, acompañando la pena principal de encarcelamiento<sup>538</sup>.

El texto propuesto por el Grupo de Trabajo a principio de diciembre de 1997 previó dos alternativas – aunque la sección relativa a las multas estaba completamente entre paréntesis por falta de consenso – la primera incluía las multas en adición a la pena principal de encarcelamiento para unos crímenes específicos; la segunda opción, a su vez, consentía la imposición de multas en caso de desprecio de la Corte, como pena ordinaria o, también en adición a la pena principal del encarcelamiento. El debate existía justamente al respecto del hecho de que las multas menoscababan la gravedad de los crímenes cuyos autores o criminales la Corte estaba llamada a perseguir. En definitiva, la cuestión quedó irresuelta ya que no hubo un acuerdo unánime entre los Estados por si tenía que ser una pena principal o subsidiaria y secundaria con respecto a la pena principal del encarcelamiento (esta fue la opción mas votada por la mayoría

---

538 U. N. Doc. L/2805.

de Estados). Además, se quedaron a discreción de la Corte las cuestiones acerca de si esas multas hubieran tenido que ser, o no, pagadas a la Secretaría de la Corte como costes del procedimiento o, por el contrario, al Estado de nacionalidad de las víctimas, o si deberían ser destinadas a un fondo para las víctimas, establecido por el Secretario General de Naciones Unidas, mientras que no se previeron, por otra parte, los remedios en los casos de insolvencia de pago.

Con respecto a otras penas accesorias como la suspensión o pérdida de derechos civiles, inhabilitación o confiscación, sea bajo los Estatutos de los anteriores Tribunales *ad hoc*, o respecto del Proyecto de Estatuto para la CPI preparado por la Comisión de Derecho Internacional, no contenían ninguna mención a estas penas referidas, aunque algunos Países como Chile empujaron hacia su incorporación en el Estatuto<sup>539</sup>.

En la sesión de diciembre de 1997, el Comité Preparatorio insistió para la introducción en el Estatuto de disposiciones en este sentido que habrían causado la pérdida o suspensión de derechos o la suspensión o despedida de oficiales públicos de sus puestos, de acuerdo con las leyes de cada Estado cuyo ciudadano fuese convicto, del Estado en el que fuese cometido el crimen o del Estado que detuviera la custodia y jurisdicción del acusado<sup>540</sup>. En los Informes siguientes del Comité Preparatorio de las sesiones posteriores a la Conferencia, la referencia a la ley del Estado fue relegada a una nota de pie de página del Proyecto, aunque Singapur insistió para que dichas disposiciones fuesen insertadas sólo entre paréntesis<sup>541</sup>. La confiscación de los bienes fue propuesta también en estas reuniones así como el decomiso de los bienes, objetos y ganancias provenientes de los delitos y, en caso de imposibilidad, el resarcimiento del

---

539 U. N. Doc. L/2805.

540 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.1, 2 de diciembre de 1997, pp. 2-3.

541 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.6, 10 de diciembre de 1997.

daño por equivalente<sup>542</sup>. Una nota al pie de página fue insertada, también, en el texto explicando que dichas medidas no hubiesen sido consideradas como penas sino que habrían tenido que ser pedidas a los Estados para la ejecución de las órdenes de resarcimiento.

Ahora bien, con respecto a la “ley nacional” a la cual se tenía que hacer referencia para la aplicación de las penas, es decir, lo establecido por el párrafo 2 del art. 47 del Proyecto de Estatuto<sup>543</sup>, se contempló la derivación de los precedentes Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda<sup>544</sup>.

En todo caso, la referencia a la práctica general de los Estados en materia de penas fue advertida como no vinculante u obligatoria, sino simplemente indicativa. Como fue anteriormente explicado en los casos *Erdemovic*<sup>545</sup> y *Tadic*<sup>546</sup> para esos Tribunales *ad hoc* se consideró meramente indicativa y no obligatoria la referencia a la práctica general de los ordenamientos nacionales de Yugoslavia y Ruanda en el ámbito de la aplicación de las penas<sup>547</sup>. Las penas aplicadas por esos Tribunales fueron muy graves y en algunos casos llegaron, como hemos visto, también, a aplicar la pena de muerte, aunque los respectivos Estatutos no hicieran, en princi-

---

542 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.1 y 8, de 2 y 10 de diciembre de 1997.

543 *Proyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional*, Art. 47 párrafo 2: Al determinar la duración de la pena privativa de libertad o la cuantía de la multa, el Tribunal podrá tener en cuenta las sanciones previstas en la legislación: a) Del Estado del que la persona declarada culpable sea nacional; b) Del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen; o c) Del Estado bajo cuya custodia se hallaba el culpable o que tenía jurisdicción sobre el mismo.

544 Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente art. 24, párrafo 1 y art. 23, párrafo 1.

545 TPIY, *Fiscal vs Erdemovic*, Juicio, Caso n. IT-96-22-T, de 29 de noviembre de 1996, párrafo 35.

546 TPIY, *Fiscal vs Tadic*, Juicio, Caso n. IT-94-1-T, de 14 de julio 1997, párrafos 7-10.

547 TPIR, *Fiscal vs Kambanda*, Juicio y Sentencia, Caso n. ICTR-97-23-S, de 4 de septiembre de 1998, párrafo 23; TPIR, *Fiscal vs Serushago*, Sentencia, Caso n. ICTR-98-39-S, de 2 de febrero de 1999, párrafo 18.

pio, ninguna mención o referencia a dicha posibilidad<sup>548</sup> causando, en conclusión, la violación del principio del *nulla poena sine lege*.

La aplicación estricta de las leyes nacionales de los ordenamientos penales de los Estados habría causado probablemente tratamientos discriminatorios, ya que, en general, cada ordenamiento puede aplicar unas penas mayores o menores según su interpretación de la gravedad del crimen. En general, la Comisión de Derecho Internacional en su sesión de 1996 consideró dicha disposición muy vaga e imprecisa, inconsistente y discriminante y sobre todo contraria al principio de legalidad. Por lo tanto, fue considerada de aplicación sólo en vía subsidiaria, ya que si no hubiese sido contraria al derecho penal internacional. En el Informe fue dicho, por un lado, que una buena recomendación o sugerencia habría sido la de insertar en el Proyecto del Estatuto un estándar internacional para los varios crímenes y, por otro lado, que el reenvío a la legislación nacional habría constituido el justo compromiso entre distintos conceptos de cuantificación de la pena y la solución al difícil problema de determinación de la gravedad de las penas<sup>549</sup>.

En las siguientes sesiones del 10 de diciembre de 1997 fueron previstas, a su vez, dos opciones: la primera habilitaba la aplicación de la pena del ordenamiento nacional en los casos en los que hubiese sido pedida a la Corte la aplicación de la pena más alta o grave prevista por aquel ordenamiento, es decir, sin traspasar los límites de penas previstos por aquel ordenamiento penal<sup>550</sup>; la segunda, evidentemente, eliminaba cada referencia a la ley nacional o a las penas previstas por el ordenamiento nacional.

---

548 TPIR, *Fiscal vs Kayishema y Ruzindana*, Juicio, Caso n. ICTR-95-1-T, de 21 de mayo de 1999, párrafo 7.

549 *Informe del Comité Preparatorio para la Institución de una Corte Penal Internacional*, Vol. I, U. N. Doc. A/51/22, párrafo 308.

550 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.9, 10 de diciembre de 1997.

Con respecto a las circunstancias agravantes y atenuantes, aunque el primer Proyecto de Estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional no contenía ninguna referencia a las mismas, ya en el siguiente Código de Crímenes, presentado a la Asamblea General en 1996, fue establecido que la Corte en la fijación de la pena habría debido tener en cuenta los factores atenuantes de acuerdo con los principios generales de ley<sup>551</sup>. Después de la Segunda Guerra Mundial, los jueces de los tribunales tuvieron en cuenta una serie de circunstancias atenuantes que podían tener aplicación en el cálculo de la pena, entre las cuales el sometimiento a una orden emanada por superiores (que fue un tema también muy controvertido y debatido), la edad del criminal, la posición en la jerarquía militar, el sufrimiento de las víctimas, los esfuerzos o intentos del criminal para reducir los sufrimientos padecidos por las víctimas, la coacción derivada de una amenaza de muerte o de lesiones corporales, etc..

En los anteriores Tribunales *ad hoc*, sus Estatutos previeron simplemente que la Sala de Primera Instancia habría debido tener en cuenta factores como la gravedad del crimen y las circunstancias individuales de las personas ofensoras, es decir, la situación personal del condenado<sup>552</sup>.

La misma regla 101(B) hizo referencia a ambas circunstancias atenuantes y agravantes, así como a la cooperación sustancial del imputado/condenado con el Fiscal anteriormente y posteriormente a la condena.

Así que también el Proyecto de Estatuto de diciembre de 1997 contuvo unas referencias – aunque entre paréntesis – a esas circunstancias, delineando, también esta vez, dos opciones de disposiciones: la primera que hizo referencia a factores como la gravedad del crimen, la extensión e in-

---

551 U. N. Doc. A/51/332, 1997, 18 H.R.L.J. 96, art. 15.

552 Art. 24, párrafo 2 del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia; art. 23, párrafo 2 del Estatuto del Tribunal para Ruanda.

tensidad del daño causado, el impacto del crimen sobre las víctimas, las condiciones personales de la persona condenada y el grado de intervención del imputado, es decir, su aportación en la comisión del crimen; la segunda se manifestó más detalladamente en cuanto enumeraba el catálogo completo de ambas circunstancias, añadiendo a las primeras algunas otras entre las cuales, la naturaleza del comportamiento ilícito, la capacidad del agresor y de la víctima, las circunstancias de tiempo, modalidad y lugar del crimen, la edad, educación, cultura y costumbre del imputado así como su condición social y económica, las motivaciones que lo indujeron a cometer el crimen y la sustancial cooperación con el Fiscal anterior y posteriormente a la condena<sup>553</sup>. Después de otras consultas informales se decidió para la clásica fórmula relativa a la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, ya que el problema estaba en si considerar una eventual lista de circunstancias agravantes y atenuantes completamente exhaustiva y, como siempre, el riesgo de discriminación en cuanto si en un Estado por ejemplo se tienen en cuenta unas circunstancias como puedan ser los factores religiosos, tradicionales y culturales, en otros podría no haber alguna referencia a estas mismas circunstancias que podrían considerarse como irrelevantes.

Todavía con respecto al tiempo de detención ya cumplido por parte del condenado fue, también, añadida una disposición en el Proyecto de diciembre de 1997<sup>554</sup> ya que la precedente versión tenía en cuenta estos datos sólo en relación a las circunstancias atenuantes. Aquí hay que hacer referencia al periodo de tiempo total de detención cumplido por el condenado considerado por el Tribunal para la ex Yugoslavia en el caso *Tadic*, es decir, sea la duración de la detención en La Haya bajo el control

---

553 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.1, 2 de diciembre de 1997, p. 4.

554 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.7, 10 de diciembre de 1997.



del mismo Tribunal, sea aquella en Alemania durante el periodo anterior al procedimiento<sup>555</sup>.

En cuanto a la condena de menores, fue considerada como base normativa la misma Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, de conformidad con su artículo 37 que dicta lo siguiente:

“Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

En la versión del Proyecto de Estatuto de 2 diciembre de 1997 fue establecido que la responsabilidad de un menor podía ocurrir sólo si fuese mayor de trece años y, de todas formas, un menor de dieciocho años ha-

---

555 TPIY, *Fiscal vs Tadic*, Juicio, Caso n. IT-94-1-T, de 14 de julio 1997, párrafo 77.

bría podido obtener una condena de un máximo de veinte años, excepto por “razones específicas”<sup>556</sup>, es decir, se trató de una disposición también esa muy vaga. En la siguiente versión del 10 de diciembre se especificaron también otras dos opciones dejando, por un lado, un margen de discrecionalidad a la Corte a la hora de la aplicación de la pena apropiada para asegurar la rehabilitación del condenado, y, por otro lado, limitando la jurisdicción de la Corte sólo sobre las personas entre los dieciséis y dieciocho años, y siempre considerando su capacidad de entender la ilegalidad de su conducta criminal en el momento de la ofensa<sup>557</sup>.

En el Proyecto de diciembre de 1997 fue, también, considerada por la Corte la posibilidad de poder ordenar unas formas apropiadas de reparación, como la compensación y restitución, aunque difícilmente se llegó a estos resultados ya que, como nos confirman las anteriores experiencias de La Haya, la defensa ha siempre exceptuado para la falta de medios de sustentamiento y la mayoría de las veces los condenados escondieron voluntariamente sus bienes, si existentes<sup>558</sup>.

Por último, fueron consideradas por el Comité Preparatorio del Estatuto de la CPI las cuestiones relativas a la aplicación de condenas múltiples<sup>559</sup>, de conformidad con el principio del *ne bis in idem*, y la posibilidad de poder sancionar, también, a personas jurídicas (o asociaciones) a través, por ejemplo, de la disolución o de formas menos aflictivas de prohibición de ciertas actividades por unos datos periodos de tiempo o de la pérdida de los permisos que hubieran sido utilizados para la comisión del crimen o la activación de procedimientos de confiscas o el decomiso de bienes<sup>560</sup>.

---

556 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.1, 2 de diciembre de 1997, p. 2.

557 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.4, 10 de diciembre de 1997.

558 U. N. Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.1, 2 de diciembre de 1997, p. 2.

559 *Ibidem*, CRP.10, 10 de diciembre de 1997.

560 U. N. Doc. A/AC.249/1998/CRP.13, art. 76.

## **Capítulo VI – ¿Cumplimiento o vulneración del Principio de Legalidad en el Estatuto de Roma?**

### *1 – Consideraciones Preliminares*

Si por un lado existe la esperanza de que se haya generado un sistema “supra-estatal”, es decir, un aparato represivo-institucional que, sobre la base de la cesión de cada cuota de soberanía por parte de los Estados, ha ido aún más allá, superando los límites generales espaciales de eficacia del derecho penal estatal, por otro lado, hay que señalar el desaliento que, hoy en día, es manifestado por gran parte de la doctrina y de la ciencia del derecho penal a la hora de constatar en el ámbito internacional la actuación tan auspiciada de aquellos principios de Derecho Penal codificados, finalmente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>561</sup>.

Como afirma la misma doctrina relevante en la materia, el uso del poder punitivo se convierte en Derecho Penal sólo cuando hay reglas escritas que establezcan límites y modalidades de actuación. Sin estas reglas, el ejercicio de dicho poder punitivo representa exclusivamente la expresión – disfrazada o no a través de formas jurídicas – de la fuerza de algunos, como tantas veces ha sucedido en las relaciones entre Estados e individuos. Si, en lo que concierne al derecho interno, la situación relativa a la actuación del principio de legalidad no es muy satisfactoria – especialmente por lo que concierne a la reserva de ley penal y la determinación/taxatividad – en relación al derecho internacional es posible afirmar que la crisis es endémica<sup>562</sup>. En efecto, no obstante la existencia de las pretensiones del movimiento codificador, el mismo principio no ha podido obviar también, caer, insensiblemente, en la crisis de todo el Derecho. Las pretensiones de certeza y seguridad jurídicas dadas por el lenguaje, son

---

561 MOCCIA S., “Lo Statuto della Corte Penale Internazionale: i profili della legalità”, en DOLCINI, E., PALIERO, C. E. (Eds.), op. cit., p. 487.

562 *Ibidem*.

cuestionadas prontamente ya a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX. Tales cuestiones – ya proyectadas en la actualidad – nos llevan a reconocer la discrecionalidad del juez y su libre albedrío para decidir hasta dónde llega su poder punitivo de determinar figuras delictivas, por encima de la legalidad penal<sup>563</sup>.

Pues bien, analizando preliminarmente el Estatuto de Roma – por lo dicho anteriormente, la Parte III del Estatuto de la CPI, titulada como “De los principios generales de derecho penal” en la que los primeros tres artículos, (art. 22, 23 y 24) someten la Corte al principio de legalidad de los crímenes y de las penas – podemos concluir de que el principio de legalidad, conocido como el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no resulta del todo respetado, poniendo en cuestión la legitimidad no sólo del Estatuto, sino de la totalidad del sistema sobre el cual se rige: el sistema penal internacional, que debería garantizar certeza, seguridad y coherencia y no incertidumbre, contradicción e inseguridad.

Siendo un principio clave en el ámbito jurídico penal interno, paralelamente, el principio de legalidad debería serlo también en el ámbito internacional, sobre el cual la Corte Penal Internacional se reafirmó en 1998, a través del Estatuto de Roma, como Tribunal Internacional que se ocupa de juzgar a los autores de los crímenes internacionales ya antes mencionados.

Parece irrelevante, hoy en día, resaltar la importancia de un principio fundamental en Derecho Penal como el principio de legalidad: no sólo ha sido consagrado por la mayoría de los textos constitucionales de los distintos países que pertenecen a la comunidad internacional, sino que, más

---

563 GANDULFO E., “*Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica*”, en *Polít. crim.* Vol. 4, No 8, Diciembre 2009, Art. 2, pp. 292-382 (1-91).

allá, en el ámbito internacional, ha sido, también, enunciado como principio central en los Tratados internacionales<sup>564</sup>.

El principio de legalidad sirve para contribuir, entonces, también a nivel internacional, a la legitimación del sistema legal, limitando la intervención de la justicia penal a los casos o crímenes cometidos anteriormente a lo establecido y prescritos ya por ley con el objetivo de garantizar una suficiente seguridad jurídica, es decir, alcanzar el efecto intimidatorio y disuasivo de la ley a través del conocimiento de la ley, el poder de influenciar las decisiones de los individuos relativos a la comisión de crímenes, a través de la amenaza de la aplicación de sanciones penales.

No es casualidad, por tanto, que la autora BARBERO señale que:

“Ya sea que se trate de la comunidad internacional a través de sus organismos internacionales (hoy, la Corte Penal Internacional), ya sea que se trate de los Estados en su ámbito interno, a través de la aplicación del Derecho Penal Internacional debemos procurar el respeto a los principios de Derecho Penal. No podemos recurrir a mecanismos penales sin aplicar las reglas que rigen. Entonces si lo debido es la persecución y el castigo de crímenes internacionales en el ámbito del Derecho Penal Internacional, o la persecución y el castigo de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (y otros) en el ámbito de Derecho Penal interno, debemos cumplir con dicho mandato de manera legal. La manera legal es el respeto al principio de legalidad. Renunciar al principio de legalidad, flexibilizar su aplicación, relativizar su vigencia, son frases de por sí incompatibles con la esencia y definición del principio en sí mismo. Y la búsqueda de la paz no es una excusa para esta hipotética situación de excepción. La paz alcanzada a través de la violación de principios deviene en paz ilegítimamente adquirida, deviene ilegal, deviene efímera. No es posible aceptar

---

564 Véase Cap. II, párrafo 1.

que en Derecho Penal rijan un principio de legalidad distinto al principio de legalidad que siempre ha regido. Será otro principio, tal vez, llamémoslo de otro modo, pero no es el “principio de legalidad”. El “principio de legalidad” no puede dejar de regir. Sería negar el Derecho Penal.

Además, señala que: “es necesario respetar los principios esenciales del Derecho Penal siempre y en todo escenario. No hay aquí escenarios de excepción, los cuales no tienen límites, se tornan arbitrarios y peligrosos. La esencia del Derecho Penal es su incolumidad. Ello debe ser respetado desde sus principios. Respetando el principio de legalidad se hace y se aplica el Derecho Penal”.

Aún más, afirma que: “en el ámbito penal, internacional o no internacional, este principio exige que la conducta prohibida haya sido declarada por “ley”, no sólo como contraria a Derecho sino como penalmente punible. No basta con la existencia de una norma, es necesaria la existencia de una ley penal, en este caso, a nivel internacional. Y la “ley penal” requerida no se encuentra en los tratados que se limitan a describir la conducta punible pero encargan la tarea de sancionarla a los sistemas jurídicos internos o a los estatutos de tribunales penales internacionales”<sup>565</sup>.

A nivel internacional el principio representa una garantía por ambas partes, Estados e individuos, ya que estos últimos podrán verse perseguidos por la CPI sólo con respecto de los crímenes previstos y ratificados por los primeros a través de la obra de codificación en el Estatuto, y los Estados en su obligación de cooperación concederán la jurisdicción de la Corte según las circunstancias establecidas en el Estatuto mismo<sup>566</sup>.

---

565 BARBERO N., “La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, op. cit., pp. 162, 167 y 169.

566 BROOMHALL, B., “Article 22. Nullum crimen sine lege, General Principles of Criminal Law”, en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. S’ Notes, Article by Article*, Baden Baden, 1999, p. 717.

Para que la jurisdicción de la Corte se active frente a la comisión de los crímenes codificados en el Estatuto no hace falta que los Estados Miembros deban haber previsto en su ordenamiento penal nacional la persecución de los mismos crímenes, es decir, no hace falta la incorporación de las normas penales internacionales en los ordenamientos nacionales de los Estados.

La regulación del principio *nullum crimen sine lege* en el Estatuto de Roma de la CPI, a diferencia de los Estatutos pasados del TPIY y TPIR no se limita a atribuir a la CPI jurisdicción material sobre delitos ya preexistentes en el Derecho Internacional Penal sino que contiene, además de una consistente parte general sobre principios generales de derecho penal, un buen número de disposiciones penales – como los Elementos de los Crímenes – que tipifican, de conformidad con el principio de legalidad penal, las conductas punibles en el marco de un sistema de justicia internacional penal autónomo e independiente (respecto a los demás sistemas penales nacionales que han preferido incluir en el contenido del principio *nullum crimen sine iure* varios aspectos de la legislación procesal a través de la cual el Estado puede ejercer su potestad punitiva) definido por el Estatuto de Roma de 1998 por el que se instituyó la Corte Penal Internacional<sup>567</sup>.

Ahora bien, parece necesario tratar de analizar como este principio encuentra cumplimiento en el ámbito Penal Internacional, es decir, en el Estatuto de Roma de la CPI, y más específicamente, en principio, distinguir, como subraya BELING, entre tenor literal y significado esencial del principio de legalidad en su formulación completa<sup>568</sup>, y, posteriormente, a pesar de su consagración formal, averiguar si existe en el Estatuto de la CPI

---

567 OLÁSOLO ALONSO H., *El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo*, op. cit., p. 37.

568 BELING E., *Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, en *Giustizia Penale*, vol. XXXVII, Roma, 1931, p. 319.

una vulneración material del mismo principio, pasando, necesariamente, por el análisis del sistema de fuentes aplicables en Derecho Penal Internacional.

En cuanto al tenor literal del principio de legalidad, como fue ya anteriormente subrayado, el mismo principio se ha codificado al art. 22 del Estatuto de la CPI, el cual dispone:

“Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

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 investigación, enjuiciamiento o condena.

Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

A través de dicha formulación la doctrina ha evidenciado que se ha producido “un avance en la búsqueda de la autentica seguridad jurídica dentro del Derecho Penal Internacional, pues a diferencia de algunos precedentes de importancia, en esta ocasión se opta para restringir el catálogo de hechos punibles a los estrictos cauces del texto del tratado”<sup>569</sup>.

Si nos atenemos a las palabras del Estatuto, una conducta puede ser castigada sólo si ha sido preventiva y expresamente considerada como crimen por el Estatuto mismo, es decir, sólo si cabe, a través del procedimiento interpretativo jurídico de la subsunción – inclusión de un objeto o de un concepto en la extensión o en la comprensión de otro – en aquellas

---

569 LAURENZO CAUPELLO P., *Hacia la Corte Penal Internacional, en Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*, XII Seminario Duque de Ahumada, Madrid, 2000, p. 40.



previstas por los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto y con penas también prescritas y previstas por el mismo Estatuto.

Por primera vez en el ámbito del Derecho Penal Internacional se ha codificado en el art. 22 del Estatuto de la CPI el principio de legalidad por el que se enuncian, con respecto al primer párrafo, el respeto del principio de tipicidad y de retroactividad, al segundo la prohibición de la analogía *in malam partem* y un criterio interpretativo restrictivo de los crímenes codificados. El tercer párrafo, a su vez, abre las puertas a la existencia – y su uso a través del método interpretativo – de otras normas, pues así, no todo el derecho penal internacional está contenido en el Estatuto de la CPI.

Las dudas que surgen del análisis preliminar del Estatuto en relación con el principio de legalidad son varias: la primera es cómo se puede conciliar el art. 22 con el principio de tipicidad<sup>570</sup> por el que la Corte sólo es competente para los crímenes previstos expresamente en su Estatuto. La segunda es cómo pueden convivir el principio de legalidad, tipicidad y prohibición de analogía con la facultad prevista por el art. 21<sup>571</sup> de recorrer en casos excepcionales a otras fuentes externas de derecho internacional, es decir, a fuentes extra-estatutarias y, por otro lado, el art. 7 del Estatuto, dedicado a los crímenes de lesa humanidad, en la letra k) concluye con una cláusula abierta que permite juzgar a los perpetradores de “otros actos inhumanos de carácter similar”.

Además, en cuanto al *nulla poena sine lege*, el Estatuto no parece llegar a ofrecer un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas. Por el contrario, en cuanto a las penas, el Estatuto parece configurarse con los mismos caracteres que ya informaron los precursores Tribunales

---

570 Véase CATENACCI M., “*Legalità*” e “*tipicità del reato*” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003, p. 55 y ss.

571 Sobre la formulación del art. 21, véase Cap. VI, párrafo 2.

Internacionales: generalidad y ambigüedad. Esto es, en cuanto a la generalidad, porque las penas máximas previstas en el Estatuto son aplicables a todos los crímenes sobre los que la CPI tiene jurisdicción, sin distinción *in abstracto* en base a su injusticia y gravedad. En cuanto a la ambigüedad, el estándar de gravedad representa el sólo criterio-guía, para que los jueces distingan, discrecionalmente, entre privación de libertad temporal o perpetua en los casos de extrema gravedad de los crímenes (art. 77.1 (a y b) Estatuto CPI) y como criterio de determinación de la pena (art.78.1 Estatuto CPI).

Se trataría de un criterio altamente ambiguo, ya que otorga a los jueces una amplia discrecionalidad limitada sólo por la exclusión de la pena de muerte y por la existencia de la pena máxima de treinta años.

En resumen, el análisis preliminar del Estatuto parece ya llevarnos a concluir de que no podemos hablar, de ningún modo, de *lex scripta, praevia, certa y stricta*, requisitos fundamentales conocidos, también, como los corolarios derivados del principio de legalidad penal.

Un último aspecto que merece la pena analizar es, con relación de las fuentes de derecho penal internacional, la fundamentación en el derecho consuetudinario de normas de derecho penal internacional la cual, en principio, plantearía problemas especiales ya que, el *nullum crimen, nulla pena sine lege* excluye la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional.

Para poder resolver estas dudas parece necesario, *in primis*, investigar sobre el entero sistema de fuentes aplicables en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

## *2 – El sistema de fuentes en el Estatuto de Roma*

Cabe, en este punto, preguntarnos, qué papel tienen las distintas fuentes en el Estatuto de Roma para poder averiguar si hay o no una disminución del área cubierta por el principio de legalidad, es decir, una reducción de su carga normativa o una “desformalización” de tal principio.

Como sabemos, el artículo 21 del Estatuto de la CPI, titulado como “Derecho Aplicable” establece el sistema de fuentes reconocidas en Derecho Internacional:

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 hubiera 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 ori-

gen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

Dicha disposición está ubicada en la parte II del Estatuto de Roma, pero como confirma SCHABAS puede estudiarse lógicamente en el contexto de los principios generales<sup>572</sup>. La norma deriva del texto originario del Proyecto de 1994 de la Comisión de Derecho Internacional<sup>573</sup> que era bastante lacónico ya que enunciaba inicialmente tres fuentes sin establecer jerarquía alguna entre ellas: el Estatuto, los tratados aplicables y los principios y reglas del derecho internacional general, y en la medida en que fuera aplicable, cualquier regla de derecho nacional. Ahora este artículo, a su vez, establece dicha jerarquía de la ley aplicable en los casos sobre los que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción y trata de unas fuentes que tienen clara derivación del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>574</sup>, que representa la declaración más acreditada de las fuentes de derecho internacional general, pero aquí, tienen aplicación, por primera vez, en el contexto del derecho penal internacional<sup>575</sup>.

- *Fuentes primarias*

---

572 SCHABAS W. A., “Principios generales de Derecho Penal”, en AMBOS K. (Ed.), *Nuevo Derecho Penal Internacional*, México, 2002, p. 274.

573 *Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, Asamblea General, Documentos Oficiales*, Cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n. 10 (A/49/10), cap. II.B.I.5; Doc. de Naciones Unidas A/49/355, art. 33.

574 El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone lo siguiente: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

575 AMBOS K., *La Corte Penal Internacional*, Traducción de Iglesias Río M. A. y Martínez Garay L., revisión de Guerrero O. J., Rubinzal – Culzoni Editores, Colección Autores de Derecho Penal, Buenos Aires, Santa Fe, 2007, p. 27. Véase, también, OLLÉ SESÉ, “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional: Su aplicación por los tribunales domesticos”, op. cit., pp. 561-571.

A diferencia de los Estatutos de los tribunales internacionales que vimos anteriormente, el Estatuto de la CPI es un tratado cuyo proceso de negociación ha permitido a todos los Estados-partes de negociar totalmente su proyecto después del examen detallado de todas las cuestiones posibles relacionadas con el establecimiento del tribunal internacional en cuestión. Por lo tanto, el Estatuto de Roma establece una lista de los crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte, cuyas definiciones son mucho más detalladas que las de los precursores estatutos del TPIY y el TPIR<sup>576</sup>.

Este detalle significa que el Estatuto de la CPI es la principal fuente de derecho en la CPI: es la primera fuente que consultan los jueces para evaluar si se ha cometido un delito.

La primacía del Estatuto, junto con sus instrumentos conexos, no fue cuestionada en los debates que culminaron en el Estatuto de la CPI<sup>577</sup>.

Con respecto a la jerarquía entre las distintas fuentes legales el art. 52.5 del Estatuto establece, además, que en caso de conflicto entre sus disposiciones y las de las reglas prevalecerá el Estatuto<sup>578</sup>.

Los Elementos de los crímenes ex art. 9 del Estatuto van a ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del mismo Estatuto mientras el párrafo 3 del mismo art. 9 del Estatuto hace entender que los Elementos son jerárquicamente inferiores al Estatuto. Mientras que, por otro lado, ambos Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y

---

576 En unos casos, la CPI parece tener jurisdicción explícitamente sobre conductas que no son expresamente incluidas en la jurisdicción del TPIY o el TPIR. Por ejemplo, la prohibición de los niños soldados en la CPI [ex arts. 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii)] del Estatuto de la CPI. En otros casos, en comparación con los Estatutos del TPIY y del TPIR, algunos delitos son definidos más claramente como, por ejemplo, mientras que el “exterminio” se muestra como un crimen contra la humanidad en el Estatuto de la CPI [Arts. 7(1)(b) and 7(2)(b)], definiéndose como “la aflicción intencional de condiciones de vida, entre otras cosas, la privación del acceso a alimentos y medicinas, encaminadas a causar la destrucción de una parte de la población”, en los estatutos del TPIY [(Art. 5 b)] y el TPIR [(Art. 3 (b))], no está definido.

577 TRIFFTERER O. (ed.). *Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 439.

578 U. N. Doc. A/Conf.183/CI/L.76, Add.4, p. 14.

Prueba, siendo ambos adoptados por una mayoría de dos tercios, deberían ser de igual valor.

La elaboración de los Elementos de los Crímenes fue puesta, en principio, en el centro de un debate en los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional, y, en particular, la cuestión consistió en dilucidar si dichas normas deberían ser objeto de elaboración por parte de los Estados-Partes o si, por el contrario, debería dejarse su desarrollo en manos de los jueces. Fueron los Estados Unidos los que promovieron la codificación de dichos Elementos de los Crímenes, los que habrían tenido que sustentar el principio del *nullum crimen sine lege*<sup>579</sup>. La Corte, en otras palabras, se sirve de estos Elementos-guías de los crímenes para interpretar, en la mejor forma o manera su Estatuto. No es necesaria, por lo tanto, su aplicación directa.

- *Fuentes secundarias*

Vamos, ahora, a individualizar el papel que cumplen los tratados, principios y normas del Derecho internacional, incluyendo los principios en el ámbito de los conflictos armados y, después, aquellos generales derivados del derecho interno a los que se refiere, respectivamente, el art. 21.1, en los apartados b) y c).

El principal problema o cuestión que emergió en el ámbito de los trabajos preparatorios del Estatuto de la CPI fue relativo a la cantidad o limitación de poder discrecional que los jueces de este Tribunal detienen a la hora de determinar la ley aplicable de conformidad con el principio de legalidad de los crímenes y de las penas. Además, por la falta de determinación inherente al desarrollo de dicha nueva rama del derecho internacional, se ha cuestionado, también, el poder de la Corte y de sus jueces para aplicar

---

579 *Elements of Offenses for the International Criminal Court, submitted to Preparatory Committee (27 de Marzo de 1998): "We believe criminal elements can give teeth to the concept of nullum crimen sine lege".*

otras fuentes externas al derecho internacional como, por ejemplo, la ley nacional de los Estados Miembros – que causaría evidentemente un tratamiento distinto entre las personas, siendo de aplicación diferentes Códigos Penales de los distintos Estados, lo que llevaría, seguramente, al desarrollo de un incoherente cuerpo de ley de derecho penal internacional – y, más aún, sobre la posibilidad de dar valor a los precedentes judiciales a través de la gradual codificación, implícita, de normas de leyes afirmadas en esos precedentes por la interpretación judicial.

El artículo 21 del Estatuto, en síntesis, resuelve sólo formalmente dichos debates, consintiendo a los jueces el poder aplicar los principios generales derivados de los distintos sistemas jurídicos nacionales y permitiendo, aunque facultativamente y no en vía obligatoria, dar valor a sus interpretaciones precedentes de ley en las decisiones ya tomadas.

En principio, el Derecho Internacional podrá usarse, como instrumento interpretativo de los distintos tipos penales recogidos en el Estatuto, y, además, como instrumento integrador o complementario, ya que es usual la referencia a normas de derecho internacional hecha por el Estatuto o por los Elementos de los Crímenes como, por ejemplo, al art. 7, apartado e) que tipifica como crimen de lesa humanidad, la:

“encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”.

A la luz de estas disposiciones, las facultades que derivan no pueden más que causar una cierta dispersión normativa, es decir, incertidumbre e inseguridad desde el punto de vista del *nullum crimen, nulla poena* a la hora de facilitar el conocimiento por parte del ciudadano de las normas impu-

tadoras y los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico internacional<sup>580</sup>.

Ningún problema parece surgir en el momento en el que el reenvío a normas de derecho internacional se haya hecho por Tratados o Convenios, ya que están firmados e integrados por los Estados en sus ordenamientos jurídicos<sup>581</sup>.

En cuanto a los principios de derecho internacional (art. 21, letra b) identificados como fuente de ley, parece que rehabilita la Corte para identificar dichos principios que no derivaran de las leyes nacionales de los Estados.

Generalmente, la doctrina distingue cinco categorías de principios<sup>582</sup>:

a) los principios generales de derecho reconocidos y desarrollados por las naciones, los que parecen corresponder, en principio, a aquellos enumerados por el art. 38 (párrafo 1, letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; estos principios han causado un largo debate ya que para algunos se trataría de principios que derivan de las leyes nacionales, mientras que, para otros, serían principios derivados de la conciencia le-

---

580 A primera vista puede parecer, que las fuentes del derecho penal internacional son un cuerpo coherente, pero no es así en realidad. Esto es aún el caso con la Corte Penal Internacional a pesar de su codificación de las fuentes. En realidad hay muchas fuentes diferentes que interactúan de varias maneras y a veces producen la impresión de una doctrina coherente sobre hay que mantener este «truco» en la mente y recordar que una dosis saludable de escepticismo es crucial para cualquier estudiante de las fuentes del derecho penal internacional porque la diferencia entre la práctica y la teoría es más grande que lo que parece. POCAR F., *Interacción de las fuentes de Derecho Penal Internacional*, Milán, 2009, p. 189, disponible en internet: [http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009\\_4.pdf](http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf).

581 SALAND, P., "International Criminal Law Principles", en SEE LEE R. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, 1999. Con respecto a estas fuentes el debate conducido en los Trabajos preparatorios vertió sobre la inclusión o no de los Tratados más relevantes – como por ejemplo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Convención de Viena sobre Torturas – en las fuentes aplicables.

582 DANILENKO G., *Law-Making in the International Community*, 1993, pp. 173-176; CHENG B., *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1987, pp. 2-4.



gal internacional y, por lo tanto, no estarían conectados a ningún sistema legal;

b) los principios generales derivados por la específica naturaleza de la comunidad internacional, entre los cuales emerge el clásico principio *pacta sunt servanda*, la legítima defensa o la integridad territorial;

c) los principios clásicos intrínsecos a la idea del derecho y aquellos básicos y comunes a todos los sistemas legales, como pueden ser los que sirven para la interpretación de las normas (por ejemplo, la máxima *lex posteriori derogat legi priori*);

d) los principios válidos para todas las sociedades existentes en relación a la jerarquía y coordinación, es decir, aquéllos que reflejten la opinión de la doctrina;

e) los principios de justicia fundados sobre la naturaleza del hombre como ser humano racional y social entre los cuales, por ejemplo, se encuentran los conceptos de equidad y respeto hacia los derechos humanos.

Muy probablemente, la inclusión de estos principios como fuente de ley es distinta de los demás “principios generales de derecho derivados de los sistemas legales nacionales” citados por el mismo art. 21, letra c), por lo que los compiladores del Estatuto han querido marcar la diferencia entre los dos tipos de principios dando a la Corte, con los primeros, la posibilidad de poder alejarse tanto de la ley nacional como de la ley derivada por la costumbre internacional<sup>583</sup>.

- *El papel de la costumbre internacional*

---

583 DEGUZMAN M. Mc., Article 21, Applicable Law, Jurisdiction, admissibility and applicable law en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999, p. 707.

Más peligroso parece, a su vez, la referencia a normas consuetudinarias o principios generales<sup>584</sup> aunque es indiscutido el origen consuetudinario de la mayor parte de los crímenes internacionales, punto sobre el que nos fijaremos en el siguiente apartado del presente trabajo<sup>585</sup>.

De acuerdo con JENNINGS y WATTS: “la costumbre de ley es la más antigua y fuente de ley originaria de derecho internacional. Cuando una conducta general adoptada por los Estados se considera por los Estados como generalmente obligatoria o legalmente justa, la regla o norma de derecho internacional que puede ser abstracta de dicha conducta se convierte en una regla o norma de la costumbre de ley internacional”<sup>586</sup>. También el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce la costumbre como fuente primaria de ley, definiéndola como “la práctica general de los Estados aceptada como ley”. POCAR señala, a título de ejemplo, lo dictado en el caso Čelebići<sup>587</sup> para demostrar de que también la práctica de los Estados puede ser difícil de identificar: “las pruebas de la existencia de tal derecho consuetudinario – la práctica de los Estados y la *opinio juris* – puede, en algunas situaciones, ser extremadamente difícil de determinar, en particular cuando existe un tratado multilateral que haya sido adoptado por la inmensa mayoría de los Estados. Las pruebas de la práctica de los Estados fuera del tratado, aportando pruebas de distintas normas consuetudinarias o la aprobación de la normas convencionales en el mundo de la costumbre, se hace cada vez más difícil de alcanzar, ya

---

584 El art. 21 con la expresión “principios y normas del derecho internacional” de su inciso 1(b) autoriza implícitamente el recurso al derecho consuetudinario. Véase, TRINIDAD NUÑEZ N., *La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional* en Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ISSN-e 2346-3120, Vol. 4, N.º. 0, 2016, p. 107.

585 Véase, sobre el rechazo de la costumbre y de las fuentes consuetudinarias por el *nullum crimen sine lege*, Capítulo VI, párrafo 3, pp. 247-254.

586 Véase, JENNINGS R., WATTS A. (Eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, 9.º Ed, 1992.

587 TPIY, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, (Caso Čelebići), de 16 de noviembre de 1998, 38 ILM, 1999, p. 57, párrafo 302.

parece que sólo la práctica de los que no son partes en el tratado puede ser considerado pertinente”. Tales dificultades han impedido a los tribunales internacionales en la adopción de un enfoque metodológico en la determinación de la costumbre<sup>588</sup>.

El mismo autor se cuestiona sobre la posibilidad de que el alcance del derecho convencional sea diferente del derecho consuetudinario evidenciando, a título de ejemplo, lo dictado en el párrafo 34 del Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIY:

“En opinión del Secretario General, la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el tribunal internacional debe aplicar las normas del derecho internacional humanitario que forman más allá de toda duda parte del derecho consuetudinario a fin de que el problema de la adhesión de los Estados a algunos pero no todos convenios específicos no se plantee. Este parece ser especialmente importante en el contexto de un tribunal internacional para enjuiciar a las personas que han cometido graves violaciones del derecho internacional humanitario”.

Según estas palabras se deduce que, por un lado, los tribunales deberían aplicar, con exclusividad, el derecho internacional consuetudinario y, por otro, se deduce que la aplicación del sólo derecho convencional podría causar problemas, al no haberse adherido todos los Estados a todos los

---

588 POCAR F., *Interacción de las fuentes de Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 207-208. Véase, para profundizar en este punto, BOHLANDER M., FINDLAY M., “The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles”, *Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2002, p. 3. Un enfoque que parece bastante sencillo y que se ha utilizado en un número de casos es una encuesta de la práctica de los Estados a través del cual la Sala examina la legislación y las decisiones judiciales de un número de Estados para apoyar o desestimar una proposición de ley. Sin embargo, el proceso parece inevitablemente afectado por los antecedentes personales de los magistrados como, por ejemplo, en el caso Erdemović (TPIY, Juicio de la Sala de Apelación, *Erdemović*, Caso n. IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997, Opinión Separada del Juez McDonald y del Juez Vohrah), la práctica de los Estados incluyó a las leyes de los países de origen de los magistrados juzgantes.

tratados o convenios internacionales. Lo suyo sería, entonces, la aplicación del derecho convencional y, en los casos en que los Estados no son partes, del derecho internacional consuetudinario para “que no se viole” el principio de legalidad.

En todo caso, hay que establecer la jerarquía o preferencia por el derecho – convencional – de los tratados o el derecho internacional consuetudinario para evitar los casos problemáticos en caso de conflicto entre las dos fuentes. Para esto es importante analizar la Decisión sobre la Jurisdicción en la Apelación del caso *Tadić*<sup>589</sup> del TPIY en la que parece que se optó por la solución de aplicar una combinación entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario<sup>590</sup>.

A pesar de esta pronuncia en el caso *Kordić y Čerkez* se dijo:

“El artículo 3 se refiere a violaciones que no sólo están basados en la costumbre, sino también basados en tratados”<sup>591</sup>.

En la Apelación al mismo caso:

“si bien los tratados sirvieron de base para la jurisdicción del TPIY, la Sala debe mirar hacia el derecho internacional consuetudinario, a fin de deter-

---

589 TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadić*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción en Apelación, Caso n. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 1995, párrafo 89.

590 *Ibidem*, párrafo 94. La Sala señaló que el artículo 3 del Estatuto TPIY, titulado “violaciones de la leyes o usos de guerra”, abarca una categoría residual de delitos diseñada para capturar todas las demás graves violaciones del derecho internacional humanitario que no caen en el ámbito de los artículos 2, 4 o 5, en particular, los elementos del derecho consuetudinario sobre todo aplicables a los conflictos armados internos. Lo señaló en los siguientes términos: “Los siguientes requisitos se deben cumplir para que un delito sea objeto de enjuiciamiento ante el Tribunal Internacional por medio del artículo 3: (i) la violación debe constituir una infracción de una norma de derecho internacional humanitario; (ii) la norma debe ser consuetudinaria en su naturaleza o, si pertenece al derecho de los tratados, ciertas condiciones deben cumplirse ...; (iii) la violación debe ser ‘grave’, es decir, debe constituir una violación de una norma que protege valores importantes, y la violación debe implicar graves consecuencias para la víctima ...; (iv) la violación de la norma debe suponer, en virtud del derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que viola la norma.

591 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Kordić and Čerkez*, Caso n. IT-95-14-2, de 26 febrero de 2001, párrafo 167.

minar que esa conducta podría dar lugar a la responsabilidad penal individual<sup>592</sup>.

Mientras que en el caso *Blaškić*, la Sala de Apelaciones señaló:

“el Tribunal podrá entrar condenas sólo cuando se ha cerciorado de que el delito se prohíbe en virtud del derecho internacional consuetudinario en el momento de su comisión”<sup>593</sup>.

En su más reciente pronunciamiento sobre la cuestión del año 2006 en la sentencia de Apelaciones del caso *Galić*, se señaló:

“los Jueces han tratado de asegurarse de que los delitos imputados en la acusación ante sí son crímenes bajo el derecho internacional consuetudinario en el momento de su comisión ... esto se debe a que en la mayoría de los casos, en las disposiciones de los tratados sólo se prevé la prohibición de un determinado comportamiento, no para su tipificación como delito, o la disposición del tratado en sí no definen suficientemente los elementos de la prohibición de que penalicen así que el derecho internacional consuetudinario debe ser examinado para la definición de esos elementos”(...) mientras que el derecho convencional vinculante que prohíbe la conducta, y prevé la responsabilidad penal individual puede proporcionar la base para la jurisdicción del Tribunal Internacional, en la práctica el Tribunal Internacional siempre comprueba que la disposición del tratado en cuestión también es declarativa de la costumbre<sup>594</sup>.

De todos estos ejemplos, a parte de la incoherencia o incompatibilidad entre el uno u otro razonamiento se evidencia que el TPIY tuvo preferencia por el derecho internacional consuetudinario aunque parece más dis-

---

592 TPIY, Juicio de la Sala de Apelación, *Fiscal vs Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, de 17 diciembre de 2004, párrafos 41-42.

593 TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs Blaskic*, Caso n. IT-95-14-A, de 29 julio de 2004, párrafo 141.

594 TPIY, Juicio de la Sala de Apelación, *Fiscal vs Galić*, Caso N. IT-98-29-A, de 30 de noviembre de 2006, párrafos 83 y 85.

puesto a aplicar el derecho de los tratados y, sobre todo, que en la mayoría de los supuestos, entre los cuales cabe, por ejemplo, la tortura<sup>595</sup>, hay una interesante interacción entre las dos fuentes ya que los tratados pueden ser utilizados como declaración de costumbre, es decir, cuando el derecho convencional no es aplicable directamente, informa la fuente primaria del derecho consuetudinario<sup>596</sup>.

Ahora bien, el problema más grande que ha aparecido a lo largo de la historia ha sido el “como identificar la costumbre internacional”. En la práctica, los Tribunales han fracasado en la elaboración de un enfoque, a nivel metodológico, para determinar la existencia o no de normas consuetudinarias, es decir, un criterio para que el Tribunal pueda mirar para determinar las normas consuetudinarias. Lo veremos mejor después, a la hora del análisis del cumplimiento o no del primer corolario del principio de legalidad en el Estatuto de Roma<sup>597</sup>.

En fin, en cuanto a la costumbre como fuente en el Estatuto de Roma, por su carácter contribuyente – en absoluto – a la creación y desarrollo de la misma rama del derecho internacional público, cual el derecho penal internacional, ha llevado a autores como WERLE al punto tal de considerar el Estatuto mismo como “una constatación declarativa del derecho con-

---

595 TPIY, Sentencia de la Sala de Primera Instancia Caso Čelebići, cit., párrafos 452-453 y 459. La Sala sostuvo que la prohibición de la tortura es una norma perentoria y citó, en relación con el derecho convencional, los instrumentos de derecho internacional humanitario y de derechos humanos, tanto internacionales como regionales, mientras que, en relación con el derecho internacional consuetudinario, hizo referencia al gran número de Estados partes en esos instrumentos como, la ratificación de la Convención contra la Tortura de 1984 por “más de la mitad de los miembros de las Naciones Unidas”, y la predecesora de la Convención, la Declaración sobre la Protección de la Tortura que fue aprobada por unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas. La definición de tortura que figura en la Convención de 1984 refleja, por lo tanto, un consenso que la Sala de Primera Instancia considera que es representante del derecho internacional consuetudinario”.

596 POCAR F., *Interacción de las fuentes de Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 205-206.

597 Véase Cap. VI, 3.1.

suetudinario existente”<sup>598</sup>. En efecto, los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para Yugoslavia y para Ruanda anteriormente mencionados sin estar dotados de un carácter permanente que tiene la CPI – sino creados con posterioridad a los hechos que deben juzgar – aplicaron el derecho penal internacional consuetudinario existente<sup>599</sup>.

Por esto advierte HORMAZÁBAL MALARÉE que el contenido y dimensión del principio de legalidad penal en el derecho penal internacional no puede establecerse sin tener en cuenta que coexisten un derecho penal internacional estatutario y un derecho consuetudinario<sup>600</sup>.

No obstante, coincidimos, todavía, con las posturas de CUERDA RIEZU y RUIZ COLOME sobre las normas consuetudinarias: “provocan un cierto margen de inseguridad, ya que una persona podría verse sorprendida por la acusación de haber cometido una infracción derivada de la costumbre internacional, cuando las normas consuetudinarias no son fácilmente reconocibles por la mayoría de los individuos”<sup>601</sup>.

- *Fuentes subsidiarias*

Por lo relativo a los principios generales de derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, a los que se refiere el art. 21.1, apartado c), éstos serán de aplicación sólo subsidiariamente, es decir, si faltaran las fuentes previamente mencionadas y, claramente, en la medida en que sean compatibles con el Estatuto, ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos<sup>602</sup>.

---

598 WERLE G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 113.

599 OLÁSULO ALONSO H., *Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 1-13.

600 HORMAZÁBAL MALARÉE H., “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, op. cit., pp. 243-244.

601 CUERDA RIEZU A., RUIZ COLOME M. A., *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, en *La ley, Actualidad*, n° 4724, 1999, p. 1718.

602 SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, op. cit. p. 278. El reenvío que hace el Estatuto a los principios de derecho nacional constituye sólo un re-

El Informe del Comité Preparatorio de 1996 ya advirtió con preocupación, en su momento, el riesgo de causar un tratamiento desigual entre los acusados ya que la Corte, según algunas sugerencias de sus delegaciones, habría podido aplicar, como fuente de derecho subsidiaria, el derecho penal nacional del Estado donde el delito había sido cometido. La mayoría de las delegaciones optaron por la opción de tomar la ley nacional como fuente de “principios generales” aunque otras favorecían la opción relativa a la aplicación de la ley nacional del Estado donde el delito fue cometido<sup>603</sup>. Es evidente, en los trabajos preparatorios, el intento de compromiso entre dos puntos de vistas conflictivos con respecto a la relevancia o no de la ley nacional del Estado con jurisdicción sobre el crimen<sup>604</sup>.

El riesgo de aplicación de distintas normas de leyes en diferentes casos, sin uniformidad alguna, a través de la discrecionalidad de la Corte en el caso eventual en el que ella decida considerar un caso apropiado para referirse a una particular ley nacional, se consideró aún más importante.

---

curso subsidiario o complementario. La prevalencia jerárquica del Estatuto y del derecho internacional está confirmada por el requisito de compatibilidad: “siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional”. En efecto, por muy completos que sean el Estatuto, los Elementos de Crímenes y otras disposiciones del derecho internacional era necesario hacer referencia a estos principios y preferirlos a la discrecionalidad de los jueces que podría crear unas desigualdades causadas por las distintas tradiciones jurídicas entre los Estados. Los jueces de la CPI pueden, así, tener en consideración a los diferentes sistemas jurídicos para extraer y hacer suyos los principios aplicables y recurrir sólo subsidiariamente al derecho interno del Estado que normalmente ejercería jurisdicción sobre el crimen internacional objeto de persecución. Además, haciendo referencia a “principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores” el Estatuto quiere poner el acento sobre la facultad de crear jurisprudencia, es decir, consolidar todo lo cierto, a través de las decisiones anteriores, garantizando coherencia, seguridad y certeza jurídica.

603 U. N. Doc. A/Conf.183/2/Add.I, p. 46, nota 62; U. N. Doc. A/Conf.183/C.I./WGAL/L.I, nota 2.

604 SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, op. cit., p. 278; SCHABAS W. A., “Article 21. Applicable Law”, en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999, p. 708.



Sin embargo, no hay que confundirse respecto del verdadero objetivo del Estatuto, si se considera que la Corte aplicará “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”, es decir, en el caso en el que la práctica de otras Cortes Internacionales se podrá reconocer relevante, entre las cuales cabe por supuesto la obra de la Corte Internacional de Justicia.

Ya en el caso *Erdemovic* dos jueces del Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia evidenciaron que su metodología interpretativa se habría acercado, más que a una comparación, a un sondeo de opiniones generales de las distintas jurisdicciones de los distintos sistemas legales mundiales, las que les habrían servido en sus esfuerzos de distinguir la tendencia, la política o los principios generales<sup>605</sup>.

No obstante, varios Tribunales Internacionales, teniendo en cuenta el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia entendido como declaración de costumbre internacional, han recurrido a los “principios generales” como pueden ser los principios de equidad<sup>606</sup>, de la obligación de reparación o del resarcimiento por incumplimiento de las obligaciones<sup>607</sup>, el principio de proporcionalidad e, incluso, el principio de legalidad de los crímenes y de las penas<sup>608</sup>, objeto de la presente investigación, para decidir casos.

---

605 TPIY, *Fiscal vs Erdemovic*, Juicio, Caso n. IT-96-22-T, de 29 de noviembre de 1996, párrafo 57.

606 *Caso relativo a la delimitación de la plataforma continental*, (Túnez contra la Jamahiriya Árabe Libia), 1982 I. C. J. 18, párrafo 71, p. 60: “el concepto legal de la equidad es un principio general directamente aplicable como ley”.

607 *Caso de la Fábrica de Chorzow* (Demanda de Indemnización), (Alemania vs Polonia), 1928 P. C. I. J., N. 17, p. 29: “se trata de un principio de derecho internacional y una concepción general de ley, que cada incumplimiento de las obligaciones cause una obligación de reparación o resarcimiento”.

608 POCAR F., *Interacción de las fuentes de Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 209. El autor señala: “por un lado, los principios generales del derecho penal interna-

En resumen, el Estatuto de Roma no puede considerarse todavía como Código Penal Internacional. Así, a título de ejemplo, el art. 31, que trata de las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal, concluye en su párrafo 3 con lo siguiente:

“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”. A la luz de esta disposición, probablemente incluida en el Estatuto y derivada por la experiencia del ICTY en el caso *Erdemovic*,<sup>609</sup> no podemos sino entender la limitación de este Estatuto, que admite otras posibilidades, opciones, derivadas por otros sistemas legales, para colmar las lagunas y las faltas que hay<sup>610</sup>.

Sin olvidar que la inseguridad jurídica, a parte de la ya enunciada dispersión normativa, abarca, también, la posibilidad, por parte del ciudadano, de conocer qué Tribunal, ya sea nacional o internacional, se ocupará de enjuiciarlo y juzgar su actos, es decir, a qué normas penales estará some-

---

cional incluyen a los principios relativos al derecho penal como el principio de legalidad y el principio de igualdad de armas. Por ejemplo, en un examen del principio de legalidad, la Sala II del TPIY señaló en el caso de Čelebići (TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs. Delalić et al.*, Caso N. IT-96-21-T, de 16 de noviembre de 1998, párrafo 403) que los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* están “bien reconocidos en los sistemas de justicia penales más importantes del mundo como los principios fundamentales de la delincuencia”.

609 TPIY, Sala de Apelación, Opinión Separada del Juez McDonald y juez Vohrah, caso *Erdemovic*, n. IT-96-22-A, de 7 de octubre de 1997, párrafos 55 y 72: “it is our considered view that no rule may be found in customary international law regarding the availability or the non-availability of duress as a defence to a charge of killing innocent human beings. The post-World War Two military tribunals did not establish such a rule. We do not think that the decisions of these tribunals or those of other national courts and military tribunals constitute consistent and uniform state practice underpinned by opinio juris sive necessitatis (...) It is clear from the differing positions of the principal legal systems of the world that there is no consistent concrete rule which answers the question whether or not duress is a defence to the killing of innocent persons. It is not possible to reconcile the opposing positions and, indeed, we do not believe that the issue should be reduced to a contest between common law and civil law”.

610 RAIMONDO F., “General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunals”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, pp. 393-396.

tido, si a las nacionales – que a lo mejor podrán prever unas causas de exención de la responsabilidad penal o prever la posibilidad de concesión de indultos – o, por el contrario, a las internacionales, en las que parece vetada dicha última posibilidad, así como la aplicación de una sanción como la pena capital. Es evidente que los principios que podrán tener aplicación no son recogidos por todos los Estados, es decir, aceptados por unanimidad por todos los sistemas legales, sino por una mayoría, incluyendo los principales sistemas legales mundiales. En conclusión particular, los jueces de la Corte deberían conducir este análisis comparativo entre los distintos sistemas legales para recopilar dichos principios, comparación que a nuestro juicio debería estar ya prevista en principio, a la hora de la codificación del Estatuto, y que, ahora bien, no puede sino causar un riesgo de desigualdad de tratamiento por la discrecionalidad que detiene la Corte a la hora de la aplicación de un principio concreto y no otros.

Ya que el análisis de la ley comparativa constituiría el instrumento a disposición de la Corte para llegar a principios generales que constituyan, al mismo tiempo, principios de derecho internacional, es muy improbable que, al mismo tiempo, dichos principios estén en conflicto con el Estatuto de Roma y, por lo tanto, la máxima prevista en el último apartado del párrafo 1, letra c, del art. 21:

”siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”,

parece, simplemente, una fórmula de estilo que no hace más que enfatizar el Estatuto y las normas de derecho internacional, que deberían constituir una fuente primaria en el ámbito internacional, jerárquicamente supe-

rior, por lo tanto, a principios eventualmente derivados por los ordenamientos nacionales<sup>611</sup>.

- *La regla del stare decisis*

Todavía, en relación a los "principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiera hecho una interpretación en decisiones anteriores", párrafo 2 del art. 21, que fue adoptado sin modificaciones del Proyecto del Comité Preparatorio<sup>612</sup>, no se trata de extender a los nuevos casos los principios y normas de los que ya se hizo uso en los casos anteriores, sino de reconocer, por un lado, un cierto valor al precedente judicial, a la regla del *stare decisis*, y, por el otro, al mismo tiempo, reconocer la no obligatoriedad del precedente judicial. En otras palabras, se trataría de una disposición permisiva y no obligatoria, como está confirmado por parte de la doctrina<sup>613</sup>. Este párrafo 2 del art. 21 se pone netamente en contraste con el art. 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el que establece:

"La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

Este artículo evidenció la reluctancia de la comunidad internacional a la hora de conceder una amplia discrecionalidad hasta, incluso, la posibilidad de legislar, a los jueces. A la luz de estas consideraciones, el art. 21 representa una novedad o evolución bajo esta perspectiva, ya que se confiere a los jueces de la CPI la oportunidad de poder hacer caso a los precedentes judiciales, es decir, de conformidad con el principio de legalidad, creando poco a poco un cuerpo de ley o Código de Derecho Penal Internacional consistente sobre la base de las decisiones judiciales (*case law*).

---

611 Véase, supra, nota 460.

612 U. N. Doc. A/Conf.183/2/Add.I, p. 47; U. N. Doc. A/Conf.183/C.I./WGAL/L.2, p. 2; U. N. Doc. A/Conf.183/C.I./L.76/Add.2 p. 17.

613 PELLET A., "Applicable Law", en CASSESE A.; GAETA P., JONES J.R.W.D. (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. II, Oxford, 2002, p. 1066.

- *El respeto y la compatibilidad con los derechos humanos*

Además, según lo dictado por el párrafo 3 del mismo art. 21 del Estatuto de la CPI:

“la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Esta expresión que no genera seguridad, ya que no se sabe si se trata de una interpretación restrictiva, relativa únicamente a los derechos humanos inderogables en cualquier circunstancia, tiempo o lugar, o si existe la posibilidad de extenderla, también, a los demás derechos humanos contemplados en los tratados multilaterales ampliamente ratificados por los Estados, o aquéllos generalmente reconocidos que forman parte del *ius cogens* internacional, así como aquéllos que hayan sido convencionalmente reconocidos por el Estado en el ámbito de la entrega de presuntos delincuentes<sup>614</sup>.

Otra cuestión que surgió en los trabajos de la Conferencia de Roma fue la relativa al tratamiento no discriminatorio que se pidió en el último inciso del párrafo 3 del art. 21:

“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”.

En particular el debate tuvo lugar al respecto del uso de la palabra “género”, que por algunas delegaciones fue considerado impreciso y, por lo tan-

---

614 SALADO OSUNA A., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, p. 275 ss. Seguramente la primera preocupación que emergió en los trabajos preparatorios del Estatuto de la CPI con respecto a la protección de los derechos humanos fue relativa a la protección de los derechos de los acusados/imputados.

to, pidieron el uso de las palabras “derechos humanos”, mientras que otras delegaciones favorecieron la protección del género y el uso de la primera formulación. La cuestión pareció ser resuelta al incluir en el párrafo 3 del art. 7 lo siguiente:

“A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”.

En definitiva, a la hora del análisis del tenor literal del principio de legalidad, podemos resumirlo con un valor meramente integrativo e interpretativo de todas estas fuentes establecidas por el art. 21 del Estatuto.

Ahora bien, parece necesario, para los fines de la presente investigación, centrarme sobre el significado esencial del principio de legalidad a través de sus cuatro exteriorizaciones, conocidas en doctrina como los corolarios del mismo principio.

### *3 – La garantía criminal, el nullum crimen sine lege y sus corolarios derivados*

#### *3.1 – La lex scripta: reserva de ley escrita y el rechazo de las fuentes consuetudinarias*

El primer principio o corolario derivado del principio de legalidad es la llamada reserva de ley escrita; es decir, por un lado, el monopolio de la ley para establecer, perseguir y sancionar todos los crímenes por parte de la Corte Penal Internacional; y, por otro, el rechazo de las fuentes consuetudinarias y la prohibición de crear normas penales mediante la costumbre internacional.

Como se anticipó en el análisis del sistema de fuentes previsto por el Estatuto de 1998, el papel de la costumbre estaría, en principio, estrictamente limitado, ya que a través de la misma no se puede ni crear ni ampliar la competencia de la Corte relativamente a otros casos que no sean ya aquéllos taxativamente enumerados. Más bien, realiza un papel de fuente de interpretación e integración de los distintos tipos penales, claramente en la medida en que dicha costumbre no estuviera en contraste con los principios y derechos humanos internacionalmente reconocidos, y, por cierto, con lo dispuesto por el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 21 del Estatuto).

También en el ámbito de este corolario del principio de legalidad, se pueden encontrar una serie de contradicciones ya que si bien, por un lado, se excluye la costumbre como fuente creadora de normas o para la interpretación extensiva de tipos penales, al mismo tiempo el Estatuto establece:

“Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”<sup>615</sup>.

Si bien la disposición es muy parecida a la del artículo 10 del mismo Estatuto que dicta:

“Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”,

las dos disposiciones son distintas, tanto por el ámbito de aplicación como por sus efectos: la primera (párrafo 3 del art. 22), limita lo que viene dictado por el art. 22 y tiene aplicación sólo con respecto a la calificación de una conducta como criminal, mientras que, la segunda (art. 10) tiene apli-

---

615      Párrafo 3 del art. 22 del Estatuto.

cación sólo en referencia a la Parte II del Estatuto, y en particular con respecto a toda norma de derecho internacional existente o en desarrollo; de hecho, con la formula “para fines distintos del presente Estatuto” se entiende la independencia de los dos sectores, el derecho internacional general y su rama o *lex specialis*, es decir, el derecho penal internacional que se ha afirmado mayormente a través del Estatuto de la CPI. Además, las dos disposiciones han sido creadas con el fin de aclarar la percepción de que a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma se habría reducido la posibilidad de criminalizar comportamientos fuera del ámbito de lo dictado por el mismo Estatuto la CPI, en el hipotético caso en el que la CPI no habría tenido éxito y garantizado la famosa justicia penal internacional tan auspiciada<sup>616</sup>.

Por otro lado, es ampliamente reconocida por gran parte de la doctrina<sup>617</sup> una evidente e innegable base o fundamentación jurídica en las fuentes consuetudinarias de todos los crímenes perseguidos por la CPI, las que han contribuido de manera eficaz a la creación y al mantenimiento de dichas figuras delictivas: los crímenes de guerra, *in primis*, y aquéllos de lesa humanidad y de genocidio comparten el mismo origen, la misma procedencia por las normas consuetudinarias<sup>618</sup>.

La primera cuestión, que fue afrontada ya en 1996 por parte del Comité Preparatorio para el establecimiento de la CPI, fue la relativa a la armonización del principio de legalidad con el sistema de fuentes de derecho internacional, un sistema ya basado primariamente sobre la costumbre internacional. Fue necesario equilibrar las consecuencias creadas por la

---

616 BROOMHALL B., “Article 22”, op. cit., en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law...*, p. 727.

617 LIROLA DELGADO I., MARTÍN MARTÍNEZ M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p.111; LIROLA DELGADO I., Reflexiones sobre la competencia material del Estatuto de la Corte Penal Internacional: una visión general, en *Hacia una justicia internacional*, Madrid, 2000, p. 659.

618 WERLE G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 113.



codificación del principio de legalidad con aquéllas existentes en el sistema de fuentes de derecho internacional. Si bien, fue considerado el propósito del principio de legalidad según el que:

“(…) no conduct shall be punished by this Court unless it is an offense under the definition of the crimes of this Statute”<sup>619</sup>,

al mismo tiempo fue establecido que “a person shall be not criminally responsible under this Statute (...) unless the conduct in question constituted a crime under international law”<sup>620</sup>. La misma cuestión fue objeto de aquel Comité Preparatorio en una nota que formuló la presente pregunta:

“it is clear that the Statute’s definition of a crime would be sufficient and exclusive for the purpose of establishing “a crime under international law” within the meaning of paragraph 1 (a), and that for the purpose of determining whether conduct constitutes a crime for this article, no reference need or should be made to other sources of international law, such as other conventions or customary international law? Should the paragraph refer to crimes as defined by the Statute?”<sup>621</sup>

En síntesis, podemos confirmar cómo la posición del mismo Comité fue combatida – ya en 1996 – a la hora de considerar, por un lado, el Estatuto como fuente prioritaria y, por otro lado, la necesaria exclusión de la

---

619 *Informe del Comité ad hoc para el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50ª Sesión, Suplemento N° 22/A/51/22, (V.II), 79. Traducción literal al español:

“Ninguna conducta debería ser castigada por esta Corte a no ser que constituyera una infracción bajo la definición de los crímenes del Estatuto”.

620 *Ibidem*, 80. Traducción literal al español:

“Una persona no debería ser criminalmente responsable bajo este Estatuto, a menos que la conducta en cuestión constituyera un crimen según el derecho internacional”.

621 *Ibidem*, 79. Traducción literal al español:

“Está claro que la definición de crimen del Estatuto sería suficiente y exclusiva para el propósito de establecer “un crimen bajo el derecho internacional” dentro del significado del párrafo 1 (a), y para el propósito de determinar qué conducta constituye crimen para este artículo, ¿no haría falta o debería ser hecha referencia alguna a otras fuentes de derecho internacional, tales como otras convenciones o la ley internacional consuetudinaria? ¿Debería el párrafo referirse a los crímenes definidos como tales por el Estatuto?”.

costumbre por parte del principio de legalidad, sobre todo, en consideración a la falta en el sistema internacional de una autoridad central, creadora de normas penales y dotada de poderes punitivos, de tal manera que pudiera ajustar las mismas conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico a los continuos cambios de valores en la sociedad internacional en continua evolución.

La fundamentación en el derecho consuetudinario de normas de derecho penal internacional plantea, entonces, problemas especiales, a pesar de que el art. 21 del Estatuto, a las letras b) y c), establezca, en el ámbito de las fuentes de derecho internacional aplicables, lo siguiente:

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”.

En principio, el *nullum crimen, nulla pena sine lege* excluye la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional<sup>622</sup>; sin embargo, como vimos en el ámbito de las fuentes generales de derecho penal internacional, hay que tener en cuenta la coexistencia de ambos derechos penales internacionales – estatutario y consuetudinario –

---

622 SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, op. cit., p. 284.

para establecer el contenido y dimensión del principio de legalidad penal en este ámbito<sup>623</sup>.

Ciertamente, en el art. 21 del Estatuto no hay mención explícita del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la referencia a los “principios y normas del derecho internacional”, por parte del inciso 1(b) del art. 21 del Estatuto, abarca el derecho internacional consuetudinario<sup>624</sup>. PELLET, por ejemplo, llega al punto de indicar que la frase “principios y normas del derecho internacional” es “un tic verbal, una “frase hecha” cuyo propósito es referir a la costumbre”<sup>625</sup>.

A confirmación, en las decisiones de confirmación de los cargos en los casos *Katanga* y *Ruto* las Salas de Cuestiones Preliminares incluyeron explícitamente el derecho consuetudinario entre los “principios y normas del derecho internacional”.

En el primer caso *Katanga* lo hizo en dichos términos:

“Principles and rules of international law constitute a secondary source applicable only when the statutory material fails to prescribe a legal solution. Therefore, and since the Rome Statute expressly provides for this specific mode of liability, the question as to whether customary law admits or discards the “joint commission through another person” is not relevant for this Court”<sup>626</sup>.

---

623 HORMAZÁBALMALARÉE H., “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, op. cit., pp. 243-244.

624 TRINIDAD NUÑEZ N., *La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 107.

625 PELLET A., “Applicable Law”, op. cit., p. 1072.

626 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, Confirmación de Cargos, en *Fiscal vs Katanga and Ngujolo Chui*, Caso n. ICC-01/04-01/07, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 508. Disponible en internet en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008\\_05172.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05172.PDF).

Traducción literal al español:

“Los principios y normas del derecho internacional constituyen una fuente secundaria aplicable sólo cuando las disposiciones del Estatuto fracasan en prescribir una solución jurídica. Por lo tanto, como el Estatuto de Roma prevé expresamente este tipo específico

En el segundo, el caso *Ruto*, la Sala especificó:

“But even then, applying a customary rule of international law only “where appropriate” limits its application to cases where there is a lacuna in the Statute and the other sources referred to in article 21(1)(a). In other words, the Chamber should not resort to applying article 21(1)(b), unless it has found no answer in paragraph (a)”<sup>627</sup>.

Por lo tanto, no está claro porque los redactores del Estatuto evitaron esta frase en particular, es decir, mencionar explícitamente el derecho internacional consuetudinario<sup>628</sup>.

En todo caso, como subrayó AMNISTÍA INTERNACIONAL, el papel de la Corte se reduciría, en cada supuesto, a aquél de averiguar la identificación del hecho que merecía una persecución penal, a través del método interpretativo jurídico de la subsunción; en otras palabras, a cual artículo del Estatuto podía ser reconducida aquella determinada conducta criminal, si bien todos los Estados Partes estuvieron de acuerdo con que la Corte tuviera jurisdicción sobre aquel crimen<sup>629</sup>.

---

de responsabilidad, la cuestión acerca de si el derecho consuetudinario admite o excluye a “la empresa criminal conjunta a través de otra persona” no es relevante para esta Corte”.

627 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de Confirmación de Cargos según el Art. 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en *Fiscal vs William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*, Caso n. ICC-01/09-01/11-373, de 23 de enero de 2012, párrafo 289. Disponible en internet en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_01004.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_01004.PDF).

Traducción literal al español:

“No obstante, aplicar una regla de derecho internacional consuetudinario sólo “cuando apropiado” limita su aplicación a los casos en los que hay una laguna en el Estatuto y las otras fuentes de derecho a los que se refiere el art. 21(1)(a). En otras palabras, la Sala no debería aplicar el art. 21(1)(b), a menos que no haya encontrado respuesta en el párrafo (a)”.

628 SCHABAS W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3 Edición, Cambridge University Press, 2001, p. 196; TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 442-443.

629 AMNESTY INTERNATIONAL, *The International Criminal Court. Making the right Choices*, Parte I, Londres, Enero de 1997, 61.

En efecto, a pesar de que los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional cuentan con un grado de precisión y detalle mayor al de los instrumentos del Derecho Internacional Público que le precedieron, existen, sin embargo, fórmulas imprecisas o vagas, como “otros actos inhumanos de carácter similar” (art. 7(1)(k) del Estatuto) o tipos penales abiertos como – por ejemplo el crimen de guerra de “atentados contra la dignidad personal”<sup>630</sup> – que para determinar alguno de sus elementos remiten, por ejemplo, al derecho internacional de los conflictos armados<sup>631</sup>.

Hoy en día podemos identificar, de acuerdo con una visión puramente basada en la “estricta legalidad”, al menos dos tipos de costumbre como relevantes en derecho penal:

a) por un lado, la costumbre *contra legem*, es decir, como “fuente normativa ulterior o extensiva” que permita nuevas incriminaciones para casos que no sean ya previstos por ley;

---

630     Arti. 8.2(b)(xxi) y (c)(ii) del Estatuto de Roma. El tipo de crimen incluye otros tratos, además de los humillantes o degradantes, que tengan la gravedad suficiente para ser considerados generalmente como atentados contra la dignidad humana

631     TRINIDAD NUÑEZ N., *La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 107. Según la autora, un caso abierto que remite al derecho internacional de los conflictos armados sería, por ejemplo, el caso del crimen de guerra de dirigir ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz ex art. 8(2)(e)(iii) del Estatuto que dicta lo siguiente: “Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles *con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados*”. Remisiones similares pueden encontrarse en el crimen contra la humanidad de encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física del artículo 7(1)(e) del ECPI (“Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de *normas fundamentales de derecho internacional*”) y en el crimen contra la humanidad de persecución del artículo 7 (1)(h) del ECPI (“Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género de nido 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”).

b) por otro, la costumbre *secundum o praeter legem*, es decir, como “fuente interpretativa” que pueda ser usada para interpretar incriminaciones ya existentes o para ajustar sus fines y su significado a los cambios éticos y sociales.

Empezando por la segunda, la costumbre *secundum o praeter legem* sirve de ayuda en los casos en que se prevén unas consecuencias favorables para el autor de tales crímenes, el acusado o imputado. El uso de dicha costumbre como criterio de interpretación derivaría de los criterios de interpretación previstos en el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena<sup>632</sup>, aplicable como fuente secundaria – en cuanto “tratado aplicable” – de acuerdo con el art. 21(1)(b) del Estatuto de Roma.

En efecto, el derecho consuetudinario empleado como medio de interpretación no resulta problemático ya que no afecta el mandato de *lex scripta*, porque la punibilidad no se fundamenta en la norma consuetudinaria, sino en una norma del Estatuto de la CPI. El derecho consuetudinario, en esta hipótesis, no estaría dirigido a crear una nueva norma sino funcionaría sólo como medio para interpretar el texto de la norma escrita, es decir, para concretar su significado. Por lo tanto, se trataría de una interpretación – restrictiva<sup>633</sup> – cubierta por el sentido literal posible y no de un caso de “desarrollo del derecho”. Además, en el caso eventual de que a través del uso de la costumbre como medio interpretativo se pueda llegar a una interpretación *contra rei*, es decir, en perjuicio del imputado, ya estaría de socorro el segundo inciso del art.

---

632 El art. 31(3)(c) de la Convención de Viena se refiere al derecho consuetudinario al dictar lo siguiente:

“...habrá de tenerse en cuenta:...c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

633 LARENZ K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994, p. 350. El autor indica que la exigencia de que las definiciones sean interpretadas por los jueces de manera estricta o restrictiva significa que deben excluirse los significados ubicados en la esfera marginal del término y dar prioridad a aquellos que se encuentran dentro de su esfera nuclear, literal, para llegar a una interpretación cuanto más restrictiva posible ajustada al núcleo del término.

22.2 del Estatuto que establece que: “en caso de ambigüedad, las definiciones de los crímenes deben ser interpretadas a favor de la persona objeto de enjuiciamiento (regla del *favor rei*)”<sup>634</sup>.

En cuanto a la primera, a la vez, la costumbre *contra legem*, es decir, como “fuente normativa ulterior o extensiva”, parece, por supuesto, inconsistente bajo una perspectiva de “estricta legalidad”. Teniendo en cuenta la importancia central que tuvo la experiencia de los tribunales *ad hoc* para el desarrollo del Derecho Internacional Público – y que sus estatutos habían sido creados con posterioridad a los hechos que debían juzgar – el derecho consuetudinario era visto como la única fuente que permitía cumplir con las exigencias del *nullum crimen*. Actualmente, delante de la CPI, la situación parece ser distinta ya que, para evitar las objeciones que tuvieron lugar contra de los tribunales anteriores basadas en el principio de legalidad, las fuentes enumeradas a las letras (b) y (c) del art. 21 del Estatuto de la CPI no pueden servir, de conformidad con las reglas clásicas de derecho penal, para tipificar nuevos u otros delitos aplicables por la CPI, porque de lo contrario las definiciones exhaustivas de los art. 5, 6, 7 y 8 del mismo Estatuto no tendrían sentido. Efectivamente, la práctica de los tribunales *ad hoc*, ha demostrado que el derecho consuetudinario pueda otorgar amplia discrecionalidad a los jueces por el hecho de que se pretenda juzgar sobre unas conductas cuyos caracteres delictuosos no están prescritos por escrito. En el ámbito del derecho positivo, a la vez, el legislador tiene mayores posibilidades de determinar el comportamiento punible con lo cual, si la intención de los Estados contratantes fue la de proporcionar normas claras y precisas a la CPI – a confirmación, los crímenes fueron redactados con bastante mayor precisión respecto al pasado – parece obvio concluir que el principio de

---

634 TRINIDAD NUÑEZ N., *La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 116-117.

legalidad, de acuerdo con los mencionados fines, no admite el derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad<sup>635</sup>.

La combinación entre los artículos 20 y 21 del Estatuto ha llevado a cabo, por lo tanto, a esa nueva regla: las fuentes que pueden identificar los tipos de crímenes son aquéllas indicadas por las letras a) y b) del artículo 21, constituyentes del Estatuto mismo (así como los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba) y los tratados mencionados por el artículo 5 del Estatuto, mientras que, la Corte puede, de todas formas, referirse a las fuentes “materiales”, y, por lo tanto, a la costumbre internacional, cuando es necesario actualizar al nuevo contexto social determinados tipos de crímenes, por los cambios de valores que hayan sucedido en la comunidad internacional<sup>636</sup>.

Aunque los artículos 15.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Declaración Europea sobre Derechos Humanos y 7.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos contemplan la posibilidad de sancionar una conducta si ésta se considera punible “según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional”, según AMBOS “la referencia al concepto de “principios de derecho” en el art. 21 Estatuto CPI no debe ser interpretada en el sentido del art. 38.1, letra c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>637</sup> sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional

---

635 TRINIDAD NUÑEZ N., *La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 114.

636 CATENACCI M., *Nullum crimen sine lege*, op. cit., p. 164.

637 El art. 38, párrafo 1, letra c, del Estatuto de la Corte internacional de Justicia se refiere a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Durante los debates del Comité Ad Hoc de 1995 (*Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, en BASSIOUNI M.C., *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*, Transnational Publ., Nueva York, 1998, pp. 623-624), se propuso mencionar expresamente al derecho consuetudinario en el Proyecto de ECPI, siguiendo el modelo del art. 38, párrafo 1, letra c, pero esta propuesta no fue considerada en la última versión (*Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-sixth Session, Draft Statute for an International Criminal Court*, 2 /05-22/07, en BASSIOUNI M. C., op. cit., p. 665).



desarrolladas sobre la base del Derecho de Núremberg, por el cual la regla aplicada debe tener sin duda el carácter de costumbre internacional causando, de tal manera, una disminución del área cubierta por el principio de legalidad, es decir, la reducción de la carga normativa o “desformalización” del mismo principio”<sup>638</sup>.

También JAÉN VALLEJO evidencia que “en este aspecto hay una importante reducción de la exigencia de *lex scripta*, que en la tradición del derecho continental exige que la ley penal proceda de un órgano democráticamente legitimado. Dicho en otras palabras: el derecho penal debe ser un derecho legislado”<sup>639</sup>.

A confirmación, en el más reciente caso *Lubanga* la Sala parece adoptar una versión del principio de legalidad que no admite el derecho consuetudinario, en los siguientes términos:

“no se infringe el principio de legalidad si se decide sobre la base de una *lex scripta, praevia, certa y stricta*”<sup>640</sup>.

Está claro que desde la óptica del derecho internacional público una praxis consolidada de los Estados (*repetitio facti*<sup>641</sup>) más el

---

638 AMBOS K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Traducción de Ezequiel Malarino, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2005, p. 36.

639 JAÉN VALLEJO M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 65.

640 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, Confirmación de Cargos en *Fiscal vs Thomas Lubanga Dyilo*, Caso n. ICC-01/04-01/06-803-tEN, de 14 de mayo de 2007, párrafo 303: “Accordingly, there is no infringement of the principle of legality if the Chamber exercises its power to decide whether Thomas Lubanga Dyilo ought to be committed for trial on the basis of written (*lex scripta*) pre-existing criminal norms approved by the States Parties to the Rome Statute (*lex praevia*), defining prohibited conduct and setting out the related sentence (*lex certa*), ‘which cannot be interpreted by analogy *in malam partem* (*lex stricta*)’.

641 AKEHURST M., “Custom as a Source of International Law”, en *British Yearbook of International Law*, 47, 1974-75, p. 53. El autor evidencia como por práctica de los Estados se entiende como cualquier acto o declaración de un Estado desde el punto de vista del derecho consuetudinario: actos físicos, demandas, declaraciones in abstracto (como las resoluciones de la Asamblea General), la legislación nacional, fallos nacionales y omisiones.

convencimiento jurídico general (*opinio iuris*<sup>642</sup>) dan lugar al nacimiento del derecho consuetudinario. Ahora bien, los principios generales de derecho – que se podrían fundamentar también en una valoración de conjunto del *soft law* internacional, es decir, del derecho producido por parte de organismos internacionales no jurisdiccionales – por un lado, permiten la verificación o no de las reglas del derecho consuetudinario internacional en formación, dando lugar en caso de éxito positivo a la afirmación de una nueva regla de derecho internacional y colaborando con la formación de la costumbre internacional, comportando, por lo tanto, una asimilación del derecho consuetudinario internacional con los principios generales del derecho, tal y como se encuentra establecido por el art. 21 párrafo 1, letra b, del Estatuto de la CPI; por otro lado, los principios – recogidos por la Corte sobre la base de las normas internas de los sistemas jurídicos mundiales, que permiten deducir principios comunes de las regulaciones concretas de los derechos nacionales – constituyen, en sentido tradicional, una fuente autónoma de considerable importancia, de acuerdo con el art. 21 párrafo 1, letra c, del Estatuto de la CPI, al ser aplicados sólo subsidiariamente.

---

642 La noción de la “*opinio juris*” se explicó por la CIJ en sus *casos sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte* (Corte Internacional de Justicia, República Federal de Alemania vs Dinamarca y República Federal de Alemania vs Holanda, ICJ Rep. 1969, 3, párrafo 77): “no sólo los actos en cuestión deben equivaler a una práctica, sino que también deben ser tales, o se deben llevar a cabo de tal manera, tal como ser evidencia de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de un derecho que requiere ello. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la misma noción de la *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados afectados deben, por tanto, sentir que están conformándose a lo que equivale a una obligación legal”. Véase, BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 5 ed., Oxford, 1998, p. 204; OLLÉ SESÉ, “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional: Su aplicación por los tribunales domésticos”, op. cit., p. 565. El autor confirma que la práctica verbal de los Estados puede constituir *opinio iuris* al revestir diferentes formas, entre las cuales: opiniones de asesores jurídicos oficiales, comunicados de prensa, comentarios gubernamentales, proyectos internacionales de codificación, decisiones, notas diplomáticas de protesta, informe o alegaciones ante tribunales internacionales, manifestaciones o declaraciones de voluntad en conferencias u organismos internacionales.

Por lo tanto, coincidimos con TRINIDAD NUÑEZ de que la falta de una respuesta definitiva sobre la admisibilidad o no del derecho consuetudinario – no como criterio interpretativo de los crímenes sino para fundamentar la punibilidad – nos lleva a pensar que los redactores no quisieron cerrar la cuestión sino dejarla abierta a la consideración de la CPI<sup>643</sup> y eso, comportando el riesgo de atentar contra la validez y eficacia del principio de legalidad que, a pesar de su valor indispensable en el ámbito del sistema de derecho penal clásico y, ahora, del sistema de derecho penal internacional, ve siempre más reducida su función a aquella de mero principio residual de derecho penal.

En efecto, como advierte JAÉN VALLEJO, se ha habido *de facto* una importante ampliación de las fuentes de derecho penal, al incluir el derecho consuetudinario entre las fuentes del derecho penal internacional y esto lo ha confirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus dos sentencias de 22 de marzo de 2001<sup>644</sup> en las que, con respecto a la afirmación de que “un delito debe estar claramente definido por la Ley” se ha dictado, al mismo tiempo, que la noción de *law* utilizada en el art. 7.1 de la Convención, engloba tanto el derecho escrito como el no escrito, algo que choca frontalmente con el principio de legalidad de matiz continental en su configuración tradicional, el que exige de manera imprescindible que la ley penal sea *scripta*, no sólo porque a través de ello se garantiza su conocimiento por todos, sino porque sólo así se

---

643 TRINIDAD NUÑEZ N., La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, op. cit., p. 115.

644 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casos “Streletz, Kessler y Krenz vs Alemania” y “K. H. W. Vs Alemania” (Número de demanda 34044/96, 35532/97 y 44801/98), Juicio de Estrasburgo, 22 de marzo de 2001. En dichos casos se juzgan y condenan a Fritz Streletz, Heinz Kessler y Egon Krenz contra Alemania y K-H.W., a 5 años y 6 meses, 7 años y seis meses y 6 años y 6 meses de prisión respectivamente, al ser considerados los autores intelectuales de homicidios voluntarios – hechos conocidos como “las ejecuciones del muro de Berlín” – por la muerte de ciudadanos de la República Democrática de Alemania (RDA) que intentaron huir hacia la República Federal de Alemania (RFA).

garantiza su procedencia de una instancia democráticamente legitimada<sup>645</sup>.

También el autor ANDRÉS DOMÍNGUEZ advierte que la interpretación que hace el TEDH del art. 7 del Convenio pone al mismo nivel tanto el derecho de origen legislativo como aquel de derivación jurisprudencial, independientemente de su carácter escrito o no; permite, entonces, de considerar como fuentes del Derecho penal internacional la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho, menoscabando el principio del legalidad penal y su garantía de reserva absoluta de ley en sentido formal<sup>646</sup>.

---

645 BARBERO N., "La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional", op. cit., p. 158. MENDOZA CALDERÓN S., "Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional", en PÉREZ CEPEDA A. I. (Ed.), *El principio de justicia universal fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-316; JAÉN VALLEJO M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 57-60. Véase, también, GARCÍA SAN MARTÍN J., "La extensión del principio de legalidad penal a la luz de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos", en *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, 2015, pp. 1-15. En efecto, el TEDH, ya en su sentencia sobre el caso *Cantoni contra Francia*, de 15 de noviembre de 1996, afirma que la noción de "derecho" empleada por el artículo 7, se corresponde con la de "ley" que aparece en otros artículos del Convenio y se trata de una noción que engloba tanto el derecho de origen legislativo como el jurisprudencial presuponiendo las condiciones cualitativas de accesibilidad y de previsibilidad. Respecto a estas dos exigencias/condiciones la sentencia de 12 de febrero de 2008 en el asunto *Kafkaris vs Chipre*, declara, a pesar de la dificultad para determinar la noción de "pena de reclusión a perpetuidad", establecido en el Código Penal chipriota, la violación del artículo 7 del Convenio por los defectos de accesibilidad y previsibilidad que presentaba la ley penal aplicable en el momento de los hechos. En esta famosa sentencia el TEDH diferencia el contenido substancial del castigo de su ejecución, de manera tal que cuando la naturaleza y el fin de la medida apunte a la remisión de la sentencia o a un cambio en el régimen de liberación anticipada, dichos aspectos no pertenecen al concepto de pena a efectos del art. 7 CEDH. No obstante, en la citada Sentencia, se señala que "sin embargo, en la práctica, la distinción entre ambos no siempre será suficientemente nítida. Y a partir de aquí se plantea una revisión material del concepto de pena que va más allá de su contenido en abstracto como pena perpetua en el Código Penal y que integra la normativa penitenciaria, la praxis aplicativa y la jurisprudencia interpretativa de aquélla a la búsqueda de su accesibilidad y previsibilidad". Esta posición jurisprudencial se mantiene de forma constante por el TEDH hasta la reciente Sentencia de 21 de octubre de 2013 en el asunto *Del Río Prada vs España*, en la que declara la violación de los artículo 5.1 y 7 del CEDH, para reconocer aspectos de ejecución penitenciaria que deben ser atraídos al arcano de garantías propias del principio de legalidad.

646 ANDRÉS DOMÍNGUEZ A. C., *Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 44 y ss.

BARBERO confirma que en la sentencia del 10 de noviembre de 2004<sup>647</sup>, el Tribunal Europeo limitó nuevamente el principio de legalidad explicando que “el art. 7 del Convenio, al hablar de “ley”, se refiere tanto a la ley como a la jurisprudencia e implica requisitos cualitativos como la accesibilidad y la previsibilidad, no otros”, y que “esta postura sobre la interpretación de la noción de “Derecho” (law) en el sentido que incluye tanto el Derecho escrito como el Derecho no escrito, y sobre el alcance de las condiciones cualitativas de accesibilidad y previsibilidad para dar por satisfecho el principio de legalidad (en cuanto a “Derecho” anterior al hecho del proceso) ha sido mantenida por el mismo Tribunal Europeo, incluso fue ratificada en el caso *Kononov c. Letonia*<sup>648</sup> en el año 2010”<sup>649</sup>.

Con mayor razón advierte HORMAZÁBAL MALARÉE que la CPI, en el caso del mandato “extraordinario” otorgado por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ex art. 13 b) ECPI – el autor distingue entre competencia ordinaria y extraordinaria de la CPI<sup>650</sup> – si podría

---

647 Caso *Achour contra Francia*, sentencia del 10 de noviembre de 2004, ap. 33.

648 Caso *Kononov c. Letonia*, sentencia del 17 de mayo de 2010, en especial, sección C, ap. 1 y 2.

649 BARBERO N., “La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, op. cit., pp. 157-158.

650 HORMAZÁBAL MALARÉE H., “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, op. cit., pp. 249-253. El autor difiere entre la competencia “ordinaria” y “extraordinaria” de la CPI: según la “ordinaria”, otorgada ex arts. 11, 12. 1 y 2 primera parte letras a) y b) ECPI, la CPI sólo puede conocer de los delitos a que se refiere el art. 5 ECPI y que se tipifican en los arts. 6, 7 y 8 ECPI y en el texto Elementos de los crímenes y sólo si han sido cometidos dentro del territorio de alguno de los Estados Parte del Estatuto o por alguno de sus nacionales. En el ejercicio de dicha competencia ordinaria resulta vetado aplicar los preceptos que regulan los crímenes de derecho internacional consuetudinario y el papel de la costumbre internacional estaría reducido a su recurso, como criterio interpretativo, es decir, únicamente para la interpretación de los tipos penales del Estatuto.

Por otro lado, según una competencia definida por el autor de tipo “extraordinaria”, otorgada ex arts. 12.2 (segunda parte), 12.3 y 13 b) del Estatuto de la CPI se extiende la competencia de la CPI más allá del ámbito territorial y de la nacionalidad de los Estados Parte. Las normas del art. 12.2 (segunda parte) y 12.3. ECPI posibilitan bajo ciertas y determinadas condiciones que la CPI pueda tener competencia objetiva sobre crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de un Estado que no sea parte del Estatuto siempre que haya aceptado la competencia “respecto del crimen de que se trate” (la Regla 44. 2 de las de Procedimiento y Prueba no concreta el significado de la expresión

conocer de delitos previstos en el derecho penal internacional consuetudinario ya que dicha competencia de la CPI derivaría por este organismo formalizándose en la resolución que remite al Fiscal – señalando una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes – el que deberá investigar si se han averiguado tales supuestos, “crímenes que pero pueden haber sido definidos como tales sea por el propio ECPI o en el derecho penal internacional consuetudinario”. Así como para los precedentes que han visto la institución de los Tribunales *ad hoc*, a través de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se podría perfectamente establecer “una competencia objetiva amplia que se extienda a tales delitos pertenecientes al derecho penal internacional consuetudinario”<sup>651</sup>.

El auspicio común, por lo tanto, es que la CPI, a través de sus futuras decisiones, precise explícitamente los alcances de la prohibición o no de la costumbre internacional o, como señala, GIL GIL, “podría existir una manera de compatibilizar las exigencias materiales del principio de legalidad con las características propias de las fuentes del Derecho internacional a través de la codificación – en tratados internacionales o declaraciones de la Asamblea General o, incluso, en Resoluciones del

---

“crimen de que se trate” diciendo sólo que tendrá tal calidad el “que corresponda a la situación”). A su vez, la norma del art. 13 b) ECPI estableciendo que “el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes” confiere al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas enormes poderes actuando, como para el pasado (TPIY y TPIR), de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

651 HORMAZÁBAL MALARÉE H., “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, op. cit., pp. 252-253. El autor advierte que se podría crear una situación parecida a la de la institución de los Tribunales *ad hoc* que se crearon por el propio Consejo de Seguridad como reacción a los acontecimientos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda: a través de las Resoluciones 827 de 1993 y 955 de 1994 aprobó por unanimidad el informe del Secretario General en el que señalaba que la situación en la ex Yugoslavia y en Ruanda constituían una amenaza para la paz y seguridad internacionales y también el Estatuto de los dos tribunales internacionales (en anexo). En tales Estatutos se le daba al Tribunal competencia sobre “una serie de delitos definidos en términos muy amplios, cuyo contenido se había de buscar en el derecho consuetudinario internacional.

Consejo de Seguridad – de la costumbre internacional con carácter de *ius cogens*<sup>652</sup>.

Más aún, si se considera la posibilidad admitida por el párrafo 3 del art. 31 del Estatuto, así expresada:

“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”,

Se concede entonces, a la Corte, la facultad de poder tomar en consideración una circunstancia eximente de la responsabilidad penal distinta de todas aquéllas enumeradas en el párrafo 1 del mismo artículo (art. 31), y, sobre todo, de posible y eventual derivación, también aquélla, del derecho internacional y, de esta manera, también de la costumbre internacional considerada ya como parte integrante del derecho internacional<sup>653</sup>.

### 3.2 – *La lex praevia y el principio de retroactividad: el tempus regit actum complementado por la lex mitior*

Como sabemos, el artículo 11 del Estatuto de la CPI establece la “competencia temporal” de dicho tribunal:

---

652 GIL GIL A. “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo”, op. cit., p. 391.

653 VIDALES RODRIGUEZ C., “El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en COLOMER, CUSSAC, LLORÉNS (Eds.) *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 213.

“La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”.

- *El tempus regit actum*

A su vez, el art. 24, párrafo 1, dicta lo siguiente:

“Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

Se trata del principio de irretroactividad procesal, que limita la competencia de la Corte a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto. El corolario especifica el principio de legalidad bajo la perspectiva del tiempo: las normas que puedan castigar una determinada conducta tienen que haber entrado en vigor antes de la comisión de un determinado y eventual crimen internacional.

La norma quiere prevenir el peligro de que se pueda causar, como nos enseña la experiencia, el uso abusivo de la ley posterior a través de la cual, a veces, se quiere castigar, más severamente, a una o más conductas llevadas a cabo por un individuo o grupos de personas por los crímenes por ellos cometidos, causando, por lo tanto, una interferencia en el ámbito del poder judicial. Por otro lado, las leyes *ex post facto* fracasan el test de previsibilidad ya que el individuo cree conocer unas consecuencias por su conducta criminosa que al momento del proceso se verán cambiadas.

Respecto a los demás corolarios, éste goza de una mayor consideración e importancia, sobre todo, si se considera que representa la expresión de



la regla clásica de derecho penal relativa a la sucesión de leyes penales<sup>654</sup>. La necesidad de insertar dicho corolario explícitamente en el cuerpo interno del Estatuto era evidente ya a partir de la obra del Comité Preparatorio encargado de la redacción del Estatuto, ya que el mismo se expresó, ya en 1996, en los siguientes términos:

“The principle of non-retroactivity was considered fundamental to any criminal legal system; a number of delegations recognized the substantive link between this concept and (...) (the) *nullum crimen sine lege* and suggested that principle should be clearly and concisely set out in the Statute (...). It was further noted that the principle *nulla poena sine lege* also required that the principle of non-retroactivity be clearly spelled out in the Statute and that the temporal jurisdiction of the Court should be limited to those crimes committed after the entry in force of the Statute”<sup>655</sup>.

La regla de la irretroactividad está complementada por aquélla establecida por el párrafo 3 del artículo 12, en el que, a su vez, se establece:

“Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuese necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

---

654 FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, III ed., Bari, 1996, p. 377.

655 Informe del Comité Preparatorio, cit., (V.I), 70.

Traducción literal al español:

“El principio de irretroactividad fue considerado fundamental para cada sistema de Derecho Penal, un número de delegaciones reconocieron la conexión sustantiva entre el concepto y (...) (el) *nullum crimen sine lege* y sugirió que el principio debería ser claramente y concisamente descrito en el Estatuto (...). Además, fue notado que el principio *nulla poena sine lege* también requirió que el principio de irretroactividad hubiera sido descrito en el Estatuto y que la jurisdicción temporal de la Corte debería ser limitada a aquellos crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto”.

Esto significa que en el caso de que un Estado se convierta en Parte posteriormente a la entrada del Estatuto la competencia de la Corte estará ejercida sólo con respecto a los crímenes cometidos después (aquí está confirmado el principio de irretroactividad penal), es decir, a partir de la entrada en vigor del Estatuto para aquél Estado, circunstancia que se puede excepcionalmente derogar sólo si el Estado en examen lo ha consentido y mediante declaración depositada en poder del Secretario<sup>656</sup>.

Sin embargo, en el caso de excepcional de una declaración *ad hoc* retroactiva de un Estado de conformidad con el art. 12.3 del Estatuto se podría dar lugar a un efecto retroactivo, por ejemplo, declarando que los crímenes de lesa humanidad son aplicables aunque se hubieran cometido con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado. La disposición sobre la jurisdicción temporal, ex art. 11.2, parece confirmar esto en su última parte disponiendo que: “a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”. Esto comporta de hacer una excepción a la regla general relativa a que “la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto” respecto de ese Estado (art. 11.2 primera parte). Por lo tanto, una lectura conjunta de estas disposiciones sugiere que el Estado puede, a través de dicha declaración expresa, permitir la aplicación retroactiva del Estatuto. No obstante, una interpretación teleológica prescribe que dicho efecto retroactivo “situacional” no debería ser extendido más allá de la fecha de la entrada en

---

656 En el ámbito de las condiciones previas al ejercicio de la competencia, como sabemos, el art. 12 del Estatuto, establece, generalmente, lo siguiente: “El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

vigencia del Estatuto , es decir el 1° de julio 2002, ya que, de otra manera la regla general del *nullum crimen* quedaría menoscabada<sup>657</sup>.

Como se puede constatar, el principio de legalidad y el de irretroactividad de la ley penal están estrechamente conectados o, más bien, el segundo es directa consecuencia del primero, ya que el art. 22 del Estatuto establece:

“Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”,

Mientras el art. 24 establece el principio de irretroactividad *ratione personae*:

“Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

Ahora bien, si el art. 22 hace referencia a la conducta que tiene que ser prevista ya expresamente por el Estatuto o por las otras fuentes secundarias como delito, y el art. 23, a su vez, hace referencia a las penas previstas también, preventivamente, por el Estatuto, el art. 24 se refiere a la entrada en vigor del mismo instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional como punto crucial temporal a partir del cual se activará su jurisdicción. En otras palabras, los primeros dos artículos 22 y 23, respectivamente, el *nullum crimen* y *nulla poena sine lege*, se refieren a la posibilidad de castigar crímenes únicamente si se encuentran previstos, enunciados y enumerados en el Estatuto con penas igualmente ya previstas por el mismo, mientras el art. 24 se refiere al momento a partir del cual la Corte podrá proveer el castigo de tales crímenes, más bien a partir de la entrada en vigor del Estatuto. Los primeros dos, entonces, prohíben la

---

657 AMBOS K., “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, op. cit., p. 248.

aplicación retroactiva de las normas imputadoras del Estatuto o de las fuentes secundarias, mientras que el art. 24 limita el ejercicio del poder judicial a la entrada en vigor del Estatuto mismo<sup>658</sup>.

Aunque parece haberse un solapamiento de normas, está claro que los crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, no obstante sean susceptibles de poder ser enjuiciados por la CPI, no lo serán. Además, el art. 11 del Estatuto se refiere a la activación de la jurisdicción de la CPI – *ratione temporis* – a confirmación de que, no obstante se entienda fácilmente el significado, es necesaria una armonización entre estas normas, ya que pueden causar confusión y dispersión normativa.

Todas estas disposiciones del Estatuto de Roma no pueden sino confirmarnos la crucial importancia y centralidad en el ámbito de la jurisdicción penal internacional del principio de legalidad y, en este caso, de su corolario referente a la irretroactividad.

Como podemos constatar a través de estas normas, se ha llevado a cabo la codificación de la regla o principio reconocido y recogido por el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, titulado como “irretroactividad de los tratados”, según el que:

“Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

En conclusión, la persecución de los delitos cometidos en el pasado no se considera retroactiva o en violación al principio de legalidad si se comprueba que en el momento de su comisión, estos crímenes pudieron ha-

---

658 PANGALANGAN R. C., “Article 24, Non-retroactivity *ratione personae*, General Principles of Criminal Law”, en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law*, op. cit., párrafo 8, p. 738.

ber sido calificados como crímenes de lesa humanidad, bajo las reglas aplicables del derecho internacional, es decir, su persecución y castigo pudieron ser previsibles para los responsables que, por lo tanto, habrían podido ser procesados bajo la legislación penal interna de los Estados.

Y esto porque como advierte JAÉN VALLEJO, “en el derecho penal internacional se produce una clara reducción de esta exigencia del principio de legalidad (*lex praevia*) porque la ley previa sólo surte sus efectos si se trata de una ley previa legítima según el derecho penal internacional. Ello significa que es perfectamente posible castigar conductas que, aunque no estuvieran expresamente sancionadas como tales en una ley formal vigente en el momento de su realización en el derecho interno, pudieran constituir delito desde el punto de vista del derecho penal internacional”<sup>659</sup>.

Entonces, las objeciones surgen mayormente con respecto a la interpretación y aplicación de la legislación y pueden ser tratados a través de argumentos basados en el derecho natural (justicia).

- *Lex mitior*

Además, el párrafo 2 del mismo art. 24 establece que si se realizaran modificaciones al derecho aplicable, es decir, al Estatuto o a los Elementos de los Crímenes, éstas tampoco tendrían una eficacia retroactiva en la medida en que fuesen perjudiciales para el reo.

Se trata de la ley más favorable al acusado, la *lex mitior*, según la cual el acusado no se verá afectado por unas eventuales modificaciones legislativas y, por el contrario, podrá disfrutar de la ley más favorable a él, a elegir entre la vieja y la nueva normativa. De esta manera no se verán afectadas las posiciones de aquellos criminales cuya conducta está persegui-

---

659 JAÉN VALLEJO M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 84.

da y castigada según una nueva ley menos severa de aquélla precedente, es decir, se prescribe la prohibición de causar una disparidad de tratamiento entre dos personas que, por ejemplo, hayan cometido el mismo crimen pero en dos momentos históricos distintos<sup>660</sup>. Está claro que si la conciencia social relativamente a una determinada conducta ha cambiado, se refleja en ella el nuevo sentido de justicia, el que tiene que adaptar sus penas de conformidad con esa nueva conciencia o sentimiento ético y social.

La fórmula “se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena” hace entender que el beneficiario de dicha disposición favorable podrá invocar la misma en cualquier estado del proceso penal internacional incluso delante de la Sala de Apelación o en Segunda Instancia, ex art. 81 del Estatuto de la CPI. Dicha excepción ya fue recogida en otros textos internacionales, como el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>661</sup> o el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>662</sup>. Según estos textos internacionales, se establece la llamada excepción al principio de retroactividad, que está permitida en el

---

660 MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 119.

661 El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966, según el cual:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

662 El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, titulado “Principio de Legalidad y de Retroactividad” establece:

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

caso de que haya entrado en vigor una ley posterior más favorable y en el caso de que no se haya dictado sentencia definitiva.

Sobre esta última formulación, en verdad, no estamos de acuerdo ya que se podría tranquilamente reducir una eventual pena ya dictada también con sentencia, sobre todo si se trata de unas penas privativas de libertad de larga duración. En efecto, la mencionada eventualidad podría darse, asimismo, el caso de una verdadera y total descriminalización o despenalización de una conducta antes considerada crimen por el ordenamiento jurídico penal internacional, lo que comportaría, en consecuencia, una fuerte disparidad de tratamiento, ya que en este caso la conciencia social relativa a aquella determinada conducta habría cambiado totalmente, hasta el punto de no ser considerada más objeto de persecución penal.

En conclusión particular sobre este punto, sobre la base de los códigos penales que admiten la aplicación de esta regla también en las hipótesis en las que hubiese sido ya dictada sentencia<sup>663</sup>, se auspicia que el Estatuto se reformara en esa dirección, en la parte relativa a la aplicación de la ley más favorable al acusado o imputado, en el ámbito del principio de irretroactividad penal.

---

663 El art. 2 del Código Penal español dicta lo siguiente: "No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario". El párrafo 2 del art. 2 del Código Penal Italiano establece: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali". El párrafo 2 del art. 2 del Código Penal Portugués establece: "O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais". Contrariamente, en vez, los Códigos Penales alemán (párrafo 3 del art. 2) y francés (art. 112-1 (III)) según los que la ley posterior se aplica sólo si ha sido emanada anteriormente a la emanación de la sentencia.

Según este nuevo ajuste, se permitiría la aplicación de la “retroactividad relativa” con efectos sólo para las personas que no hayan sido todavía condenadas definitivamente, si la nueva ley estableciera sólo unos cambios de tratamiento de la pena (por ejemplo, cambios en los tipos o en la cantidad de la pena); la aplicación, a la vez, de la “retroactividad absoluta” en los casos de abolición total de los crímenes, con efectos también para las personas que han sido condenadas definitivamente.

- *Supuestos problemáticos*

Ahora bien, considero oportuno mencionar y analizar unos supuestos en los que el principio de irretroactividad podría ser vulnerado.

*Delito continuado.* El primer supuesto de carácter dudoso es aquél que concierne a los crímenes de carácter continuado y permanente cuya conducta haya comenzado anteriormente a la entrada en vigor del Estatuto pero que, al mismo tiempo, no haya sido todavía terminada. Un ejemplo reconocido por la doctrina es aquel relativo a las desapariciones forzadas de personas<sup>664</sup> cuyas conductas, por un lado, si hubieran empezado anteriormente a la entrada en vigor del Estatuto no merecerían ser castigadas por la competencia *ratione temporis* que hemos visto anteriormente. Sin embargo, por otro lado, el Estatuto no parece prescribir ninguna solución si las mismas conductas hubieran continuado posteriormente a la entrada en vigor del mismo.

El debate ya fue analizado por la Corte Europea de los Derechos Humanos, que distinguió entre una “situación continuada y un acto instantáneo” y reconoció “la noción de violación continua del Convenio y sus efectos

---

664 LIROLA DELGADO I., MARTÍN MARTÍNEZ M. M., *La Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 152 y 153.



como limitación temporal de la competencia de los órganos de la Convención”<sup>665</sup>.

Con respecto a esta cuestión, en unos casos específicos, por ejemplo, ante el anterior Tribunal *ad hoc* para los crímenes cometidos en Ruanda, se dio un debate al respecto de la cuestión de jurisdicción del Tribunal, ya que unos hechos fueron cometidos anteriormente a la fecha a partir de la cual el Tribunal habría podido juzgar sobre los crímenes de su competencia, es decir; los hechos sucedieron con anterioridad a su competencia y jurisdicción.

Como sabemos, el art. 1 de su Estatuto establece que aquel Tribunal:

“tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 diciembre de 1994, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

Ahora bien, en unos casos los imputados intentaron excluir la competencia del Tribunal – *ratione temporis* – sobre la base de que los hechos fueron cometidos anteriormente al periodo a partir del cual se otorgó la competencia al Tribunal; sin embargo, la Sala de Primera Instancia dictó sobre esta cuestión lo siguiente:

"After careful review of the [relevant] paragraphs, the Chamber holds that many of the events, while related to a time period preceding 1994, provide a relevant background and a basis for understanding the accused's alleged conduct in relation to the Rwandan genocide of 1994...Thus, such

---

<sup>665</sup> *Loizidou vs Turkey*, Juicio en el Mérito, App. n. 00015318/89, 18 de diciembre de 1996 y n. 40/1993/435/514, Eur. Ct. H. R. 18 de diciembre de 1996, 91 AM. J. INY'L L. 532 1997.

information is directly relevant to events that occurred in 1994. The Chamber has considered the totality of the facts alleged and has noted that the Prosecution does not rely solely on the information in the paragraphs cited by the Defence, but also on facts related to the accused's alleged criminal conduct during 1994. Moreover, the Trial Chamber holds that an assessment of the acts alleged in the indictment is an evidentiary matter, the truth of which must be proved at trial”<sup>666</sup>.

La Sala admitió estas alegaciones dictando:

“The Trial Chamber recognizes the possibility that these allegations may be subsidiary or interrelated allegations to the principal allegation in issue and thus may have probative or evidentiary value. The Trial Chamber is therefore of the view that it is premature to address the relevance and admissibility of these allegations at this stage of proceedings. The appropriate stage will be at the trial of the accused”<sup>667</sup>.

---

666 TPIR, *Fiscal vs Hassan Ngeze*, Decisión relativa a la petición del Fiscal de modificar la acusación, Caso n. ICTR-97-27-I, de 5 de noviembre de 1999, para. 3, en TPIR, *Fiscal vs Ngeze and Nahimana*, Decisión sobre las Apelaciones Interlocutorias, de 5 de septiembre de 2000, párrafo 8, p. 8. Disponible en internet: <http://www.ictrcaselaw.org/docs/doc59310.pdf>.

Traducción literal al español:

“Después de la atenta revisión de los párrafos (relevantes), la Sala considera que muchos de los eventos, si bien relacionados a un periodo anterior al 1994, provén un trasfondo relevante y la base para entender la conducta alegada del acusado en relación con el genocidio de Ruanda de 1994”...Por tanto, tal información es directamente relevante a los eventos ocurridos en 1994. La Sala ha considerado la totalidad de los hechos alegados y ha notado que la Fiscalización no se refiere solamente a la información de los párrafos citados por la Defensa, sino, también, sobre los hechos relacionados a la conducta criminal del acusado alegada, durante el 1994. Más aún, la Sala considera que la evaluación de los actos alegados en la acusación es una materia evidente, la cuya verdad tiene que ser probada en el proceso”.

667 TPIR, *Ferdinand Nahimana*, Decisión relativa a la petición del Fiscal de modificar la acusación, ICTR-96-II-T, de 5 de noviembre de 1999, párrafos 27 y 28 en TPIR, *Fiscal vs Ngeze and Nahimana*, Decisión sobre las Apelaciones Interlocutorias, de 5 de septiembre de 2000, párrafo 2, p. 7. Disponible en internet: <http://www.ictrcaselaw.org/docs/doc59310.pdf>. Traducción literal al español: “La Sala de Primera Instancia reconoce la posibilidad que dichas alegaciones pueden ser subsidiarias o interrelacionadas a la alegación principal en examen y, por lo tanto, pueden revestir valor probatorio. La Sala de Primera Instancia es, por lo tanto, de la opinión que es

Sin embargo, la Sala de Apelación contradijo la decisión de la Sala de Primera Instancia:

“...not to refer to events prior to 1994 except for historical purposes or as information and that it would not hold any accused accountable for crimes committed prior to 1994”<sup>668</sup>.

Los jueces Lal Chand Vohrah y Rafael Nieto-Navia, reconocieron, en su opinión separada, la dificultad de establecer una continuidad temporal en lo que concierne a dichos tipos de eventos-crímenes:

“The Tribunal's subject-matter jurisdiction includes not only war crimes, crimes against humanity and genocide but also the separate and independent crimes of conspiracy to commit genocide and direct and public incitement to commit genocide, so called inchoate or continuing offences, with which the Appellants have been charged. In addition, Article 6 (1) of the Statute provides for individual criminal responsibility in respect of a person who "planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 4 of the Statute". With inchoate crimes in particular, it can be difficult to ascertain when all of the constituent elements of the offence exist so that a potential problem arises if it is intended that a conviction will be based upon not just one defined event occurring on a specific date but

---

prematurely to direct the relevance and admissibility of these allegations in this phase of the proceedings. The appropriate phase will be the trial of the accused”.

668 TPIR, *Fiscal vs Ngeze and Nahimana*, Decisión sobre las Apelaciones Interlocutorias, de 5 de septiembre de 2000, p. 6. Disponible en internet: <http://www.ictcaselaw.org/docs/doc59310.pdf>. Traducción literal al español: “no se refiere a los eventos anteriores al 1994 excepto que por sus propósitos históricos o como información y que no consideraría ningún acusado responsable para los crímenes cometidos anteriormente al 1994”.

upon a series of events or acts which took place over an extended period of time”<sup>669</sup>.

En su opinión separada el juez Shahabuddeen dictó, a su vez, lo siguiente:

“..There is no uncertainty in the Statute requiring recourse to principles for resolving an ambiguity. There is no dispute that the Statute gives jurisdiction to the Tribunal only in respect of crimes committed during 1994. There is accordingly no dispute that an indictment cannot present a count for a crime committed before that year. There is also no dispute that, in appropriate circumstances, this does not preclude the presentation of introductory evidence of such prior crimes having been committed by the appellant. In the words of the Appeals Chamber, the Trial Chamber held “that it will rely on events occurring prior to 1994 solely in an historical or informative context and that it will not hold an accused accountable for crimes committed prior to 1994.”<sup>670</sup>.

---

669 *Opinión Separada del Juez Lal Chand Vohrah y Rafael Nieto-Navia*, en TPIR, *Fiscal vs Ngeze and Nahimana*, Decisión sobre las Apelaciones Interlocutorias, de 5 de septiembre de 2000, párrafo 7, p. 9. Disponible en internet: <http://www.ictcaselaw.org/docs/doc59310.pdf>.

Traducción literal al español:

La materia sobre la que tiene jurisdicción el Tribunal incluye no sólo los crímenes de guerra, contra la humanidad y de genocidio, sino, también, los crímenes separados e independientes de conspiración para cometer el genocidio y el directo y público incitamiento a cometer genocidio, así llamado inconcluso o las ofensas continuadas, con las que los Apelantes han sido condenados. Más aún, el artículo 6 (1) del Estatuto provee para la responsabilidad criminal individual con respecto a la persona que haya “planeado, instigado, ordenado, cometido, o de otra manera ayudado o incitado en la planificación, preparación o ejecución de un crimen a los que se refieren los art. 2 a 4 del Estatuto. Con respecto a los crímenes continuados, en particular, puede ser difícil acertar cuando todos los elementos constitutivos de las ofensas existen así que tiene lugar un problema potencial si se entiende que una condena estará basada no solamente sobre de un evento en concreto ocurrido en fecha específica, sino sobre más eventos o actos que tengan lugar durante un periodo de tiempo extenso”.

670 *Opinión Separada del Juez Sahabuddeen*, en TPIR, *Fiscal vs Ngeze and Nahimana*, Decisión sobre las Apelaciones Interlocutorias, de 5 de septiembre de 2000, párrafo 2, p. 1. Disponible en internet: <http://www.ictcaselaw.org/docs/doc59310.pdf>. Traducción literal al español: “No hay incertidumbre en el Estatuto si se requiere el recurso a los principios para resolver una ambigüedad. No hay duda de que el Estatuto confiere

“..A reasonable inference could, in some circumstances, be drawn that the intent so shown was present at the time of commission of the crime. In the result, the prosecution could prove that, at the actual time of the crime, the accused had the necessary intent, though the proof derived from an earlier time”<sup>671</sup>.

“..In this case, the temporal limitation on the jurisdiction of the Tribunal provides a persuasive analogy, a kindred problem of juridical nexus arising as between matters begun before but completed after the commencement date of the jurisdictional period. By parity of reasoning, a conspiracy agreement made before the commencement of the mandate year but remaining to be fulfilled in Rwanda during that year is the exertion within that year of a continuing threat against the society of Rwanda; and the agreement may also be regarded as having been renewed within that year. On this basis, the Tribunal would have jurisdiction. In the result, the charge could correctly be for a conspiracy made in, or continuing into, the mandate year even though the original conspiracy agreement was made prior thereto...”<sup>672</sup>

---

jurisdicción al Tribunal sólo con respecto a los crímenes cometidos durante el 1994. No hay tampoco duda de que una acusación no pueda presentar un cargo por un crimen cometido anteriormente a aquel año. No hay tampoco duda de que, en circunstancias apropiadas, esto no descarta la presentación introductoria de la evidencia de tales crímenes previos habiendo sido cometidos por el apelante. En las palabras de la Sala de Apelación, la Sala de primera instancia consideró “que eso se referirá a los eventos ocurridos previamente al 1994 solamente en un contexto histórico o informativo y que no considerará un acusado responsable por los crímenes cometidos previamente al 1994”.

671 *Ibidem*, párrafo 10, p. 5. Traducción literal al español:

“una conclusión razonable podría, en algunas circunstancias, ser extraída de que el intento así demostrado estaba presente ya en el momento de la comisión del crimen. Como resultado, la Fiscalización podría probar que, en el momento del crimen, el acusado tenía el necesario intento, sin embargo la prueba derivó de un momento anterior”.

672 *Ibidem*, párrafo 14, p. 6. Traducción literal al español:

“en este caso, la limitación temporal de la jurisdicción del Tribunal provee una analogía persuasiva, un problema similar de nexos jurídicos que tiene lugar entre cuestiones legales empezadas anteriormente, pero, completadas después de la fecha de comienzo del período jurisdiccional. A igualdad de razonamiento, un acuerdo de conspiración hecho anteriormente al comienzo del año del mandato que pero se cumple durante el mismo año en Ruanda representa el esfuerzo dentro de aquel año de una continua amenaza contra de

“...In effect, in proper circumstances, evidence of prior offences is admissible to prove a pattern, design or systematic course of conduct by the accused where his explanation on the basis of coincidence would be an affront to common sense...”<sup>673</sup>

Posteriormente, la noción de crimen continuado fue elaborada por el Comité sobre Derechos Humanos en relación a la responsabilidad de los Estados:

"The Committee begins by noting that the State party's obligations under the Covenant apply as of the date of its entry into force for the State party. There is, however, a different issue as to when the Committee's competence to consider complaints about alleged violations of the Covenant under the Optional Protocol is engaged. In its jurisprudence under the Optional Protocol, the Committee has held that it cannot consider alleged violations of the Covenant which occurred before the entry into force of the Optional Protocol for the State party, unless the violations complained of continue after the entry into force of the Optional Protocol. A continuing violation is to be interpreted as an affirmation, after the entry into force of the Optional Protocol, by act or by clear implication, of the previous violations of the State party"<sup>674</sup>.

---

la sociedad de Ruanda; y el acuerdo puede también considerarse como renovado dentro de aquel año. Sobre de esta base, el Tribunal detendría jurisdicción. Como resultado, la acusación podría adecuadamente ser de conspiración hecha el, o en curso del, año del mandato, si bien el originario acuerdo de conspiración fue preparado previamente a ello”.

673 *Ibidem*, párrafo 20, p. 8. Traducción literal al español: “en efecto, en las circunstancias apropiadas, la evidencia probatoria de las ofensas previas es admisible para probar un modelo, diseño, o curso sistemático de conducta por parte del acusado cuya explicación sobre la base de la coincidencia constituiría una ofensa al sentido común”

674 *Könye vs Hungary*, Comunicación n. 520/1992, U. N. Doc. CCPR/C/50/D/520/1992 (1994). “Traducción literal al español:

“el Comité empieza notando que las obligaciones del Estado parte, bajo el Convenio, aplican a partir de la fecha de entrada en vigor para el Estado parte. De todas formas, hay un problema diferente cuando está involucrada la competencia del Comité para considerar las demandas con respecto a las violaciones del Convenio bajo el Protocolo Opcional. En su jurisprudencia bajo el Protocolo Opcional, el Comité ha considerado que no

*Efecto probatorio de hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma.* Una cuestión distinta a la del delito continuado es, como señala OLÁSULO ALONSO, la relativa a la posibilidad de utilizar hechos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Estatuto a efectos probatorios, sobre todo si tales hechos se relacionan con los elementos contextuales de los delitos imputados o la existencia de un propósito criminal común. El autor afirma que la prueba de tales hechos puede constituir un importante elemento probatorio de la existencia de un conflicto armado, por ejemplo, de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil y, así mismo, tal prueba también puede servir para mostrar la relación entre los delitos imputados y el conflicto armado o ataque contra una población civil en cuestión, o demostrar que los delitos cometidos posteriormente se hayan realizado en ejecución de un plan acordado con anterioridad, elemento clave para demostrar que las personas implicadas cometieron los delitos que se les imputan de conformidad a un propósito criminal común<sup>675</sup>.

*Unidad de delitos.* Otra hipótesis problemática podría ser aquélla relativa a una pluralidad de actos constituyentes un único crimen para la Corte cometidos algunos con anterioridad y otros con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto.

*Autoría y participación.* Un ulterior supuesto controvertido se podría dar en el caso de que la Corte enjuiciara una conducta secundaria respecto de la principal, cuando la primera haya sucedido anteriormente y la segunda

---

puede considerar las alegadas violaciones del Convenio que ocurrieron antes de la entrada en vigor del Protocolo Opcional para el Estado parte, si bien las violaciones continúen después de la entrada del Protocolo Opcional. Una continua violación tiene que ser interpretada como una afirmación, después de la entrada en vigor del Protocolo Opcional, del acto o de la clara implicación de las precedentes violación del Estado parte”.

675 OLÁSULO ALONSO H., *Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 10.

posteriormente a la entrada en vigor del Estatuto. Se trata por ejemplo del clásico crimen cometido por el encubridor<sup>676</sup>.

*Crímenes por omisión.* Con respecto a otro supuesto problemático, hay que señalar, asimismo, que en cuanto a los crímenes por omisión, el art. 24 del Estatuto de la CPI no es útil para determinar la temporalidad, es decir, la anterioridad de los hechos u omisiones con respecto a la entrada en vigor del Estatuto mismo. Hay que precisar que su párrafo 1 (art. 24), con la fórmula “por una conducta anterior a su entrada en vigor” no hace referencia a las conductas omisivas a las que sí hizo referencia el artículo 28 del Proyecto de Estatuto redactado en los Trabajos Preparatorios, y que ahora ellas mismas están previstas por las definiciones singulares de los crímenes específicos. Sin embargo, la doctrina también considera que la conducta abarca acciones positivas u omisiones, y que una responsabilidad general por omisiones pueden derivarse del derecho consuetudinario y/o de los principios generales<sup>677</sup>.

### 3.3 – *La lex certa: los principios de taxatividad, certeza y determinación de las normas*

Como afirma claramente BELING:

“la exigencia de tipicidad no es, en realidad, sino el precitado técnico imprescindible para que el principio de legalidad pueda cumplir su doble

---

676 Véase sobre el punto PANGALANGAN R. C., op. cit., p. 472.

677 DUTTWILLER, M., “Liability for Omission in ICL”, (2006) 6 ICLR 1, pp. 54 y ss. El autor considera que si bien no puede afirmarse la existencia de una norma consuetudinaria que establezca la responsabilidad por omisión, ésta existe como principio general.



función de garantizar tanto la libertad individual como la seguridad jurídica<sup>678</sup>.

Sólo a través de una formulación clara y precisa de las normas y disposiciones se puede cumplir los fines del principio de legalidad, mientras, en caso contrario, se queda incumplido dicho principio y reducido su alcance.

De la misma manera en la que el legislador nacional intenta, en cada ley, ser lo más claro posible para evitar incertidumbre e inseguridad jurídica, al mismo tiempo, en el ámbito internacional penal, se presenta el mismo problema, con mayor razón si se considera que se trata de un texto internacional como es el Estatuto de Roma, que representa el esfuerzo de llegar a un acuerdo entre los Estados pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos, y más todavía, entre Estados pertenecientes a distintos sistemas jurídicos, es decir, el continental y el anglosajón de tipo *common law*. Es probablemente por la intención de armonizar que se han acordado formulas abiertas, imprecisas y vagas que no han demostrado otra intención que la de no dejar impunes, en el aire, algunos comportamientos o crímenes que no podrían ni siquiera llamarse como tales, siendo atrocidades o barbaridades humanas<sup>679</sup>. Como señala SANCINETTI: “Es por el

---

678 BELING E., *Il significato*, op. cit., p. 320.

679 SILVA SÁNCHEZ J. M., “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor””, en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 29, N°. 86-87, 2008 (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal), pp. 149-171. El autor señala que está contenida en el Estatuto de la Corte penal internacional una “ideología de la punición infinita” es decir de la impunidad, término por el cual “en las formulaciones de los tribunales internacionales, se entiende la “falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos” por el derecho internacional de los derechos humanos (sentencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el “caso Almonacid”, n. marg. 111). Esta definición sí atribuye al término “impunidad” una clara connotación peyorativa, por lo demás, en la concepción jurisprudencial aludida, el concepto de impunidad alcanza tres situaciones: 1. la de ausencia de toda intervención jurídico-estatal sobre los hechos (impunidad fáctica); 2. la de limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo en virtud de leyes de exoneración emanadas de parlamentos democráticos (impunidad normativa –o legal– por acción); y 3. la de no anulación de di-

citado fin y el origen convencional o pactado del Estatuto de Roma por el que se instituyó la CPI, que haciendo uso de cierta flexibilidad y adaptación del lenguaje ha permitido, por un lado, una cierta adaptación a las circunstancias y, por otro, sacrificado el contenido del principio de legalidad enunciado en el art. 22.1 del Estatuto en su cuatro componentes, los cuales son la taxatividad, la claridad, la certeza y la determinación”<sup>680</sup>.

Coincidimos, por tanto, con VIDALES RODRIGUEZ, en que resultan contradictorias con el mandato de taxatividad algunas formulaciones típicas que sobresalen por su indeterminación y que, al mismo tiempo, demuestran el deseo de adoptar formulas dinámicas que eviten la obsolescencia de la ley por el transcurso del tiempo<sup>681</sup>: la inclusión como crimen de lesa humanidad de “otros actos inhumanos de carácter similar – a los previamente descritos – que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (art. 7 letra k); la calificación como crimen de guerra de actos que suponen “lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea” (art. 8 letra b) iv).

---

chas leyes (impunidad normativa –o legal– por omisión)”. Así, por ejemplo, la Corte interamericana de Derechos Humanos alude a un “derecho de las víctimas a la justicia a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”; a un “derecho a la verdad”, que sería el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los arts. 8 y 25 de la Convención”. PASTOR D. R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, 2006, p. 75 y ss.

680 SANCINETTI, “Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la nación argentina”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo i, madrid-Barcelona, 2004, pp. 811 y ss., 814

681 VIDALES RODRIGUEZ C., “El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en COLOMER, op. cit., p. 202. Véase, BARBERO N., “La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, op. cit., p. 163.

Con esta técnica legislativa, además, se puede incurrir en la eventualidad de que sean olvidadas, por no decir excluidas, algunas conductas que merecerían igual tratamiento como, por ejemplo, el empleo de armas nucleares o biológicas, de minas antipersonas, etc...

No hay que olvidarnos, en conclusión particular, del distinto tratamiento de las diversas formas de participación en el delito, cuyas formulaciones faltan también de claridad, así como los delitos contra la Administración de Justicia (art. 70 del Estatuto), los que prevén, también, el mecanismo conocido como asimilación, a través del cual cada Estado podrá extender sus disposiciones penales relativamente a esos delitos siempre que los mismos se cometan en su territorio o por uno de sus nacionales:

“Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales” (art. 70.4 letra a).

En cuanto al mandato de taxatividad ÁLVAREZ GARCÍA ha criticado que en relación al Estatuto de Roma existiría una gran indefinición en contra de las exigencias más elementales del principio de taxatividad de los tipos penales<sup>682</sup>; además, merece la pena de ser señalada la falta de determinación relativamente a las causas que eximen de responsabilidad penal sobre todo si se consideran las fuentes enumeradas por el art. 21 que permiten una abertura a un sistema abierto de hipótesis.

En definitiva, si por un lado se puede apreciar el esfuerzo que ha habido en el ámbito de la definición de los crímenes y de las conductas de competencia de la CPI, sobre todo en comparación con el antecedente Proyecto de 1996, todo esto representando el triunfo del principio de legali-

---

682 ÁLVAREZ GARCÍA F. J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp 92 y ss.

dad en su vertiente de taxatividad<sup>683</sup>, por otro se denota la dificultad de quien, en última instancia, tendrá que establecer cuales comportamientos caben en las normas penales establecidas por el Estatuto o por cualquier otra fuente tan autoritaria y cuales, por el contrario, se quedan fuera<sup>684</sup>.

Con respecto a la cuestión de la taxatividad y precisión de las normas BARBERO señala que: “no resulta del todo clara la decisión de explicar los tipos penales de este modo, primero en el texto del Estatuto en algunos casos (no todos, y no es uniforme el criterio elegido para definir algunas conductas y otras no), luego en el texto de Elementos de los Crímenes, y finalmente en algunas notas al pie del texto de Elementos de los Crímenes. No es habitual este modo de redacción o tipificación penal”<sup>685</sup>.

### 3.4 - La lex stricta: interpretación restrictiva y prohibición de la analogía in mala partem

La interpretación restrictiva y la relativa prohibición de analogía no pueden sino constituir un corolario esencial o consecuencias esenciales del prin-

---

683 RODRIGUEZ VILLASANTE PRIETO J. L., “Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, en MIÑO y DÁVILA (Eds.), *¿Fuerzas armadas y Derechos Humanos: es posible alcanzar el equilibrio?*, Sevilla, 2000.

684 En el mismo sentido BROOMHALL, B., op. cit., en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers' Notes, Article by Article*, TRIFFTERER O. (Eds.), cit, p. 450.

685 BARBERO N., “La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, op. cit., pp. 162-166. La autora señala además que: “..por ejemplo, están definidos en el mismo Estatuto los delitos de exterminio, esclavitud, deportación forzada, tortura, embarazo forzado, persecución, desaparición forzada y apartheid como crímenes contra la humanidad. No aparecen allí definidos, en cambio, y debemos recurrir al documento titulado Elementos de los Crímenes, las figuras de homicidio, encarcelamiento, todos los delitos de violencia sexual (con excepción del embarazo forzado) y otros actos inhumanos. El punto crítico es si estas explicaciones dadas en el art. 7.2 del Estatuto, por un lado, y en Elementos de los Crímenes, en texto y en nota al pie, por otro, dan o quitan precisión a los tipos penales. Así, aparecen tipos penales explicados en tres textos distintos, que a veces repiten conceptos, pero a veces amplían y a veces contraponen elementos típicos”.

cipio de legalidad de los crímenes y de las penas ya que, en caso contrario, la esencia y contenido de dicho principio se vería menoscabada, al permitirse la aplicación de la ley penal a casos distintos no contemplados. Se trata de una regla que protege a la persona sujeta a investigación o persecución, asegurándole que la potencial limitación de libertad que le podría tocar está prescrita exclusivamente por definición de ley; es decir, por las fuentes primarias de derecho penal internacional que antes resumimos y no por el trabajo de los jueces de la Corte o alguna aplicación en vía analógica.

Como sabemos, la analogía es aquel proceso de interpretación, utilizado y compartido por la mayoría de los sistemas legales, que consiste en la resolución de caso no regulados a través de la consolidación de normas que regulan casos análogos<sup>686</sup>. Históricamente, la prohibición de dicho proceso de interpretación de las normas por vía analógica ha sido observada mucho menos en el ámbito de los sistemas de tipo *common law*, en contraste con lo que ocurre en nuestros sistemas de *civil law*. Fue considerado injusto lo que está consentido en el sistema de *common law*; es decir, permitir a los jueces de cualquier tribunal poder definir unos crímenes en principio no previstos sino a través de la interpretación por vía analógica. Al no ser previstos esos crímenes por alguna fuente de ley cierta y anterior, se habría violado, inevitablemente, el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Además, se habría quitado cualquier poder de disuasión de la ley frente a los criminales que ya deberían conocer las normas, los comportamientos vetados y las eventuales sanciones por la violación de las normas penales y se habría, en otras palabras, causado el mismo efecto de admitir la ley penal retroactiva.

---

686 VASSALLI, *Analogía nel diritto penale*, en *Digesto delle discipline penalistiche*, I, Torino, 1987, p. 159.

Como sabemos, tiene lugar la llamada *analogía legis* si un caso no regulado o previsto está resuelto por normas singulares y escritas; *analogía iuris* si está, en vez, consolidado un principio general de ley.

Ahora bien, el texto del art. 22, relativamente a este principio establece en el primer inciso del párrafo 2 lo siguiente:

“La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía”.

En lo relativo a la interpretación “estricta”, ésta prescribe que los jueces deben ser rigurosos en la aplicación de los tipos penales, sin exceder nunca el tenor literal de las normas, que constituye un límite infranqueable. Esto significa que el proceso interpretativo de analogía está vetado y resulta incompatible con el principio de legalidad, ya que el propósito de este principio no es otro que garantizar la certeza del derecho y no el uso contrario y arbitrario del poder represivo; este propósito sería frustrado si el juez, la parte más importante dotada de poder represivo, fuese autorizado a castigar criminales fuera de los confines establecidos por la ley escrita<sup>687</sup>.

Esta doctrina es, por cierto, la expresión de la cultura legal europea, ya que en los sistemas de *common law* los jueces recurren más frecuentemente al método interpretativo analógico y no es por eso que sus ciudadanos tengan menos garantías que los nuestros.

Con respecto a la posición del Comité Preparatorio del Estatuto de Roma y relativamente a la prohibición de la analogía, se decidió así de acuerdo con la exclusión de dicha posibilidad, como está demostrado por el mismo Informe de 1996<sup>688</sup>, y habría sido, por supuesto, una enorme contradicción por un lado, establecer que una conducta puede ser castigada sólo si

---

687 MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal*, op. cit., p. 109.

688 *Informe del Comité ad hoc...*, op. cit., (V.II), 80.

está prevista como crimen por el Estatuto, y por otro lado, consentir, a través del recurso a la analogía, la persecución de conductas no definidas como crímenes por el Estatuto. La intención de los compiladores del Estatuto fue aquella que la construcción de crímenes adicionales en el ámbito de la jurisdicción de la CPI fuese obra de la Asamblea de Estados.

No obstante, si vamos a analizar la estructura y el contenido del Estatuto de Roma vamos a constatar que la prohibición de la analogía contrasta con algunos hechos típicos, es decir, con algunos crímenes que serían objeto de competencia de la CPI, cuya definición está reenviada a otros hechos semejantes. Haciendo directamente referencia a las palabras expresas en el Estatuto, el art. 7 a la letra g) establece la persecución de crímenes de lesa humanidad entre los que se encuentran actos como:

“Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”;

Y, más aún, en la letra k) la persecución de:

“otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”;

En el párrafo 2 del art. 8, letra b, apartado xviii) para la persecución de actos constituyentes crímenes de guerra entre los cuales:

“Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos”;

En la letra d) del mismo párrafo:

“El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los

motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”;

Y, por último, en la letra f):

“El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”.

De aquí se denota, contrariamente a todo lo auspiciado, el uso de términos como: “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, “otros actos inhumanos de carácter similar”, “dispositivos análogos”, “los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”, que no pueden conciliarse y adaptarse al principio de legalidad y a sus corolarios que prescriben la tipicidad y la prohibición de analogía, ya que son formulaciones que autorizan a los jueces una mayor discrecionalidad en la identificación de un caso como típico a través del método interpretativo jurídico de la subsunción.

Además, si se entendiera el requisito de la *lex stricta* sólo en el sentido de la prohibición de analogía *in malam partem*, sería difícil aplicarlo en las jurisdicciones tradicionales del modelo de tipo *common law*, ya que en ellas el recurso de la analogía no estaría prohibido sino que debe observarse como parte del proceso de descubrimiento intrínseco de la creación judicial del Derecho<sup>689</sup>.

También el mismo Reglamento de Procedimiento y Prueba deja abierta, a través de la Regla 145, la posibilidad para los jueces de imponer como

---

689 AMBOS K., *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, pp. 28 y ss.



circunstancias agravantes otras que “aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas”.

Se trata, entonces, de una serie de hipótesis que conceden a los jueces amplia discrecionalidad y amplias atribuciones que se acercan más al sistema de *common law* y mal se concilian con los postulados garantistas del principio de legalidad<sup>690</sup>. *De facto*, la función de tipo interpretativa que en principio detendrían los jueces se convierte, a la hora de la formulación de la sentencia, por la aportación de ellos mismos y por los poderes que prácticamente detienen, en una función integradora, y como diría KELSEN la obra de los jueces pasa a ser la continuación del proceso de producción del derecho mismo<sup>691</sup>.

Podemos resumir, en definitiva, que la misma prescripción de una interpretación “estricta”, que no exceda nunca el tenor literal de las normas y de los tipos penales, y que constituiría, como habíamos dicho, un límite infranqueable, ya se convierte en un obstáculo de fácil engaño ya que está, siempre, en las manos de los jueces la última palabra. Lo único que puede alentar al imputado o acusado es la restante regla del *favor rei* en el ámbito de la definición del crimen, ya que según el inciso 2 del párrafo 2 del art. 22 “en caso de ambigüedad será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. Podrá gozar, por lo tanto, de la interpretación menos aflictiva. Coincidimos con la misma doctrina internacional que reconoce bajo esos aspectos la posibilidad del recurso al analogía – exclusivamente *in bonam partem* – ya que, por ejemplo, en los casos de las normas de exención de las penas, que autorizan la no aplicación de penas en los casos de justificantes como la legí-

---

690 VIDALES RODRIGUEZ C., “El principio de legalidad”, op. cit., en COLOMER, CUSSAC, LLORÉNS (Eds.) *La Corte Penal Internacional* (Un estudio interdisciplinar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 210.

691 KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Trad. R.J. Vernengo, 7ª Ed. México, 1993, p. 263; sobre el punto se vea, también, LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994, p. 100.

tima defensa, el estado de necesidad y etc., no se infringiría el principio de estricta legalidad, por lo que esas normas no expanden, sino restringen el poder represivo y, por lo tanto, acercándonos siempre más a la postura típica de los mencionados sistemas jurídicos de *common law*, no representan un daño a la libertad personal<sup>692</sup>.

Además, no creemos que el uso de la analogía, visto exclusivamente desde el punto de vista interpretativo, pueda causar graves problemas si se consideran, por otro lado, el gran número de huecos o lagunas que están contenidos en el Estatuto. Creo que con referencia a estos huecos o lagunas de ley, la técnica interpretativa analógica pueda ser la mejor manera para subvenir a dichas problemáticas, ya que podría consentir a los jueces el hacer referencia a otras normas o disposiciones o párrafos del Estatuto para revelar más fácilmente los propósitos e intenciones del legislador, es decir, eliminar las dudas que puedan surgir con respecto a cualquier cuestión, a partir de la lista no-exhaustiva de los crímenes, para llegar a una clara explicación de los Elementos de los Crímenes.

Coincidimos, entonces, con aquella parte de la doctrina que afirma que: “donde la innovación judicial sea pequeña, poco controversia y consistente con configuración de la acción legislativa, hay menor riesgo de frustración de la elección legislativa”<sup>693</sup>. Personalmente añadiría a esa fórmula: “cuando haya simplemente que reconstruir el significado de algunas disposiciones o normas del Estatuto y siempre que no se crean perjuicios para el imputado o acusado que sea”. El uso del método interpretativo analógico se vería, entonces, útil en estas circunstancias mientras queda-

---

692 Se vean sobre este punto: FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale Parte Generale*, III. ed., Bologna, 1995, p. 95; HUERTA TOCILDO S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, op. cit., p. 105; PRADEL, *Droit Penal General*, X ed., Paris, 1995, p. 218; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, III ed., München, 1992, p. 69; JESHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996, p. 136.

693 JEFFRIES J. C., *Legality, vagueness and the construction of penal statutes*, 71 *Virginia L. Rev.*, 1985, p. 205-210.

ría seguramente prohibido para la definición y creación de crímenes, sobre todo en este campo o sector del derecho internacional público, en el que se trata de aplicar penas y sanciones para crímenes cuya gravedad está afirmada y reconocida a nivel internacional.

No podemos obviar el carácter híbrido del Estatuto de Roma, ya que al mismo tiempo concede una interpretación restrictiva – prohibiendo los casos análogos – y un amplio poder discrecional para el juez a la hora de considerar una conducta como delito.

Se auspicia, por todo lo anteriormente dicho, una reforma del Estatuto en aquellas partes todavía inciertas, y una toma de posición, por lo menos más clara, también, frente a esta problemática que puede inducir en error.

#### *4 – El principio de legalidad penal: el nulla poena sine lege lege*

##### *4.1 – La falta de un sistema diferenciado de penas: generalidad y ambigüedad de las penas establecidas en el Estatuto*

El fin de la pena está establecido en el mismo Preámbulo del Estatuto de Roma y coincide con el mismo fin prescripto por los tratados internacionales que tratan el tema, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es decir con aquel de la prevención<sup>694</sup>.

Como hemos tenido ocasión de ver, también en el ámbito penal internacional se busca preservar certeza, seguridad y coherencia y no incerti-

---

<sup>694</sup> En este sentido, el artículo 5, ap. 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, suscripto el 22/11/69) establece: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; y, el artículo 10, apartado 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (19/12/1966) estipula: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación”.

dumbre, contradicción e inseguridad que podrían derivar si no se establecieran, más allá de las conductas prohibidas y vedada por el ordenamiento jurídico, también las sanciones o penas como consecuencia de aquellas conductas. Eso pasaría, entonces, si los ciudadanos supieran los comportamientos prohibidos sin saber, no obstante, el castigo que comportaría su incumplimiento.

La mencionada formulación latina *nulla poena sine lege* se considera como la segunda parte del principio de legalidad complementada por el *nullum crimen sine lege* y dispone que el condenado sólo pueda ser penado de conformidad con el Estatuto. Se deduce, *a contrario sensu*, que se impide por un lado, que se recurra a penas no fijadas en el Estatuto de la CPI, y, por otro, se impide la imposición de una sanción criminal que sea más dura de aquella aplicable en el momento en el que el crimen fue cometido<sup>695</sup>.

Como fue afirmado en un precedente bajo la jurisdicción del Tribunal de Núremberg:

“el *nulla poena* no constituye una limitación de soberanía sino se trata de un principio general de justicia. La afirmación que es injusto castigar quien en violación de tratados ha atacado Estados vecinos, sin ningún aviso previo, es obviamente falsa, por lo que en dichas circunstancias el agresor tiene que saber que lo que está haciendo es injusto....sería injusto si sus fallos fueran consentidos y se quedarán impunes”<sup>696</sup>.

También en el caso *Eichmann* el Distrito de la Corte de Jerusalén citó al Tribunal de Núremberg:

“la regla Hebrea, ‘Ninguno puede ser castigado si no haya sido ya avisado’, constituye e principio de legalidad de acuerdo con la ley Romana, da

---

695 AMBOS K., *La Corte Penal Internacional*, ob. cit. p. 27.

696 *France et al. vs Goering et al.*, (1946) 23 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, 13 I.L.R. 203 41 AJIL 172, 217.

a entender la importancia de la advertencia que un cierto comportamiento está prohibido”<sup>697</sup>.

A su vez, una sentencia más reciente del Juez de la Corte Especial de Sierra Leona Geoffrey Robertson ha precisado:

“The principle of legality, sometimes expressed as the rule against retroactivity, requires that the defendant must at the time of committing the acts alleged to amount to a crime have been in a position to know, or at least readily to establish, that those acts may entail penal consequences. Ignorance of the law is no defence, so long as that law is capable of reasonable ascertainment. The fact that his conduct would shock or even appall decent people is not enough to make it unlawful in the absence of a prohibition. The requisite clarity will not necessarily be found in there having been previous successful prosecutions in respect of similar conduct, since there has to be a first prosecution for every crime and we are in the early stages of international criminal law enforcement. Nor is it necessary, at the time of commission, for there to be in existence an international court with the power to punish it, or any foresight that such a court will necessarily be established. In every case, the question is whether the defendant, at the time of conduct which was not clearly outlawed by national law in the place of its commission, could have ascertained through competent legal advice that it was contrary to international criminal law”<sup>698</sup>.

---

697 *A. G. Israel vs Eichmann*, (1968) 36 INT'L L. REP. 5 (District Court, Jerusalem), párrafo 27.

698 TPISL, *Fiscal vs Norman*, Caso No. SCSL-04-14-AR72 (E), Opinión discordante del Juez Robertson, de 31 de mayo de 2004, párrafo 13.

Traducción literal al español:

“El principio de legalidad, algunas veces expresado a través de la regla contra la retroactividad, requiere que el acusado al tiempo de la comisión de los actos que constituyen delito debe estar en la condición de conocer, o por lo menos fácilmente reconocer que esos actos pueden implicar consecuencias penales. El hecho que su conducta pueda ofender o incluso horrorizar a las personas no basta para considerarla ilegal en ausencia de dicha prohibición. El requisito aclara que no será necesariamente cumplido si hayan habido precedentes y exitosas persecuciones con respecto a una conducta similar, ya

Vamos, entonces, a averiguar el valor que tiene asignado también el principio de legalidad de las penas, principio recogido por el art. 23 del Estatuto de la CPI, titulado “*nulla poena sine lege*” – y por la Parte VII del Estatuto dedicada a las penas – el que establece:

“Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

Esta afirmación de principio, afortunadamente, no se ve acompañada por la correcta y precisa delimitación de las penas que deberían ser irrogadas, y, por lo tanto, esta se considera como la principal laguna o crítica que a este principio se le puede hacer. Pese a que el artículo 23 del Estatuto se titula “*Nulla poena sine lege*”, sólo se limita a señalar que el condenado seá penado de conformidad con el Estatuto. Bastante más regulada se encuentra la ejecución de la pena que su misma determinación<sup>699</sup>.

El enfoque denominado “maximalista” considera que el principio de legalidad protegería mediante el *nulla poena* intereses similares a los protegidos mediante el *nullum crimen* y compartiría los mismos cuatro atributos: *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* y *lex stricta*. Según este enfoque, las penas impuestas por crímenes internacionales deberían diferenciarse atendiendo al crimen concreto cometido, con el mismo grado de precisión que las penas previstas por los delitos de Derecho Penal nacional, porque allí está el respeto al principio de legalidad del delito y de la pena, y porque también lo exige el principio de culpabilidad que exige que el sujeto

---

que hay que haber una primera persecución por cada crimen ya que estamos en la precoz etapa de la aplicación del derecho penal internacional. Ni es necesario para eso que al tiempo de su comisión exista una corte internacional con el poder de castigarla o el presagio que tal corte será necesariamente establecida. En cada caso, la cuestión es si el acusado, al tiempo de la conducta que no estaba claramente prescrita como criminal por la ley nacional del lugar de su comisión, habría podido verificar por medio de la competente recomendación legal, que la misma era contraria al derecho penal internacional”.

699 LLEDÓ R., El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional, op. cit., p. 258.

conozca la conducta prohibida y la pena aplicable, a fin de poder motivarse en la norma y actuar en consecuencia<sup>700</sup>.

Ahora bien, si el artículo 77, párrafo 1, del Estatuto, titulado “penas aplicables”, establece que la Corte podrá sancionar a un condenado por uno de los crímenes previstos por el artículo 5 del Estatuto una de las penas siguientes:

a) la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

b) la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado<sup>701</sup>,

Sin embargo, el Estatuto de Roma no establece “penas determinadas” para cada delito, como suele pasar con la generalidad de las legislaciones penales internas y seguramente habría resultado más apropiada la fijación de penas separadas para cada tipo de crimen. Es evidente que las dificultades encontradas por los distintos Estados a la hora de llegar a un acuerdo en las negociaciones sobre dicha cuestión hicieron que se optara por este sistema general que permite un amplio arbitrio judicial<sup>702</sup>.

---

700 En sentido contrario a este enfoque, AMBOS K., *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 53-60: “ni la punibilidad ni la pena concreta son la información más importante para el autor, sino la eficiente aplicación de las penas criminales a imponer, (...) Es difícil argumentar que los elementos *nullum crimen* y *nulla poena* sean idénticos y resulta más convincente exigir requisitos más estrictos para el *nullum crimen* que para el *nulla poena*”.

701 Como vimos anteriormente, sea delante de la comisión preparatoria que en las negociaciones de Roma los debates vertieron, *in primis*, sobre la exclusión de la pena de muerte, y de forma secundaria, sobre la reclusión a perpetuidad que también generó resistencia por parte de varios Estados. Se adoptó, al final, el sistema de revisión de la pena o “examen de una reducción de la pena” (art. 110 del Estatuto) que se aplica una vez cumplidos dos tercios de la condena o veinticinco años, si se trata de condena a perpetuidad.

702 OLLÉ SESÉ, “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional: Su aplicación por los tribunales domesticos”, op. cit., pp. 579-582. El autor señala que las legislaciones de contraste, en el ámbito de la jurisdicción universal, serán las del lugar de comisión del delito, la del Estado de enjuiciamiento y la del Estado del que es nacional el sujeto activo cuando los hechos fueran cometidos en un país distinto al suyo. Si el tipo penal existe en la legislación domestica anteriormente a la comisión del crimen interna-

Como señala ÁLVAREZ GARCÍA, con respecto a lo previsto por el art. 77, nos encontramos con un supuesto no sólo de penas indeterminadas sino ante la confección de tipos agravados por la concurrencia de circunstancias – como la “extrema gravedad” – que no son suficientemente precisas<sup>703</sup>.

El Estatuto, en otras palabras, no ofrece un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas. Por el contrario, en cuanto a las penas, el mismo Estatuto sigue configurándose con los mismos caracteres que ya informaron los precursores Tribunales Internacionales: generalidad y ambigüedad. Esto es, en cuanto a la generalidad, porque las penas máximas previstas en el Estatuto son aplicables a todos los crímenes sobre los que la CPI tiene jurisdicción, sin distinción in abstracto en base a su injusticia y gravedad. En cuanto a la ambigüedad, el estándar de gravedad representa únicamente el criterio-guía, para que los jueces distingan, discrecionalmente, entre privación de libertad temporal o perpetua en los casos de extrema gravedad de los crímenes (art. 77.1 (a y b) Estatuto CPI) y como criterio de determinación de la pena (art. 78.1 Estatuto CPI). Se trata de un criterio altamente ambiguo ya que otorga a los jueces una

---

cional se aplicará la legislación interna; en segundo lugar, si el tipo penal ha sido trasladado al derecho interno con posterioridad a su ejecución y antes del juzgamiento, será esa pena la que sirve de referencia; en tercer lugar, si la tipificación del crimen internacional era inexistente en el momento de la comisión delictiva y también del enjuiciamiento, la pena de referencia será la correspondiente a las concretas conductas en las que se ha instrumentado el crimen internacional, es decir, la pena de los delitos subyacentes (asesinatos, lesiones, torturas, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, agresiones sexuales, etc.), como actos de lesión directa de los bienes jurídicos individuales, que gozaban en el derecho interno de previsión legal (criminal y penal) previa a la comisión del crimen internacional.

703 ÁLVAREZ GARCÍA F. J., *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., pp. 42 y ss. Véase, también, BARBERO N., “Previsiones sobre la Pena en el Estatuto de Roma”, en *Revista de Derecho Penal* (Donna, Edgardo A., Dir.), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 261 y ss.



amplia discrecionalidad limitada sólo por la exclusión de la pena de muerte y por la existencia de la pena máxima de treinta años<sup>704</sup>.

Es por lo anterior que CASSESE llega al punto de reconocer que, pese a algunas limitaciones en cuanto a la discrecionalidad de los Tribunales “este principio no es aplicable a nivel internacional, donde la tarifación de la pena no existe”<sup>705</sup>.

#### 4.2 – La abolición de la pena de muerte y la reclusión a perpetuidad

A pesar de la escasa determinación de las penas previstas en el cuerpo normativo, los efectos prácticos de la garantía del *nulla poena* en buena medida por un lado, impiden a la Corte sobrepasar ciertos límites genéricos establecidos en el Estatuto – por ejemplo, el máximo de treinta años previsto para la reclusión temporal, y esto, comportando una elusión del principio de legalidad de las penas – y, por el otro, excluyen la aplicación de la sanción que se ve ya afortunadamente ausente del texto de Roma, es decir, aquélla relativa a la pena de muerte.

En principio, la costumbre de los crímenes de guerra reconoce que las penas pueden incluir la pena de muerte y, en general, lo que la Corte considere apropiado. El Tribunal Militar de Núremberg en su art. 27 del Estatuto dictó en cuanto a las penas lo siguiente:

---

704 ÁLVAREZ GARCÍA F. J., “Sobre algunos problemas relativos a la falta de taxatividad en las normas del Estatuto del Tribunal Penal Internacional” en CUERDA RIEZU A., JIMÉNEZ GARCÍA F., (Eds.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 205-236. El autor critica el sistema de penas ya que el art. 77.1 del Estatuto contempla de manera general para cada delito tipificado en el Estatuto una pena de reclusión máxima sin fijar la mínima, incluyendo la pena de la reclusión a perpetuidad.

705 CASSESE A., *International Criminal Law*, op. cit., pp. 51-52.

“En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa”.

En general fue considerado por este tribunal más antiguo que la prescripción de una pena mínima fuese inútil, ya que el acusado ya conoce los crímenes por los cuales está perseguido, es decir, las gravísimas violaciones de derecho internacional humanitario, castigadas con las penas más severas.

La pena de muerte, que como vimos fue utilizada en los juicios de Núremberg, fue propuesta para ser incluida en el Estatuto por los representantes de los países árabes así como por Singapur y Trinidad y Tobago, durante la etapa de negociación del texto del Estatuto<sup>706</sup> y el debate sobre este punto, es decir, acerca de la posibilidad de incluir la pena de muerte vertió en que el rechazo de esta pena y la no aceptación de reservas que trae el Estatuto en su artículo 120 podían plantear problemas con respecto a la firma y ratificación del Estatuto por parte de aquellos Estados que sí tenían prevista esa pena en sus ordenamientos penales internos. En contraposición a esta postura, un grupo mayoritario de Países solicitó y obtuvo la exclusión de la pena de muerte, que ya se encontraba excluida por sus propias Constituciones y principios constitucionales.

No obstante, en realidad parece todavía persistir el riesgo de que alguno de los crímenes contenidos en el texto de Roma pudiera sancionarse con tan inhumana pena, como consecuencia de la aplicación del principio de complementariedad, el que consentiría a un Estado – el que decida mantener sus competencias jurisdiccionales – de poder ejercer su jurisdicción interna, la cual equivaldría a la posibilidad de poder aplicar sus propias

---

706 Véase, SCHABAS W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, New York, 2001, p. 86; 391 AMBOS K., *La Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 56. El autor señala que esos Países querían evitar, en todo caso, que la renuncia a las penas más duras tuviera algún tipo de consecuencia jurídica desde la perspectiva del derecho internacional o interno. A ello tuvo remedio la disposición contenida en el art. 80 del Estatuto.

penas previstas en su propio ordenamiento interno y, eventualmente, dicha pena capital. Fueron los Estados partidarios de tal sanción los que se preocuparon por incluir esa cláusula específica en el art. 80 del Estatuto en el que se expresa que:

“nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”.

Aún más, no parece ser de clara determinación, sino vaga, también la disposición relativa al principio de proporcionalidad, tal y como está definido por el párrafo 1 del artículo 78 del Estatuto, que establece lo siguiente:

“al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

Se trata de factores que sirven, también, de criterio para imponer – excepcionalmente – la pena de la reclusión a la perpetuidad en los casos más graves, factores que se adjuntan a aquellos establecidos por el art. 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba<sup>707</sup>. En particular el art. 145, apartado 1, letra b, que menciona “todos los factores pertinentes” que la Corte “ponderará” entre los cuales se encuentran los atenuantes, los agravantes, las circunstancias del condenado y las del crimen, que se ven luego especificadas en el apartado 2 de la misma Regla<sup>708</sup>. Dicha disposi-

---

707 Las Reglas de Procedimiento y Prueba han sido adoptadas por la Asamblea de Estados Parte el 9 de febrero de 2002, por la mayoría de dos tercios según el artículo 51 del Estatuto. Están disponibles para su consulta en línea: [https://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/rules%20of%20procedure%20and%20evidence.aspx](https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/rules%20of%20procedure%20and%20evidence.aspx).

708 La Regla 145, apartado 2, establece que:

“Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias

ción concluye con la clausula abierta que permite aplicar otras circunstancias de naturaleza semejante aún cuando no estén específica, previa y detalladamente enumeradas tal y como requeriría, en principio, el *nulla poena sine lege*, que resulta, por lo tanto, menoscabado<sup>709</sup>.

Además de los factores mencionados por el artículo 78 del Estatuto, en la letra c del mismo art. 145 se establece que “se tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado”.

En cuanto a la pena de la reclusión a perpetuidad, como anteriormente vimos, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda<sup>710</sup>, previeron exclusivamente la pena de prisión, sin más, aplicable según cada normativa interna del país. Los tribunales que la aplicaran habrían tenido que tener en cuenta – no sólo al momento de imponer la pena perpetua, sino siempre, en cualquier caso y tipo de crimen – factores como la gravedad del crimen y la situación per-

---

que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte; b) Como circunstancias agravantes: i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) El abuso de poder o del cargo oficial; iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21; vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.

En general no se entiende bien si el artículo se refiere a verdaderas atenuantes y agravantes genéricas en el término estrictamente jurídico, o si son simplemente factores que se tienen en cuenta para la graduación de la pena. Además, la disposición n. VI “otras circunstancias agravantes semejantes a las mencionadas”, menoscaba, una vez más, al valor del principio de legalidad de las penas.

709 Véase, *supra*, nota 524.

710 Respectivamente, el art. 23 del Estatuto del TPIR y el art. 24 del Estatuto del TPIY.

sonal del condenado. En este sentido, consideramos que resulte reductora la exigencia de consideración de estos factores para el exclusivo caso de imposición de la pena perpetua, y que se trata de factores que deberían siempre tenerse en cuenta para cualquier tipo de crimen. En cambio, para la pena perpetua, habrían tenido que ser previsto factores aún más específicos y concretos.

Ahora bien, en el apartado 3 de la Regla 145, con respecto a la pena de reclusión a perpetuidad, se establece:

“Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes”.

La admisión de esta pena causó otro debate muy controvertido, ya que bajo el Derecho Internacional la misma pena podría considerarse como “trato inhumano”, y por lo tanto, contraria a las prescripciones de la Convención de 1984, contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

#### *4.3 – El decomiso y la multa: ¿penas principales o con carácter accesorio?*

El mismo artículo 77 del Estatuto consiente a la Corte, además de la pena de reclusión, la aplicación de:

a) una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Tienen carácter accesorio el decomiso y la multa – aunque no se especifica cuando acompañaran la pena principal – y relativamente a esta última parece cierto que como sanción pecuniaria no puede nunca sustituirse por una pena privativa de libertad. Según el artículo 146 de las mismas Reglas de Procedimiento y Prueba, será la Corte la que decida, discrecionalmente, si la pena de la reclusión no resulta suficiente y si, eventualmente a esta puede acompañarse una multa teniendo en cuenta la capacidad financiera del condenado. La cantidad de la multa debe ser adecuada y correspondiente en el máximo al 75% del valor de los bienes del condenado, siempre teniendo en cuenta la previa deducción de una cantidad adecuada que sirva para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo (art. 146.2 Reglamento de Procedimiento y Prueba). La Corte deberá, también, fijar un plazo razonable para que el condenado pueda pagarla y decidir, asimismo, si el pago se efectuará de una sola vez o en varias cuotas, durante el mencionado plazo. En el caso en el que el condenado no pague la multa que le ha sido impuesta la Corte podrá tomar las medidas a las que se dedican las Reglas 217 a 222 (de acuerdo con el art. 109) y en el caso en el que persista la “actitud deliberada de no pagar” y se hayan agotado todas las medidas de ejecución aplicables, la Corte podrá, como último recurso, prolongar la reclusión por un período no superior a una cuarta parte de la pena y que no exceda de cinco años excepto en el caso de que se trate de una pena de reclusión a perpetuidad (146.5 Reglamento de Procedimiento y Prueba).

Con respecto a las penas de “decomiso del producto, bienes y haberes procedentes directa o indirectamente del crimen”, se trata otra vez de una

elección hecha a discrecionalidad de la Corte, que no afecte a los derechos de terceros en buena fe (art. 77.2 letra b), y se prevé como destinación eventual de dichos bienes la institución de un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas (art. 79 del Estatuto).

En conclusión particular sobre estas penas secundarias que se suman a las previsiones sobre reparación de las víctimas, hay que constatar que no están reguladas como penas “alternativas”, lo cual habría sido tal vez desproporcionado para adecuarse al castigo de los crímenes de competencia de la Corte, cuya gravedad es tan manifiesta.

Además, como constata MARTÍN MARTÍNEZ es sorprendente cómo el Estatuto no ha previsto ninguna imposición de otras penas que afecten a la reputación moral o a la capacidad jurídica del condenado, tales como la inhabilitación absoluta y/o la suspensión de cargos públicos o de sus derechos civiles y políticos<sup>711</sup>. Además, no está claro cómo se determina la pena correspondiente a las formas de participación y que pena está prevista para los actos preparatorios de un crimen.

##### *5 – La garantía jurisdiccional, el nemo damnetur nisi per legale iudicium*

El punto de partida para la ordenación sistemática de los principios y garantías constitucionales que rigen el proceso penal se encuentra, como señala MONTERO AROCA<sup>712</sup>, en la llamada “garantía jurisdiccional en actuación del derecho penal”, que significa, en otras palabras, que el Derecho Penal sólo puede actuar a través de la obra de los tribunales y, más bien, a través del proceso llevado a cabo por los mismos.

---

711 LIROLA DELGADO I., MARTÍN MARTÍNEZ M. M., *La Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 240.

712 MONTERO AROCA J., “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, en *Revista Justicia*, núm. IV, 1992.

Según dicha garantía, imprescindible para el ciudadano, nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales y mientras son respetadas las garantías establecidas por la ley.

El debido proceso penal busca materializar la tutela jurisdiccional efectiva. Tiene importancia porque permite satisfacer los intereses de las víctimas, puesto que no serviría de nada acceder al órgano jurisdiccional si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión no reúne los supuestos para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva<sup>713</sup>.

Como sabemos, la administración de la justicia emana del pueblo y está vinculada a la ley proscribiendo toda posibilidad de arbitrariedad. La titularidad del llamado *ius puniendi* corresponde al Estado y se encuentra dentro de su estructura estatal la exclusividad del poder judicial en la aplicación de las penas. Se trata de la acción penal o potestad punitiva ejercida por parte del Estado, a través de su jurisdicción.

La actuación del Derecho Penal, por tanto, debe hacerse, exclusivamente, a través de un proceso que pueda garantizar el respeto de los derechos procesales fundamentales.

*In primis*, se trata de un proceso que tiene que ser conducido, dirigido y resuelto por sentencia por parte de un “juez natural” (o colegio de jueces) ya predeterminado con anterioridad, tercero y ajeno a los intereses de las partes, es decir, independiente, autónomo e imparcial; obviamente, tienen que ser predeterminadas sea la jurisdicción que la competencia de dicho órgano judicial.

Hay que garantizar, al mismo tiempo, el respeto de las dos partes, sea en el ámbito de la acusación como en el de la defensa, en el cual hay que

---

713 MACHICADO J., *El Debido Proceso Penal, Apuntes Jurídicos 2010, Bolivia, 25 de marzo de 2010*. Disponible en internet: <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/debido-proceso.pdf>.



asegurar que no haya ninguna privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa.

Además, es necesario que se aseguren: el famoso contradictorio procesal entre las partes, es decir, la igualdad de armas entre la acusación y la defensa a nivel de formación y asunción de las pruebas; que el proceso tenga una duración razonable, asegurada por ley, de tal manera que el Estado pueda garantizar una justicia pronta y sin dilaciones; y la publicidad del proceso de manera tal que se pueda garantizar una justicia transparente.

Con respecto a la persona acusada, el derecho a la defensa le asegura:

- a) que obtenga toda y adecuada información relativamente al proceso pendiente a su cargo, a las acusaciones formuladas por el Fiscal en un plazo de tiempo razonable, de manera tal de consentirle la formación de una adecuada defensa y de las pruebas que puedan disculparle de los hechos objetos de acusación.
- b) a ser oída en su propio idioma durante el proceso y antes de cada decisión judicial.
- c) el derecho a la autodefensa, es decir, el derecho a no confesarse como culpable y a no declarar contra sí mismo, garantizado por el principio ampliamente reconocido en Derecho Penal que es la presunción de inocencia a través de la cual, en un proceso de tipo acusatorio, se desplaza el régimen de la prueba en cabo al juez que ejerce la pretensión acusatoria mientras, que el Fiscal formula todas las acusaciones a cargo de la persona imputada y recoge todas las pruebas para fundar la convicción judicial acerca de su culpabilidad;
- d) por último, la prohibición de un doble juicio a su cargo garantizado por el principio del *ne bis in idem* que prescribe la imposibilidad de poder ser procesado ni condenado, más de una vez, por el mismo hecho

criminal, siempre teniendo en cuenta que se trate del mismo sujeto, objeto, hecho o delito.

En cuanto a dichas garantías jurisdiccionales presentes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece en el mismo que la Corte está dotada de jueces imparciales que detienen las más altas calificaciones y que están a disposición de los acusados de los crímenes que caigan bajo su jurisdicción para asegurarles el debido proceso y un juicio imparcial. La CPI, además, goza de mecanismos de selección de sus órganos de investigación, enjuiciamiento y juicio, diseñados para proteger a los individuos inocentes contra investigaciones o acciones judiciales de carácter penal basadas en motivos políticos, vejatorios o frívolos<sup>714</sup>.

Los Estados Parte supervisan el trabajo de la Corte vigilando al Presidente, al Fiscal y al Registrador en cuanto a la administración de la Corte y toman decisiones en cuanto al presupuesto y al cambio del número de los jueces, estudiando cualquier cuestión relativa a la no-cooperación sin, pero, interferir con las funciones judiciales de la Corte cuyas cuestiones se arreglan con una decisión interna de la Corte misma.

El Estatuto reconoce una gama completa de los derechos del acusado conteniendo más de sesenta artículos sobre principios de legislación penal, investigación, enjuiciamiento, juicio, cooperación, asistencia judicial y ejecución de las normas, proporcionándole, de esta forma, las más altas normas de protección, llegando hasta el punto de ampliar las normas incorporadas en los principales instrumentos internacionales sobre los derechos humanos<sup>715</sup>: el artículo 10 de la Declaración Universal de Dere-

---

714 Véase, sobre la estructura orgánica y jurisdicción de la CPI, Capítulo IV, 1-2, pp. 92-103.

715 Véase, sobre los caracteres más relevantes del proceso y principios fundamentales afirmados en el Estatuto de la CPI, Capítulo IV, 3, p. 103-107.

chos Humanos de 1948<sup>716</sup>, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>717</sup> y el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>718</sup> entre los más famosos.

---

716 El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, dicta sobre el debido proceso, lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

717 El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, establece, a su vez, lo siguiente:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya

## 6 – La garantía de ejecución, el nulla executio sine lege

En el curso de esta investigación hemos tenido ocasión de observar, muy aproximadamente, como el Derecho Penal Internacional ha encontrado dos maneras o modalidades distintas de ejecución: aquella directa e indirecta.

Un sistema de justicia ideal de ejecución directa sería aquel comprensivo no sólo por un órgano juzgador, sino constituido por todos aquellos componentes que se puedan individualizar en los ordenamientos internos de justicia penal, o bien, los instrumentos idóneos para instaurar una investigación, el procedimiento, la decisión o sentencia, las sanciones y la ejecución de las mismas<sup>719</sup>.

---

condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

718 El art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, el que establece:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

719 BASSIOUNI M. C., *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè, Milano, 1999, p.185.

Los ejemplos de ejecución directa de los anteriores Tribunales de Núremberg y Tokio han constituido unos precedentes únicos o *sui generis* ya que el estado de ocupación en el que se encontraron los Países ganados, en los que se instauraron aquellos procesos, facilitó el proceso de ejecución directa a través del uso de las fuerzas armadas ya presentes en el territorio para buscar los elementos de prueba de las investigaciones o ejecutar los arrestos<sup>720</sup>.

De distinta forma, con la institución de los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda por mano del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas – que como fue especificado anteriormente no tuvo lugar por la cesión de soberanía por parte de los Estados sino por el ejercicio de los poderes conferidos al Consejo de Seguridad por la misma Carta de N. U.<sup>721</sup> – se proveyó un sistema de ejecución indirecta, es decir, a través de la entrega por parte de los Estados de las personas acusadas y condenadas de conformidad con sus deberes de mutua asistencia judicial y de cooperación para los fines de dar ejecución a las sentencias. Hay que denotar que, no obstante, dichas obligaciones de asistencia y cooperación fueron vinculantes para todos los Estados Miembros de N. U., y la ejecución efectiva de las sentencias de aquellos Tribunales estaba subordinada a la adopción por parte del Consejo de N. U. de unas otras cuantas resoluciones que dictasen las sanciones concretas<sup>722</sup>.

La CPI, a la vez, se ha acercado más a los dos últimos modelos de ejecución indirecta de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, y la obligación de cooperación existe sólo para aquellos Estados que han participado en la Conferencia de Roma, es decir, aquellos que han ratificado el Estatuto de Roma de 1998.

---

720 *Ibidem*, p. 187.

721 Véase Capítulo 3.3, pp. 84-91.

722 BASSIOUNI M. C., "Policy Consideration in Inter-State Cooperation in Criminal Matters", en ESER A. & LOGODNY O. (Eds). *Procedures for a New Transnational Criminal Law*, 1992.

Las mismas modalidades de cooperación indirecta entre los Estados: la extradición, la transferencia de detenidos, el secuestro, el decomiso o la confisca de bienes provenientes por los crímenes internacionales, el reconocimiento de sentencias penales extranjeras, la transferencia de procesos penales, constituyen modalidades independientes y complementarias de ejecución de las sentencias dictadas por la CPI<sup>723</sup>. Se trata de un sistema de ejecución indirecta que confía en la actuación de los sistemas judiciares internos, es decir, se conforma a la máxima latina *aut dedere aut iudicare* la que implica proceder en juicio o extraditar para los crímenes internacionales más graves, como por ejemplo: el tráfico de droga, la piratería, esclavitud, tortura, el apartheid, la agresión, el genocidio, los crímenes de guerra y contra la humanidad<sup>724</sup>. Este sistema, como sabemos, se rige, por un lado, sobre la capacidad de los sistemas de justicia penal estatales de cumplir y desarrollar investigaciones, arrestar, proceder y juzgar las personas acusadas, y, por otro lado, sobre la efectiva volun-

---

723 BASSIOUNI M. C., *Le fonti*, op. cit. p. 188; BLAKSLEY, "Comparing the ad hoc Tribunal for Crimes Against Humanity in the Former Yugoslavia and the Project for an International Criminal Court by the international Law Commission", en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1996, p.139.

724 El principio *aut dedere aut iudicare* está íntimamente relacionado con la extradición y plantea la disyuntiva de extraditar o juzgar (*try or surrender*). Este principio se encuentra recogido en tratados de extradición y otros textos de Derecho internacional general, como los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 49 del I Convenio, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III y art. 146 del Convenio IV) o la Convención contra la Tortura de 1984 (art. 5.2); BASSIOUNI M. C., WISE E. M., *Aut Dedere Aut Iudicare: the Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 1 y ss.; BASSIOUNI M. C., *International Extradition: United States Law and Practice*, Oceana Publications, Nueva York, 2002, pp. 5-11; GILBERT G., *Aspects of Extradition Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1991, pp. 157-162; WISE E. M., "Extradition: The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim *Aut Dedere Aut Iudicare*", en *International Review of Penal Law*, 1-2 trimestres, 1991, pp. 109-134; WISE E. M., "*Aut Dedere Aut Iudicare: The Duty to Prosecute or Extradite*", en BASSIOUNI M. C. (Ed.) *International Criminal Law*, 2 Edición, op. cit., pp. 15 y ss.; BASSIOUNI M. C., "Crimes against Humanity: The Need for a Specialized Convention", en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 31, Nº 3, 1994, pp. 480-481. El autor considera que, a pesar de que muchos convenios internacionales han dispuesto el deber de extraditar o juzgar, es posible que la norma ya hace parte del Derecho internacional consuetudinario como un principio general del Derecho.

tad de cooperación de los Estados sobre la base de su buena fe y de manera eficaz e imparcial.

En este contexto, la Corte delega la ejecución de la pena en uno de los Estados parte que se haya ofrecido de forma voluntaria al efecto, pero, al mismo tiempo, conserva un amplio margen de control y de decisión sobre la ejecución. En el ámbito de la ejecución, tanto el Estatuto como las Reglas de Procedimiento y Prueba distinguen entre las penas privativas de libertad y las penas pecuniarias.

La Parte X del Estatuto regula, en efecto, el modo de cumplimiento de la pena y, en particular, la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de la libertad y dichas disposiciones del Estatuto se complementan con las Reglas 198 a 213 de Procedimiento y Prueba.

El artículo 103 del Estatuto establece que la pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado su consentimiento a la Corte para recibir los condenados. Eventualmente, el Estado designado por la Corte podrá subordinar la aceptación al cumplimiento de ciertas condiciones por él establecidas y la Corte deberá tener en cuenta, a la hora de la designación, de unos factores establecidos por el Estatuto, tales como:

- a) El principio de que los Estados Partes deben compartir la responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de libertad de conformidad con los principios de distribución equitativa que establezcan las Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) La aplicación de normas de tratados internacionales generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los reclusos;
- c) La opinión del condenado;
- d) La nacionalidad del condenado; y

e) Otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución<sup>725</sup>.

Además, si se averigua uno de los siguientes casos:

- La Corte no designa un Estado para el cumplimiento de la pena;
- el Estado designado no acepta;
- la Corte no acepta las condiciones impuestas por el Estado seleccionado,

a pena privativa de libertad se cumplirá en el establecimiento penitenciario que designe el Estado anfitrión (Países Bajos)<sup>726</sup>.

El art. 104 del Estatuto establece, además, que la Corte podrá en todo momento decidir el traslado del condenado a una prisión de un Estado distinto del Estado de ejecución y que, a su vez, el condenado podrá en todo momento solicitar a la Corte su traslado del Estado de ejecución.

En cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad, el art. 106 del Estatuto establece, la supervisión de la Corte y el ajuste a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos.

Sin embargo, las condiciones de reclusión en particular se rigen por la legislación del Estado de ejecución, siempre en cumplimiento de los estándares internacionales<sup>727</sup>. Así, se especifica, al segundo inciso del párrafo

---

725 Estos factores se complementan con lo establecido por la Regla 201 de Procedimiento y Prueba.

726 Art. 103, párrafo 4, del Estatuto.

727 DE MIGUEL ZARAGOZA J., "La Cooperación Jurídica con la Corte Penal Internacional", en *La Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001, p. 212 y ss. Cabe recordar, según el autor, que, de bajo el perfil de legalidad, en el proyecto original se hacía referencia a normas internacionales de carácter consuetudinario y a principios generales de derecho, en una tácita referencia a las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil ("Directrices de Riad") y a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración



3, del art. 106 del Estatuto, que las penas no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución. De todas maneras, dispone el Estatuto que la comunicación de la Corte con el condenado será irrestricta y confidencial<sup>728</sup>: la Corte puede enviar, por ejemplo, si bien notificando previamente al Estado ejecutor, a uno de sus magistrados u otro funcionario a reunirse personalmente con el condenado, escuchar sus observaciones, y esto, sin la presencia de las autoridades nacionales. Además, la Corte puede pedir informes al Estado ejecutor, a peritos u otra fuente fidedigna<sup>729</sup>.

---

de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), entre otras. No obstante, hubo reticencia de varios países por lo que no estaban seguros de que habrían llegado a cumplir con esas necesarias condiciones de reclusión y, además, se podría generar diferencias con respecto al trato brindado a los reclusos locales, por lo que se incluyó la referencia al derecho interno y ya no a las normas internacionales, sino a las normas generalmente aceptadas por las “convenciones internacionales”, lo que equivale a una rebaja en el estándar. En cuanto a estos estándares internacionales que se deben respetar en la ejecución de la pena, hay que mencionar el instrumento internacional denominado “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, adoptado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobada por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Asimismo, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/11, de 14 de diciembre de 1990. Aún más, se entiende que se deberán respetar las convenciones marco de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, las convenciones tanto americana como europea, y la Carta Africana, todas de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como, a modo más específico, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, y las convenciones interamericana y europea contra la tortura.

728 Artículo 106, párrafo 3, del Estatuto.

729 La Regla n. 211, titulada “Supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión” establece, en su párrafo 1, lo siguiente: “Con el objeto de supervisar la ejecución de las penas de reclusión, la Presidencia: a) En consulta con el Estado de ejecución, velará por que, al hacer los arreglos que correspondan para el ejercicio por el condenado de su derecho a comunicarse con la Corte acerca de las condiciones de la reclusión, se respete lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 106; b) Podrá, cuando sea necesario, pedir información, informes o el dictamen de peritos al Estado de ejecución o a fuentes fidedignas; c) Podrá, cuando corresponda, delegar a un magistrado de la Corte o a un funcionario de la Corte la función de, previa notificación al Estado de ejecución, reunirse con el condenado y escuchar sus observaciones sin la presencia de autoridades nacionales; d) Podrá, cuando corresponda, dar al Estado de ejecución la oportunidad de

Finalmente, el Estatuto prevé al art. 107, tras el cumplimiento de la condena a pena privativa de la libertad, el traslado de quien no sea nacional del Estado de ejecución al Estado que esté obligado a aceptarlo o a otro Estado que esté dispuesto a hacerlo, teniendo en cuenta si quiere ser trasladado a éste, a menos que el Estado de ejecución lo autorice a permanecer en su territorio.

En cuanto a una eventual la reducción de la pena, se prevén en el Estatuto dos mecanismos:

- a) el primero, al art. 105, establece que una vez decidido el Estado donde se cumplirá la pena, la misma tendrá carácter obligatorio de manera que el Estado designado no podrá de ningún modo modificarla, y cualquier solicitud de apelación o revisión incumbirá exclusivamente a la Corte y el mismo Estado de ejecución no podrá poner obstáculos para que el condenado presente una solicitud de esa índole;
- b) El segundo mecanismo establece que el condenado, ex art. 110 del Estatuto, deberá cumplir la totalidad de la pena privativa de la libertad en el Estado de ejecución, y no podrá obtener libertad anticipada o reducción de la pena si no a través de la petición a la Corte la cual se pronunciará al respecto sólo después de haber escuchado al recluso y ello será viable sólo cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua.

La Corte, podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:

---

pronunciarse sobre las observaciones formuladas por el condenado de conformidad con la subregla 1 c). Cuando el condenado reúna las condiciones para acogerse a un programa o beneficio carcelario existente en el derecho interno del Estado de ejecución que pueda entrañar cierto grado de actividad fuera del establecimiento carcelario, el Estado de ejecución comunicará esa circunstancia a la Presidencia junto con la información u observaciones que permitan a la Corte ejercer su función de supervisión”.

- a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
- b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o
- c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena<sup>730</sup>.

La Regla 223 de Procedimiento y Prueba establece los criterios para examinar la solicitud de reducción de pena, entre ellos:

1. La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;
2. Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;
3. Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
4. Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;
5. Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

---

730 Apartado 4 del art. 110, del Estatuto.

En definitiva, si bien se establece la posibilidad de que el condenado, transcurrido cierto lapso de tiempo, si eventualmente ha reunido las condiciones para optar a algún tipo de programa o beneficio penitenciario pueda beneficiarse de la salida temporal del recinto carcelario<sup>731</sup>, se puede, generalmente, observar y constatar que dicha facultad de la Corte para concederle una eventual reducción de condena aparece en el Estatuto bastante más limitada que en los Estatutos de los precursores tribunales *ad hoc*: la intención es la de garantizar la efectividad de la condena y, por lo tanto, limitar toda posibilidad de una eventual impunidad posterior a la condena.

Uno de los principales problemas que se ha averiguado en el ámbito penal internacional es el cumplimiento por los Estados de las obligaciones a través del derecho procesal internacional que se basa sobre técnicas y modalidades de cooperación entre ellos, a través de la implementación de estas mismas en los ordenamientos internos de los singulares Estados.

Las modalidades precedentemente mencionadas han sido desarrolladas sobre la base de un largo proceso de elaboración del derecho penal y procesal internacional, que ha llegado a su consolidación a lo largo de estos últimos veinte años, aunque sí es cierto que sería necesaria una mayor eficacia, especificidad y coherencia a través de una obra de codificación e integración de estas modalidades indirectas de ejecución<sup>732</sup>.

Sin embargo, la práctica ha visto a pocos Estados actuar con todos los esfuerzos necesarios para cumplir todas esas modalidades<sup>733</sup>. Los carac-

---

731 Con respecto a esta facultad, el párrafo 2 de la Regla 211 establece que, previamente a su adopción, el Estado de ejecución debe informar a la Presidencia de la Corte, y facilitarle toda información u observaciones para que ésta pueda ejercer una adecuada supervisión.

732 Sobre las modalidades de ejecución véanse los artículos 86, 88, 89, 90, 92, 94, 97, 101, 105 del Estatuto de Roma de 1998 de la CPI.

733 BASSIOUNI M. C., *Le fonti*, op. cit., p. 197.

terés más relevantes y al mismo tiempo más débiles de este sistema de ejecución de dichas modalidades son:

- a) *in primis*, el hecho que los Estados tienen que actuar sólo “de conformidad con las obligaciones convencionales” y sin ningún tipo de control por parte de alguna autoridad superior que asegure su cumplimiento; además, la falta de algún mecanismo de solución de diferencias o conflictos que puedan surgir entre los Estados;
- b) todavía, la falta de un consentimiento de carácter universal, es decir, la adhesión unánime por parte de todos los Estados; por último, la falta de normas generales y uniformes. Todo esto se convierte en una falta de garantía para los individuos, sobre todo en consideración de la existencia del principio de legalidad de los crímenes y de las penas;
- c) además, los Estados siguen firmando tratados bilaterales sobre la extradición y otras formas de cooperación judicial reforzando las barreras procesales con los Estados “enemigos” y reduciéndolas con aquellos “amigos” como consecuencia de sus relaciones internacionales políticas y diplomáticas.

La extradición y todas estas formas o modalidades de cooperación entre los Estados se han convertido, así, como en la mayoría de los ámbitos del derecho internacional público, en compromisos de naturaleza política, y, por lo tanto, se auspicia la elaboración de procesos jurídicos internacionales uniformes, de carácter universal, y políticamente neutros de manera tal que se respeten los perfiles de legalidad que hemos recorrido en esta investigación a fin de salvaguardar los derechos humanos individuales.

## **Conclusiones**

El presente trabajo se ha dedicado al análisis del famoso principio de legalidad de los crímenes y de las penas, conocido con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que a partir de su consagración de derivación ilustrada (Cesare Beccaria y Feuerbach), ha encontrado afirmación, con el paso del tiempo, en un contexto más amplio, no sólo en aquél del Derecho Penal estatal o nacional, sino también en el del Derecho Penal Internacional, en el que se producen unas violaciones de los bienes jurídicos cuya mayor gravedad – con respecto a aquellas de derecho interno o nacional – está reconocida por la comunidad internacional.

Este principio, que se caracteriza por ser el instrumento necesario para garantizar una justicia igual, imparcial y efectiva, constituye el más importante de los dogmas jurídicos del Estado de Derecho, puesto que a través del mismo se persigue el fin de controlar y limitar el poder estatal a través de la previsión de normas jurídicas generales y abstractas, garantizando así la libertad y la seguridad de los ciudadanos frente a cualquier arbitrariedad del Estado. Siendo un principio clave en el ámbito jurídico penal, paralelamente debería serlo en el ámbito internacional, en el que la Corte Penal Internacional se ha afirmado a partir del 1998, a través del Estatuto de Roma, como Tribunal Internacional – o nuevo actor internacional que contribuye al equilibrio mundial en el actual contexto globalizado – que se ocupa de juzgar a los autores de los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión.

Los primeros dos objetivos, o premisas, de carácter general, que hemos querido alcanzar en la primera parte de la presente Tesis Doctoral han sido los de resumir:

a) el conjunto de principios clásicos de derecho penal, haciendo especial hincapié en el principio de legalidad penal, vigentes en los ordenamientos

estatales y en las Constituciones de tradición y matiz continental – haciendo especial referencia a los sistemas italiano y español – y notar las eventuales diferencias y tratos en común con los sistemas penales de tipo *common law* como, por ejemplo, el inglés. En este ámbito, hemos constatado que el principio de legalidad penal, a través de sus cuatro exteriorizaciones: *lex scripta, praevia, certa y stricta*, conocidas, asimismo, como sus corolarios derivados, constituye, en el ámbito de un derecho penal en el que prevalece ya la legitimidad democrática, un límite frente al poder estatal ya que, a través del mismo, los ciudadanos pueden conocer por anticipado “lo que está prohibido y lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico”. En este ámbito, se ha visto que en el Estado de Derecho, promovido y perseguido como objetivo por tales ordenamientos, toda acción por parte de la sociedad y del mismo Estado está sometida y sustentada por normas jurídicas, las que, por un lado, contribuyen al desarrollo y el crecimiento del Estado, dentro de un marco de absoluta paz y armonía, y, por otro, limitan y evitan cualquier abuso de su poder a través de la misma ley o Derecho. Todo esto, para garantizar la libertad de los ciudadanos frente al eventual arbitrio de los poderes ejecutivos y judiciales, asegurando una más fuerte legitimación política de las elecciones punitivas por parte del Estado, así como una mayor estabilidad en la separación de los poderes ejecutivo y judicial. En particular, hemos constatado que ambos modelos de sistemas penales tanto de *civil* como de *common law*, contemplan y prevén el principio de legalidad según una formulación y concepción bastante uniforme, la cual supone las cuatro garantías que tienen su plena realización en los Estados democráticos. En particular, mientras que, originariamente, con respecto a los sistemas de tipo *common law*, la regla de la irretroactividad se consideraba una presunción y los crímenes podían ser desarrollados por analogía, expresión del gradual desarrollo de la ley misma, y, en vez, con respecto a los sistemas de *civil law*, la prohibición de normas penales retroactivas era ya imprescindible y

el recurso a la analogía estaba consentido sólo en mínima parte y para las infracciones menores, actualmente, por la evolución de los sistemas jurídicos de *common law* dicha antigua diferencia se ha visto superada, por lo que queda muy poco margen, si no es por casos excepcionales, para la ley no escrita. Según dicha evolución, hasta la actualidad, hemos observado que en el sistema de *common law* en su conjunto, en el que se ha registrado la superación de las antiguas concepciones fundadas sobre el derecho no escrito – ahora, aparte de unas escasas excepciones, ya hay Códigos y la *Statute law* – parece asegurarse mayormente la certeza del derecho y de los ciudadanos, garantizados por la uniformidad de los juicios, por la orientación de las Cortes de nivel más alto, de conformidad con la doctrina del *stare decisis*, y por la prohibición de creación de nuevas figuras delictivas, que en los sistemas de tipo *civil law*, en los que cada decisión de un juez suele ser generalmente desmentida por una posterior decisión u orientación contraria, lo que comporta una falta de estabilidad de la jurisprudencia y, por lo tanto, falta de certeza y seguridad del derecho causando la frustración de principios garantistas, como aquél de legalidad. A confirmación de la reducción progresiva de distancia entre los dos sistemas de *common* y *civil law*, con respecto al principio de legalidad, hemos evidenciado cómo también Inglaterra y Escocia (en la que queda todavía una traza del poder de los jueces de crear judicialmente nuevas figuras delictivas) se han conformado a la CEDU y, en particular, a su art. 7, que contempla el *nullum crimen sine lege* y que nos ofrece una visión más abierta del principio mismo, que enfatiza el progresivo desarrollo del Derecho penal a través de la creación judicial del derecho no escrito (*stare decisis*), la evolución interpretativa de las normas y su previsibilidad, cognoscibilidad y accesibilidad por parte de los ciudadanos. Por lo tanto, la única diferencia remarcable, y de notable importancia, entre los dos sistemas de tipo *civil* y *common law* parece ser la admisibilidad del recurso a la analogía, admitida sólo en *common law* mientras que en *civil*



*law* sólo si *in bonam partem*, considerada como parte del mismo proceso de descubrimiento propio de la creación judicial del Derecho, de conformidad con la regla del *stare decisis*.

b) la evolución del sistema de justicia penal internacional, recorriendo el entero *excursus* histórico que ha visto la institución de la Corte Penal Internacional en 1998, precedida por las de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg, en 1945, y de Tokio, en 1946, creados después de la Segunda Guerra Mundial por voluntad de las potencias ganadoras, con el fin de juzgar los crímenes internacionales perpetrados por los alemanes en la mencionada guerra, y por la institución de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia en 1991 y para Ruanda en 1994, a fin de procesar y condenar los autores de las gravísimas violaciones de derecho internacional humanitario cometidos en tales territorios. En este ámbito, se relevó la dificultad de la entera comunidad internacional para justificar, de conformidad con el principio de legalidad, la base jurídica, el fundamento jurídico, es decir, la norma jurídica con la que se legitimó la creación de estos Tribunales internacionales precursores a la CPI. Mientras los dos primeros tribunales de Núremberg y Tokio se legitimaron, el primero, a través de un acuerdo entre las potencias aliadas ganadoras de la Segunda Guerra Mundial, y, el segundo, a través de la simple proclamación militar unilateral juzgada suficiente sin ni siquiera el consentimiento de los otros aliados, con respecto a los segundos tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, a diferencia de los anteriores, el Consejo de Seguridad hizo uso efectivo de los poderes a él atribuidos por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para instituir los dos órganos-tribunales. Tales “justificaciones” que legitimaron la creación de los mismos para los fines de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, han encontrado y, todavía, encuentran, hoy en día, fuertes contestaciones por una parte de la doctrina que, interpretando literalmente las

disposiciones del Capítulo VII de la Carta de las N.U., “las medidas que implican o no el uso de la fuerza armada” (art. 41 e 42), han excluido cualquier tipo de interpretación extensiva de las mismas, de tal manera que se ha considerado como un verdadero abuso aquél ejercido por parte del mismo Consejo de Seguridad. Una orientación relevante que abrazamos ha sido aquélla que reconduciría, a su vez, el poder ejercido por el Consejo de Seguridad, de naturaleza puramente “sancionadora”, confirmada por la imprescriptibilidad de los relativos crímenes perseguidos y por el carácter permanente de esos Tribunales, ambos que estarían en contraste con el mismo Capítulo VII, el que prevé el carácter improvisado e inmediato de las medidas destinadas a cesar una vez que se restablezca la paz. Nos parecen, a la vez, todavía hipócritas las orientaciones doctrinales que han considerado anticuado dicho debate sobre la legitimidad de esos tribunales *ad hoc*, confirmando que las graves violaciones a gran escala del derecho humanitario constituyen “amenazas a la paz”, con lo que se legitimaría su institución a través de las medidas previstas para el Consejo de Seguridad, *ex art.* 51 de la Carta de N.U.

Con respecto a la CPI, se ha visto, el largo proceso que, durante los años 90', sobre el empuje de las atrocidades cometidas en la ex Yugoslavia y en Ruanda, ha llevado a su institución: a través de la Asamblea General de N. U. que confió en la obra de la Comisión de Derecho Internacional y de un Comité Preparatorio – PrepCom – encargado de elaborar el texto definitivo que incluyera todas las propuestas de los diversos gobiernos – entre las cuales aquellas sobre el principio de legalidad – para su sometimiento al examen de la Conferencia diplomática que se reunió, finalmente, en Roma, en las sesiones de 15 de junio hasta el 18 de julio, y que obtuvo como resultado: ciento veintiuno votos a favor, veintiuno abstenciones y siete votos contrarios, entre los cuales se encontraban Estados Unidos, Rusia, China, India e Israel.

Sobre tal importantísima institución que tiene sede en La Haya, por lo que hemos visto, cabe resumir que a parte de su legitimación convencional, a través de las continuas negociaciones entre los Estados, por las que el Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002, su ratificación del Estatuto ha visto adoptar por parte de los Estados diferentes tipos de enfoque: enmiendativo e interpretativo, según la compatibilidad o no de las propias Constituciones de los Estados. La CPI, dotada de una eficiente estructura orgánica, de una jurisdicción subsidiaria y complementaria a aquellas nacionales que se activa según los tres mecanismos previstos en el Estatuto, de un modelo procesal de tipo acusatorio que confiere un papel central al Fiscal y, a pesar de las relaciones de “dependencia” que entretiene con el Consejo de Seguridad de N. U., órgano político protagonista, controlado por las grandes potencias que parece decidir de emprender las persecuciones de crímenes por criterios de oportunidad más que de justicia – haciendo especial referencia al caso de los Estados Unidos de América, país que, no obstante abogara inicialmente por su institución, sigue oponiéndose al sistema del Estatuto de Roma, cuya normativa es considerada inaceptable por los distintos gobiernos estadounidenses ya que permitiría la posibilidad de enjuiciar también a sus propios ciudadanos – en su Estatuto se ha realizado la codificación, por primera vez en la historia, de una parte general, de principios generales – entre los cuales el principio de legalidad – que han dado lugar a un núcleo definido y homogéneo de normas y reglas de adscripción de la responsabilidad a los autores de los *crimina iuris gentium*, además de la codificación y tipificación de los crímenes sobre los que tiene competencia haciendo constante referencia a los Elementos de los Crímenes.

A partir de estas premisas de carácter más general, nos hemos centrado en la presente Tesis Doctoral, en su núcleo más duro, es decir, en el análisis del principio de legalidad en el ámbito del Sistema de Justicia Penal

Internacional – precursor y actual – que ve ya como protagonista a la CPI. Y eso, a través de una metodología de tipo histórica (distinguiendo las distintas etapas en sucesión cronológica que han llevado a cabo a la afirmación del principio de legalidad, para conocer su evolución y desarrollo en el ámbito del Derecho Penal Internacional), haciendo referencia, más veces, y a través de una metodología de tipo *lógico-inductiva*, a casos particulares de jurisprudencia emanada por parte de aquellos peculiares tribunales para llegar, a partir de la formulación de hipótesis como consecuencia de las influencias de todo el conjunto de principios y leyes más generales de Derecho Internacional y de Derecho Penal Internacional, a unos conocimientos generales que han llevado a la afirmación del mismo principio en el contexto penal internacional.

Las primeras formulaciones del *nullum crimen, nulla poena*, surgidas, en el ámbito internacional, a partir de los procesos de los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, y seguidas por aquellos Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, hasta llegar a aquellas elaboradas por los Comités Preparatorios para la redacción y adopción del Estatuto definitivo de la Corte Penal Internacional, y, todavía, las actuales formulaciones empleadas en el Estatuto evidenciaron y evidencian, todavía, varios problemas jurídicos cuya análisis nos ha llevado a las siguientes conclusiones:

1) en el ámbito de la experiencia en Núremberg, se aplicaron ciertas leyes según determinadas conductas que, al tiempo de su comisión no habían sido, todavía, explícitamente descritas y consideradas como crímenes por la ley internacional en vigor, sino identificadas en la costumbre de derecho internacional; en otras palabras, no se sabía si al tiempo de la comisión de aquellas atroces y terribles conductas, las mismas constituían ya crímenes en derecho internacional y si, por otra parte, podían ser consideradas como *new law*. Algunos autores hablan, de hecho, de carácter retroactivo

de estos tipo de jurisdicciones y de “defecto congénito” de tales tribunales *ad hoc* que no puede ser eliminado a través del recurso a las fuentes no escritas del derecho internacional. Los Nazis perseguidos por aquel tribunal internacional no habían podido conocer lo que estaba ya prohibido por el ordenamiento internacional, es decir, la ofensa a bienes jurídicamente protegidos por la comunidad internacional, la ofensa a principios universalmente reconocidos de criminalidad, y todo esto se puso en contraste con lo que está generalmente prescrito por el principio de legalidad penal. Fueron objetadas, por las defensas de los imputados, la aplicación y el castigo de crímenes considerados tales con penas *ex post facto*, así como la aplicación de la pena de muerte ante el Tribunal de Núremberg que no fue uniforme, es decir, fue considerada aplicable sólo en unos casos, como, por ejemplo, en el caso *Klinge*. El rechazo de tales argumentaciones objetadas por las defensas fue “obvio” ya que basado sobre “la gravedad de aquellas acciones que fueron cometidas”. En este ámbito, el principio de legalidad fue considerado simplemente como máxima general, un “principio de justicia” por lo cual se ha optado hablar, por su distancia del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así como concebido en los actuales ordenamientos democráticos, de “*nullum crimen, nulla poena sine iure*”. En otras palabras se permitió, por lo tanto, y sin ninguna real base jurídica, que no se quedaran impunes, algo contrario al sentido común de justicia, aquellas atroces y terribles conductas y, a partir de aquel momento histórico dado, se afirmó, aunque sin esas bases legales concretas, la validez y eficacia del *nullum crimen*, que tuvo aplicación por parte de los juzgados nacionales en el ámbito de la persecución de los fugitivos criminales de guerra Nazis.

La base jurídica reconocida fueron las Convenciones de La Haya de 1907 y la preexistente costumbre internacional, no obstante ésta resultaría, en principio, inaplicable, según el principio de legalidad. En Núremberg los

veintidós criminales Nazis fueron, por lo tanto, procesados y condenados por crímenes que fueron definidos por primera vez en el Acuerdo de Londres, después de que las ofensas habían sido ya cometidas y no obstante las Convenciones de La Haya de 1907, tampoco contenían alguna guía en términos de sanciones apropiadas.

En Tokio, las defensas de los acusados utilizaron básicamente los mismos argumentos empleados en Núremberg que fueron, también en este caso, rechazados: la carencia de jurisdicción del Tribunal con respecto a los tribunales nacionales de Japón; la ausencia de normas internacionales de carácter penal y la consecuente violación del principio de legalidad e irretroactividad penal. Resumiendo, en cuanto a los primeros Tribunales de Núremberg y Tokio, en palabras de Kelsen: “el principio del *nulla poena sine lege* (que podemos ya corregir con “sine iure”) era un principio de justicia, y la justicia requirió el castigo de los criminales Nazis”. Se trató, en conclusión particular, de la aplicación del principio de legalidad penal de una forma muy genérica y flexible y no al pie de la letra, así como habría tenido que ser según lo establecido por las teorías clásicas de los principios de derecho penal.

A continuación del establecimiento de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, el debate en torno al principio *nullum crimen* creció, poco a poco y paulatinamente, cuando tuvo lugar la enumeración de los elementos de los crímenes internacionales, sin que esto perjudicase, en la práctica, la actividad de los mismos Tribunales, los que no vieron limitada significativamente su jurisdicción sobre aquellos crímenes. Realmente lo que fue hecho por aquellos Tribunales fue, lejos de la delimitación del entero *corpus iuris* del derecho internacional consuetudinario, una mera declaratoria de principios consuetudinarios jamás expresados en pasado y ya evidenciada en el anterior Tribunal de Núremberg. Las defensas de los imputados, en cada caso, intentaron de-

nunciar, una vez más y en vano, la falta de conocimiento por parte de los imputados de los comportamientos vetados, la interpretación expansiva más que extensiva que aquellos jueces estaban haciendo del derecho internacional humanitario. El resultado, en ambos tribunales, fue que los imputados vieron aplicadas las penas más duras y severas por la comisión de aquellos crímenes: fue, una vez más, observada la ausencia de precedentes vinculantes en el ámbito de los derechos internacionales humanos y humanitarios. Sin embargo, esta vez y a diferencia de las experiencias pasadas, la pena de muerte fue considerada inaplicable, ya que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, cincuenta años después de los procesos de Núremberg, se preocupó por la eventual lesión del principio de legalidad haciendo incluir, así, en el ámbito de los términos de encarcelamiento y en ambos Estatutos correspondientes a estos dos Tribunales *ad hoc* (para ex Yugoslavia y Ruanda), la posibilidad de recurrir a la práctica nacional, es decir, para establecer unas sanciones más efectivas, se contempló la posibilidad de acogerse a la práctica de los Estados y a su legislación nacional o derecho penal interno para establecer la cuantificación de las penas. En la práctica, dichas disposiciones se revelaron impracticables ya que, por ejemplo, en Yugoslavia algunos crímenes tampoco estaban definidos en su legislación nacional mientras que en el caso de Ruanda no tuvo tampoco lugar la implementación de los crímenes internacionales en el ordenamiento nacional, por lo cual, en definitiva, dicha referencia en materia de aplicación de penas a la práctica general de los ordenamientos de ambos Estados fue meramente “indicativa” y no mandatoria. Al mismo tiempo, fue considerada la pena del encarcelamiento a perpetuidad como única forma de reemplazo a la pena de condena a muerte no obstante varios Estados, incluida Yugoslavia, habían abolido considerándola cruel, inhumana y degradante. Los jueces de dicho Tribunal *ad hoc* admitieron, por lo tanto, ex Regla 101(A) del RPE, la pena máxima del encarcelamiento a perpetuidad sin ninguna certeza o

continuidad jurídica. Una vez más, subrayamos que el trabajo y la obra de aquellos Tribunales fue, en resumen, la sólo expresión de la voluntad de castigar aquellas terribles conductas contrarias a cualquier tipo de principio moral existente y perteneciente a cualquier tiempo o época, identificado de bajo el conjunto de normas conocido como derecho internacional consuetudinario humanitario y todo esto apareció, desconcertantemente, incompatible con el clásico principio de legalidad penal.

En los procesos ante el Tribunal para la ex Yugoslavia, las penas irrogadas fueron muy graves y en algunos casos se llegó a condenar a muerte aunque los Estatutos no hicieran, en principio, ninguna mención o referencia a dicha posibilidad; en otros casos, fue aplicada la pena de veinte años o penas mayores, siempre sin ningún tipo de criterio o legitimación, causando, por lo tanto, también la violación del principio del *nulla poena sine lege*: en el caso *Tadić*, por las gravísimas violaciones de las Convenciones de Ginebra, la Sala de Apelación aumentó la pena a veinticinco años; Vladimir Šantić, fue condenado a veinticinco años de cárcel (aunque en Apelación su condena fue reducida a dieciocho años); Goran Jeslić y Tihomor Blaškić fueron condenados, respectivamente, a cuarenta y cuarenta y cinco años de cárcel; en el caso *Erdemović* las acusaciones de crímenes contra la humanidad, en conexión con las masacres de Srebrenica de julio de 1995, llevaron a la aplicación de la ley yugoslava que, sin embargo, no contenía referencia alguna a dichos tipos de crímenes y, por lo tanto, registró un contraste con aquel art. 24 del Estatuto de dicho Tribunal, que debía asegurar la aplicación de las penas ya previstas en el ordenamiento nacional yugoslavo, que no estaban previstas. Los jueces, incluso, criticaron la estricta o excesiva aplicación del principio del *nulla poena*, haciendo denotar que no se trataba de un principio absoluto; en el caso *Delalić*, fue aplicada la pena máxima del encarcelamiento a perpetuidad, ex Regla 101 (A) del RPE, especificando que “dicha decisión no



fuese en contraste con el principio del *nulla poena*” o que representase una “visión restrictiva del mismo principio” sino la expresión del principio general reconocido a nivel internacional, es decir, el objetivo de castigar con las penas más severas posibles a los autores de crímenes contra la humanidad.

En conclusión, esos tribunales no fueron tribunales universales sino su normativa y práctica ha dependido de las tradiciones legales e intereses políticos de los poderes que las crearon. La justicia penal internacional *ad hoc* se distinguió por ser conocida como la “justicia de los vencedores” fundándose, en concreto, en un modelo de tipo *common law*, basada en el derecho consuetudinario, no escrito.

2) La afirmación del principio de legalidad, después de las experiencias de los Tribunales *ad hoc*, fue llevada adelante paralelamente a la elaboración de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y paralelamente a la intención de establecer, a través de los trabajos de 1994 a 1998 de un Comité Preparatorio *ad hoc*, a la institución de la Corte Penal Internacional. Se veía necesaria ya la afirmación del principio de legalidad el que debería servir a contribuir, también a nivel internacional, a la legitimación del sistema legal, limitando la intervención de la justicia penal a los casos y crímenes prescritos anteriormente por ley, es decir, persiguiendo el efecto intimidatorio, amenazador y disuasivo de la ley penal para poder influenciar las decisiones de los individuos relativamente a la comisión de crímenes y representando además, una garantía por ambas partes (Estados e individuos) ya que estos últimos se habrían visto perseguidos por la CPI sólo con respecto a los crímenes ya previstos y ratificados por los primeros a través de la obra de codificación en el Estatuto, mientras que los Estados Miembros, en su obligación de cooperación, habrían debido someterse a la jurisdicción complementaria de la Corte, de conformidad con las circunstancias establecidas en el Es-

tatuto, sin necesidad alguna de haber previsto en su propio ordenamiento penal nacional la persecución de los mismos crímenes, es decir, sin incorporación alguna – la llamada adaptación – de las normas penales internacionales en los ordenamientos nacionales de los Estados.

El Proyecto de Estatuto tuvo una evolución en el ámbito de su elaboración que siguió a otras diversas etapas que resumimos en el presente trabajo, desde el primer Proyecto de 1994 hasta la formulación final del Estatuto de Roma de 1998. En la Conferencia de Roma, incluso las delegaciones más comprometidas con el establecimiento de la CPI estuvieron de acuerdo en que su jurisdicción “abaricara sólo los tipos de actos más ampliamente reconocidos como crímenes según el derecho internacional, de modo de atraer la firma y ratificación de tantos Estados como fuera posible, para aumentar la universalidad de la Corte”.

Con la institución de la CPI, se ha colmado, finalmente, la laguna representada por la continua tensión que antes tenía lugar entre la obligación de ser fieles a los conceptos o principios básicos de derecho penal nacidos en el periodo histórico de la Ilustración, y la necesidad de tener en cuenta los caracteres y peculiaridades del derecho internacional cuyas normas son de doble índole consuetudinaria y convencional y cuyos crímenes presentan unas características particulares que los distinguen inequívocamente de los demás crímenes generales. Esos mismos principios han sido, finalmente, codificados en la llamada parte general del Estatuto de la CPI, llegando al punto de ser considerados inseparables del sistema de fuentes de derecho penal internacional. Se ha abierto, por lo tanto, una fase de estabilización de tales principios generales, reglas de imputación y directrices que, en principio codificados por los Estados en sus sistemas penales nacionales, ahora pertenecen ya al sistema jurídico internacional, en cuya sede y en cuyo nuevo ámbito están destinados a operar hasta el punto de constituir, a partir de esta nueva era o etapa, un

ejemplo para las distintas culturas jurídicas y para los distintos sistemas jurídicos mundiales que han tenido ocasión de convivir en el actual sistema penal internacional, representado en su máxima magnitud por la institución de la Corte Penal Internacional.

Al respecto de las tradicionales codificaciones que, a partir del 700', se han sucedido tanto en los ordenamientos estatales de matiz continental-liberal, como en el ámbito de los ordenamientos de tipo *common law*, hay que evidenciar cómo, a través del Estatuto de Roma, han sido “internacionalizados” tales principios e institutos clásicos del *ius puniendi*, dando lugar a un sistema de imputación autónomo articulado en dos niveles: por un lado la codificación de los crímenes internacionales individuales perseguidos por la CPI y, por otro, la codificación, por primera vez en la historia, de dicha parte general prevista en el Estatuto de Roma, principios generales que han dado lugar a un núcleo definido y homogéneo de normas y reglas de adscripción de la responsabilidad a los autores de los *crimina iuris gentium*.

Bajo este aspecto, la experiencia de la CPI ha sido y sigue siendo, también, una óptima ocasión para valorar la comparación de los distintos sistemas jurídicos mundiales, sobre todo en esta nueva era globalizada caracterizada por los continuos desplazamientos de individuos, capitales y mercancías de una parte a la otra del mundo, que han llevado al desplazamiento, igualmente, del centro de intereses de las actuales dinámicas mundiales de dirección política. Los actuales procesos de integración político-económica de la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, etc., constituyen ya un enorme enredo de fenómenos y cambios que influyen, también, al ámbito y al desarrollo del derecho penal cuyo ámbito no es más únicamente el estatal destinado a reprimir crímenes singulares en las áreas limitadas por los confines nacionales, sino que se ha internacionalizado, con la ambición de

castigar y reprimir crímenes, como aquellos transnacionales que ofenden a bienes jurídicos protegidos por la comunidad internacional por desplegarse en más Países, afectando enormes áreas geográficas comprendidas por varios Estados, o continentes. Los crímenes que la actual CPI está autorizada a perseguir y juzgar comprenden: los de agresión, genocidio, crímenes de guerra, de lesa humanidad y de agresión, que en la mayoría de las veces representan el medio o, más allá, la estrategia por parte de grupos políticos, e incluso gobiernos, para llegar a otros objetivos económicos, políticos, territoriales y esto, sin darse cuenta o dar importancia alguna a las gravísimas lesiones de los derechos humanos que puedan generarse más allá de los confines nacionales. En este contexto se antojaba necesaria la presencia de un sistema de justicia ultra-estatal que pudiera ser compartido universalmente y que pudiera garantizar la defensa de los derechos humanos universalmente reconocidos, así como cumplir con la clásica función general-preventiva del derecho penal, pero en un ámbito internacional. En los últimos años, en efecto, se han multiplicado el número de actores no-estatales que participan en la política mundial, generando una diversidad de canales para encaminar las relaciones internacionales y canalizar la interacción entre las políticas internacionales y las organizaciones que desempeñan ya un papel importante jurídicamente en el sistema internacional, convertidos en lo nuevos actores que contribuyen al equilibrio mundial. Bajo esta perspectiva, la CPI representa uno de estos canales en las actuales relaciones políticas, sociales y culturales en el nuevo contexto internacional, uno de los nuevos actores internacionales que, en su caso particular, busca juzgar a todos aquellos individuos que violen los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Este esfuerzo conciliador de todas las exigencias hasta ahora mencionadas en el nuevo contexto globalizado que ha conducido a este proceso de evolución o internacionalización del derecho penal, por otro lado, a su vez, no ha sido capaz de generar un sistema per-

fecto, vacío de sectores de conflictos. Entre ellos, el primero y el más relevante que hemos registrado y que representa, por el interés que ha suscitado, el objeto de la presente investigación, es aquél relativo al principio que debería regir el sistema penal al completo, tanto nacional como internacional: el principio de legalidad de los crímenes y de las penas cuyo contenido y límites han sido objeto de un largo debate, que incluso hoy en día sigue vivo.

El principio de legalidad, según la formulación estatutaria de la CPI, rige ya, también, el Derecho Penal Internacional, constituyendo el instrumento necesario para garantizar una justicia igual, imparcial y efectiva y estableciendo el más importante de los dogmas jurídicos del Estado de Derecho, perseguido también a nivel internacional por la propia organización de Naciones Unidas. La legalidad representa así, también en este ámbito, el respeto y la sumisión a la ley para garantizar, por tanto, la auspiciada libertad y seguridad de los ciudadanos frente a cualquier abuso.

En la sección del Estatuto titulada “Principios Generales de Derecho Penal” (correspondiente los arts. 22 a 33 contenidos en la Parte III), los primeros tres someten a la Corte al principio de legalidad: en el art. 22 se ha establecido el principio del *nullum crimen sine lege*, por el que se han enunciado respectivamente: en primer párrafo el respeto del principio de tipicidad y de retroactividad; en el segundo la prohibición de la analogía *in malam partem* y un criterio interpretativo restrictivo de los crímenes codificados; en el tercer párrafo, a su vez, se han abierto las puertas al uso interpretativo de otras normas, ya que no todo el derecho penal internacional está contenido en el Estatuto de la CPI. En el art. 23 se ha establecido, por otra parte, el principio del *nulla poena sine lege*, mientras que en el art. 24 la prohibición de la retroactividad *ratione personae* y la regla de la aplicación de la ley más favorable al acusado.

Con la formulación de los arts. 22, 23 y 24 del Estatuto de Roma, se han situado las bases para un nuevo equilibrio de los intereses en juego: la certeza del derecho internacional, así como la necesidad existente de infligir un castigo para las severísimas violaciones del derecho internacional humanitario, que sirva para hacernos reflexionar sobre la extrema gravedad de los crímenes en cuestión. No obstante, los efectos precisos del mismo principio han causado y dado lugar a una controvertida cuestión, que se mueve entre la teoría derivada del derecho penal clásico y la práctica del ámbito internacional. Las dudas más relevantes evidenciadas en la Introducción de este trabajo han sido resueltas a través de una metodología aplicada de tipo *analítico-descriptiva-comparativa*, es decir, basada en el análisis, descripción y comparación (entre los dos niveles nacional e internacional) del mismo principio vigente en los Derechos Penales Nacionales y en el Estatuto de Roma del 1998. Además, ha sido indispensable el uso del método *dogmático* que se atiene a principios doctrinales para interpretar el sentido de las normas jurídica.

Por lo tanto, en el ámbito del análisis del principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hemos alcanzado las siguientes conclusiones:

1) En cuanto al sistema de fuentes, el principal problema o cuestión que emergió en el ámbito de los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma fue relativo a la cantidad o limitación de poder discrecional que los jueces del Tribunal detienen a la hora de determinar la ley aplicable, de conformidad con el principio de legalidad de los crímenes y de las penas, a pesar de la falta de determinación inherente al desarrollo de dicha nueva rama del derecho internacional y del poder ostentado por la Corte y sus jueces de aplicar otras fuentes externas al derecho internacional. El artículo 21 del Estatuto titulado “Derecho Aplicable”, resuelve sólo formalmente dichos debates, prescribiendo lo siguiente a los jueces:

las “fuentes primarias” del Estatuto, los Elementos de los Crímenes – que de una lectura combinada con el párrafo 3 del art. 9 del Estatuto se entienden como jerárquicamente inferiores al Estatuto – y las Reglas de Procedimiento y Prueba (párrafo 1, letra a); si aplicables, las “fuentes secundarias” de los Tratados Internacionales, los principios y normas de derecho internacional, costumbre incluida (párrafo 1, letra b); por último, las “fuentes subsidiarias” de “los principios generales derivados de los distintos sistemas jurídicos nacionales”, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos (párrafo 1, letra c); el art. 21 consiente, además, si bien facultativamente y no en vía obligatoria, dar valor a las interpretaciones precedentes de ley en las decisiones ya tomadas (párrafo 2), y de hacer la aplicación e interpretación del derecho compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos discriminatorios (párrafo 3).

2) Con respecto al primer corolario derivado del principio de legalidad penal en el ámbito internacional, la *lex scripta*, es decir, la reserva de ley escrita y el rechazo de las fuentes consuetudinarias, este principio debería representar, por un lado, el monopolio de la ley para establecer todos los crímenes a sancionar y perseguir por parte de la CPI y, por otro, el rechazo de las fuentes consuetudinarias y la prohibición por parte de la costumbre internacional de crear normas penales. No obstante, si bien, por un lado, el principio de legalidad excluye la costumbre como fuente creadora de normas o para la interpretación extensiva de tipos penales, al mismo tiempo, el párrafo 3 del art. 22 del Estatuto establece que: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”. La formulación de dicho artículo es muy parecida a la del art. 10 del mismo Estatuto que dicta: “Nada de lo dispuesto en la pre-

sente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”. Las dos disposiciones resultan, a su vez, distintas, tanto por el ámbito de aplicación como por sus efectos: el art. 22.3, tiene aplicación únicamente en referencia a la calificación de una conducta considerada como criminal, mientras que el art. 10 tiene aplicación sólo en referencia a la Parte II del Estatuto, y en particular en relación a toda norma de derecho internacional existente o en desarrollo. De hecho, con la formula final “para fines distintos del presente Estatuto” se entiende la independencia de los dos sectores: el derecho internacional general por un lado y su rama o *lex specialis*, más bien, el derecho penal internacional, por otro.

Resulta ampliamente reconocido por gran parte de la doctrina internacionalista la evidente e innegable base o fundamentación de todos los crímenes perseguidos por la CPI en las fuentes consuetudinarias, las que han contribuido de manera eficaz a la creación y al mantenimiento de dichas figuras delictivas: a pesar de la falta, en el sistema penal internacional, de una autoridad central, creadora de normas penales y dotada de poderes punitivos de tal manera que fuera capaz de ajustar las misma conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico a los continuos cambios de valores en la sociedad internacional en continua evolución, los crímenes de guerra, *in primis*, y aquéllos de lesa humanidad y de genocidio, comparten el mismo origen, la misma procedencia por las normas consuetudinarias. Según el nuevo ajuste estatutario, las fuentes que pueden identificar los tipos de crímenes son aquéllas indicadas por las letras a) y b) del artículo 21, constituyentes el Estatuto mismo, y los tratados aplicables, mientras que, la Corte puede, de todas formas, referirse a las fuentes “materiales”, y, por lo tanto, a la costumbre internacional, cuando sea necesaria la actualización al nuevo contexto social para de-



terminados tipos de crímenes, por los cambios de valores que hayan sucedido en la comunidad internacional.

Hemos, así, individualizado, a través del análisis de las fuentes, el papel que cumplen los tratados, principios y normas del Derecho internacional, incluyendo los principios en el ámbito de los conflictos armados y los generales de derecho interno a los que se refiere el art. 21, respectivamente, en los apartados b) y c) de su párrafo 1. En principio, el Derecho Internacional puede constituirse como instrumento interpretativo de los distintos tipos penales recogidos en el Estatuto, y, además, como instrumento integrador o complementario. Las facultades que derivan de esta característica no pueden sino causar una cierta dispersión normativa, es decir, incertidumbre e inseguridad a la hora de facilitar el conocimiento por parte del ciudadano de las normas imputadoras y prohibidas por el ordenamiento jurídico internacional. Ningún problema parece surgir en el momento en el que el reenvío a normas de derecho internacional se haya hecho mediante Tratados o Convenios, ya que esos están firmados por los Estados e integrados en sus ordenamientos jurídicos, por lo tanto, sus normas resultan accesibles a los ciudadanos. En este ámbito, la inclusión de los principios a los que se refiere el art. 21, letra b (“los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”), como fuente de ley distinta de los demás citados por el mismo art. 21, en la letra c (“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”), ha sido, para diferenciar entre los dos tipos de principios. Así, los primeros parecerían corresponder, en principio, por su formulación inicial casi idéntica, a aquéllos enumerados por el art. 38 párrafo 1, letra c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“los principios generales de derecho reco-

nocidos por las naciones civilizadas”), es decir, se trataría de principios que derivan de las leyes nacionales. Sin embargo, se trata de una variedad de principios que incluye también a:

- principios derivados por la específica naturaleza de la comunidad internacional, entre los cuales emerge el clásico principio *pacta sunt servanda*, la legítima defensa o la integridad territorial;
- principios clásicos intrínsecos a la idea del derecho y aquellos básicos y comunes a todos los sistemas legales, como pueden ser los que sirven para la interpretación de las normas (por ejemplo, la máxima *lex posteriori derogat legi priori*);
- principios válidos para todas las sociedades existentes en relación a la jerarquía y coordinación, es decir, aquéllos que reflejen la opinión de la doctrina;
- principios de justicia fundados sobre la naturaleza del hombre como ser humano racional y social entre los cuales, por ejemplo, se encuentran los conceptos de equidad y el respeto de los derechos humanos.

Por lo tanto, todos esos principios considerados como “fuentes secundarias” no estarían conectados a ningún sistema legal nacional, sino a las reglas de derecho consuetudinario internacional – incluidas aquellas desarrolladas sobre la base del Derecho de Núremberg – causando la reducción de la carga normativa o “desformalización” del principio de legalidad, es decir, su pérdida de validez y eficacia.

Por otra parte, los segundos principios o “fuentes subsidiarias”, derivados del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo (ex art. 21, párrafo 1, letra c) – y que pueden derivar, también, de una valoración de conjunto del *soft law* internacional, es decir, de las decisiones producidas por parte de organismos internacionales no jurisdiccionales sin todavía que

hayan obtenido, todavía, afirmación en la práctica – constituirían, por un lado, el medio para colaborar con la afirmación y consolidación, o la exclusión, de unas reglas del derecho consuetudinario internacional en formación, el que desde la óptica del derecho internacional público deriva de la praxis consolidada de los Estados (*repetitio facti*) más el convencimiento jurídico general (*opinio iuris*), conectándose a los principios generales de derecho, enunciados en la letra b del mismo art. 21; por otro lado, estos principios, recogidos por la Corte sobre la base de normas internas de los sistemas jurídicos mundiales, que permiten deducir principios comunes de las regulaciones concretas de los derechos nacionales, constituyen, en sentido tradicional, una fuente autónoma de considerable importancia, al ser aplicados sólo subsidiariamente, es decir, si faltaran las fuentes previamente mencionadas y, naturalmente, en la medida en que fueran compatibles con el Estatuto, con el derecho internacional y con las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

Por lo tanto, aunque es indiscutido el origen consuetudinario de la mayor parte de los crímenes internacionales, nos parece todavía muy peligrosa la referencia a normas consuetudinarias o principios generales en los términos estatutarios, ya que estas normas, al no ser que sean simplemente dirigidas a interpretar el texto de otras normas previamente escritas, en cuyo caso se trataría de su uso y aplicación exclusivamente como “método interpretativo restrictivo”, cubierto por el “sentido literal posible” (la llamada costumbre *praeter legem*, es decir, como “fuente interpretativa” que pueda ser usada para interpretar incriminaciones ya existentes o para ajustar sus fines y su significado a los cambios éticos y sociales), pueden provocar un cierto margen de inseguridad, al poderse ver una persona sorprendida por la acusación de haber cometido una infracción derivada de la costumbre internacional, no fácilmente reconocible, en caso de “desarrollo del derecho” a través de la misma (la

llamada costumbre *contra legem*, es decir, como “fuente normativa ulterior o extensiva” que permita nuevas incriminaciones para casos que no sean ya previstos por ley). A mayor razón, si se considera el eventual mandato “extraordinario” otorgado a la CPI por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ex art. 13 b) o por declaración *ad hoc* de un Estado no Parte de aceptación de la jurisdicción de la CPI (ex art. 12.3) ya que en esos casos la Corte podría conocer de delitos previstos en el derecho penal internacional consuetudinario; en cuanto a los principios generales de derecho aplicables, derivados de otros sistemas legales, para colmar las lagunas y las faltas que puedan existir, el sistema genera inseguridad jurídica y dispersión normativa, ya que es evidente que los principios que pueden tener aplicación no son recogidos por todos los Estados, es decir, aceptados por unanimidad por todos los sistemas legales, sino por una mayoría de ellos, incluyendo los principales sistemas legales mundiales. Los jueces de la Corte deberían conducir este análisis comparativo entre los distintos sistemas legales para recopilar dichos principios, comparación que a nuestro juicio debería estar ya prevista en principio, a la hora de la codificación del Estatuto, y que, además no puede sino causar un riesgo de desigualdad de tratamiento por la discrecionalidad que detiene la Corte a la hora de la aplicación de un principio concreto y no otros.

En cuanto a los “principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiera hecho una interpretación en decisiones anteriores” (ex párrafo 2 del art. 21), no se trata de extender a los nuevos casos los principios y normas de los que ya se hizo uso en los casos anteriores, sino de reconocer, por un lado, un cierto valor y, al mismo tiempo, la no obligatoriedad del precedente judicial, la regla del *stare decisis*. En otras palabras se trataría de una disposición “permisiva” y no obligatoria. El art. 21 representa una novedad o evolución bajo esta perspectiva, ya que

confiere a los jueces de la CPI la oportunidad de conformarse a los precedentes judiciales y de crear, poco a poco, un consistente cuerpo de ley o Código de Derecho Penal Internacional sobre la base de las decisiones judiciales; se trata, una vez más, de otra abertura al sistema de justicia de tipo *common law*, abertura que ha sido confirmada, con respecto a la definición de “ley”, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus dos sentencias de 22 de marzo de 2001 en las que ha especificado, a la afirmación de que “un delito debe estar claramente definido por la Ley”, que la noción de *law* utilizada en el art. 7.1 de la Convención, “engloba tanto el derecho escrito como el no escrito”, algo que choca frontalmente con el principio de legalidad de matiz continental en su configuración tradicional clásica, el que exige de manera imprescindible que la ley penal sea *scripta*, no sólo porque a través de ello se garantiza su conocimiento por todos, sino porque únicamente así se garantiza su procedencia de una instancia democráticamente legitimada. El auspicio común, en el ámbito del corolario de *lex scripta* y reserva de ley, es que la CPI, a través de sus futuras decisiones, precise explícitamente los alcances del recurso a la costumbre internacional, sus límites y su prohibición, o, incluso, llegar a codificarla como regla de derecho penal internacional con carácter de *ius congens*.

3) En cuanto al segundo corolario del principio de legalidad, el requisito de la *lex praevia* o principio de irretroactividad, el Estatuto de Roma representa el mayor ejemplo de consideración e importancia en relación a la representación que presenta de la regla clásica de derecho penal relativa a la sucesión de leyes penales estableciendo que las normas que puedan castigar una determinada conducta tienen que estar en vigor antes de la comisión de un determinado y eventual crimen. Los primeros dos artículos 22 y 23 del Estatuto, el *nullum crimen* y *nulla poena sine lege* se refieren, respectivamente, a la posibilidad de castigar crímenes sólo si ya se en-

cuentran previamente previstos, enunciados y enumerados en el Estatuto con penas igualmente ya previamente previstas por el mismo: prohíben, entonces, la aplicación retroactiva de las normas imputadoras del Estatuto o de las fuentes secundarias, mientras que el art. 24 se refiere al momento a partir del cual la Corte podrá proveer de una pena a esos crímenes, que se sitúa a partir de la entrada en vigor del mismo Estatuto: limita el ejercicio retroactivo del poder judicial a la entrada en vigor del Estatuto mismo.

Además, según el párrafo 2 del mismo art. 24 relativo al principio de irretroactividad, si se aportaran unas modificaciones al derecho aplicable, es decir, al Estatuto o a los Elementos de los Crímenes, éstas tampoco tendrían una eficacia retroactiva en la medida en que fuesen perjudiciales para el reo, teniendo aplicación la ley más favorable al acusado, la *lex mitior*, según la cual el acusado no se ve afectado por unas eventuales modificaciones legislativas y, más bien, puede disfrutar de la ley más favorable para él entre la vieja y la nueva normativa. De esta manera no se ven afectadas las posiciones de aquellos criminales cuya conducta está perseguida y castigada según una nueva ley menos severa de aquélla precedente, es decir, sin causar, por lo tanto, una disparidad de tratamiento entre dos personas que, por ejemplo, hayan cometido el mismo crimen pero en dos momentos históricos distintos. Está claro que si la conciencia social relativa a una determinada conducta ha cambiado, esto debe encontrarse reflejado en el nuevo sentido de justicia, que tiene que adaptar sus penas conforme a la conciencia o sentimiento ético y social imperante.

Ahora bien, una violación de la prohibición de la retroactividad es negada unánimemente, ya que, en fin, se ha constatado que este corolario del principio de legalidad no exige – a nivel internacional – que exista un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho, sino sería simplemente

te suficiente que la conducta en cuestión sería punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario, orientándose al carácter dinámico del ordenamiento jurídico internacional, y comportando la reducción de también este corolario a mero principio de justicia; más aún, en el caso de mandato “extraordinario” otorgado a la CPI por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ex art. 13 b), o en aquel excepcional de una declaración *ad hoc* retroactiva de un Estado no Parte, de conformidad con el art. 12.3, se puede dar lugar al llamado efecto retroactivo, declarando que los crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, sean aplicables aunque cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado, es decir, consintiendo una excepción a la regla general relativa a que “la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

Todavía, en el mismo ámbito de esta regla-corolario de legalidad, evidenciamos otros supuestos problemáticos respecto a los cuales el Estatuto no parece prescribir solución:

- a) la cuestión que concierne a los delitos continuados cuyas conductas, por un lado, suelen empezar anteriormente a la entrada en vigor del Estatuto y, por lo tanto, no podrían ser castigadas por la competencia *ratione temporis* de la Corte, mientras que, por otro lado, esas conductas criminales continúan posteriormente a su entrada en vigor (el ejemplo clásico es aquél relativo a las desapariciones forzadas de personas); en este ámbito, se ha relevado, por lo menos, la posibilidad de utilizar hechos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Estatuto a efectos probatorios – de la existencia de un conflicto armado, por ejemplo, de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil – sobre todo si tales hechos se relacionan con los elemen-

tos contextuales de los delitos imputados, cometidos posteriormente, y demuestran la existencia de un propósito criminal común.

- b) El supuesto relativo a un acto criminal que contenga una conducta secundaria respecto a la principal, y que la primera haya sucedido anteriormente y la segunda posteriormente a la entrada en vigor del Estatuto (un ejemplo es el crimen cometido por el encubridor);
  - c) La cuestión que concierne a los crímenes por omisión, respecto a los que el art. 24 del Estatuto – sobre la irretroactividad *ratione personae* – no es útil para determinar la temporalidad; es decir, la anterioridad de los hechos o omisiones con respecto a la entrada en vigor del Estatuto mismo.
  - d) el supuesto problemático de más peso, aquél relativo a la admisión de la regla de la irretroactividad también en las hipótesis en las que hubiese sido ya dictada sentencia, punto sobre el que se auspicia que el Estatuto se reformara positivamente, relativo a la parte de la aplicación de la ley más favorable al acusado o imputado, lo que permitiría, según esa nueva dirección o sentido, la aplicación de la “retroactividad relativa” con efectos sólo para las personas que no hubieran sido todavía condenadas definitivamente, y si la nueva ley estableciera sólo unos cambios de tratamiento de la pena (por ejemplo, cambios en los tipos o en la cantidad de la pena) y de la “retroactividad absoluta”, en los casos de abolición total de los crímenes, con efectos también para las personas que hubieran sido condenadas definitivamente.
- 4) En cuanto a los principios de taxatividad, certeza y determinación de las normas, corolarios del principio de legalidad, el Estatuto de Roma representa, una vez más, el esfuerzo de llegar a un acuerdo común entre los Estados pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos, y más todavía, a distintos sistemas jurídicos, es decir, el continental o *civil law* y el



anglosajón o *common law*, por lo que se han producido formulas abiertas, imprecisas y vagas que no han demostrado otra intención sino la de no dejar impunes, en el aire, algunos comportamientos o crímenes que no podrían ni siquiera llamarse como tales, constituyendo unas atrocidades o barbaridades humanas. Por lo tanto, a consecuencia del origen convencional o pactado del Estatuto de Roma se ha aplicado una cierta flexibilidad y adaptación del lenguaje que ha permitido, por un lado, una cierta adaptación a las circunstancias y, por otro, sacrificado el contenido del principio de legalidad enunciado al art. 22.1 del Estatuto en sus cuatro componentes de la *lex certa*: la taxatividad, la claridad, la certeza y la determinación.

Hemos comprobado, entonces, que resultan contradictorias con el mandato de taxatividad algunas formulaciones típicas que podrían demostrar el deseo de adoptar formulas dinámicas que eviten la obsolescencia de la ley por el transcurso del tiempo, y que, por lo tanto, sobresalen por su indeterminación, como por ejemplo:

- a) la inclusión, como crimen de lesa humanidad, de la “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” (art. 7, párrafo 1, letra h);
- b) la inclusión, como crimen de lesa humanidad, de “otros actos inhumanos de carácter similar – a los previamente descritos – que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (art. 7, párrafo 1, letra k);

- c) la inclusión, como crimen de lesa humanidad, de la “deportación o traslado forzoso de población”, por los que se entenderá “el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional” (art. 7, párrafo 2, letra d);
- d) la calificación, como crimen de guerra, de actos que suponen “lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea” (art. 8, párrafo 2, letra b, n. IV).
- e) el reenvío realizado por el art. 31, en el ámbito de las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal, a las circunstancias que se desprendan del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21;
- f) además, en el ámbito de la ejecución de las penas, la posibilidad para el Estado disponible a recibir condenados, de poner “unas condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte”, ex art. 103, implica que la Corte deberá tener en cuenta, a la hora de la designación del Estado en el que se cumplirán las penas, unos factores establecidos por el Estatuto que, asimismo, destacan por su indeterminación;
- g) el reenvío hecho por el párrafo 4, letra c, del art. 110, a “otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante” en el ámbito de la posibilidad de que la Corte conceda al condenado una reducción de pena.

Con esta técnica legislativa más aún de la falta de determinación o especificidad de las normas, se puede incurrir, en el riesgo de la eventualidad de que queden olvidadas, por no decir excluidas, algunas conductas que merecerían igual tratamiento (como, por ejemplo, el empleo de armas nucleares o biológicas, de minas antipersonas, etc.). Se denota, así, la dificultad de quien, en última instancia, tiene que establecer que comportamientos caben en las normas penales establecidas por el Estatuto o por cualquier otra fuente tan autorizada y cuáles, a su vez, quedan fuera causando, por lo tanto, la falta de respeto a la *lex certa*, corolario del principio de legalidad, por falta de taxatividad, certeza y determinación de las normas que no son precisas, claras y exhaustivas.

5) En cuanto al último corolario del principio de legalidad, la *lex stricta*, la interpretación restrictiva y la prohibición de la analogía *in mala partem* constituyen unas consecuencias esenciales del principio de legalidad, ya que protegen a la persona sujeta a investigación o persecución asegurándole que la potencial limitación de libertad que le pudiera tocar estaría prescrita exclusivamente por definición estricta de ley ya que, en caso contrario, la esencia y contenido del principio de legalidad se vería menoscabada al permitirse la aplicación de la ley penal a casos distintos o no contemplados, sino extendidos por el trabajo de los jueces de la Corte o su eventual aplicación en vía analógica, a otros casos, causando el mismo efecto de admitir la ley penal retroactiva, quitando cualquier poder de disuasión de la ley frente a los criminales-individuos que ya deberían conocer las normas penales internacionales bien definidas, los comportamientos vetados por ellas y las eventuales sanciones como consecuencia de su violación. La interpretación “estricta” prescribe, por lo tanto, que los jueces sean rigurosos en la aplicación de los tipos penales sin exceder nunca el tenor literal de las normas, que constituye un límite infranqueable; este propósito sería frustrado si el juez, el órgano más importante del

tribunal dotado de poder represivo, hubiese sido autorizado a castigar criminales fuera de los confines establecidos por la ley escrita.

No obstante, hemos analizado la estructura y el contenido del Estatuto de Roma y constatado que la prohibición de la analogía, a su vez, contrasta con algunos hechos típicos, es decir, con algunos crímenes que serían objeto de competencia de la CPI, cuya definición se encuentra derivada a otros hechos análogos o semejantes. Se trata de una serie de hipótesis que conceden a los jueces amplia discrecionalidad y amplias atribuciones que se acercan más al sistema de *common law*, y son incompatibles con los postulados garantistas del principio de legalidad de modelo *civil law*. Haciendo directamente referencia al texto del Estatuto:

- a) el art. 7, párrafo 1, letra g, establece la persecución de crímenes de lesa humanidad entre los cuales actos como: la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”;
- b) en la letra k del mismo párrafo, la persecución de: “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”;
- c) en el párrafo 2 del art. 8, letra b, apartado xviii) para la persecución de actos constituyentes crímenes de guerra entre los cuales: “emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos”;
- d) a la letra d) del mismo párrafo: “el párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”;

- e) en la letra f): “el párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”.
- f) también el mismo Reglamento de Procedimiento y Prueba deja abierta para los jueces, a través de la Regla 145, letra b, n. 6, la posibilidad de imponer como circunstancias agravantes otras que “aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas”.

El empleo de términos como: “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, “otros actos inhumanos de carácter similar”, “dispositivo análogos”, “los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”, además de contradecirse con el principio de legalidad en su vertiente de la auspiciada taxatividad de las normas jurídicas, es decir, una formulación clara y precisa de las normas y de las disposiciones, mal se concilia, igualmente, con el principio de tipicidad y la prescrita prohibición de analogía, ya que constituyen formulaciones que autorizan a los jueces una mayor discrecionalidad en la identificación de un caso como típico a través del método interpretativo jurídico clásico de la subsunción.

La misma prescripción de una interpretación “estricta”, que no exceda nunca el tenor literal de las normas y de los tipos penales, y que constituiría un límite infranqueable, ya se convierte en un obstáculo fácil de sortear ya que está, siempre, en las manos de los jueces la última palabra, a través de su función integradora; por lo tanto, como diría KELSEN: “la obra de los jueces pasa a ser la continuación del proceso de producción del derecho mismo”.

El inciso 2 del párrafo 2, del art. 22 del Estatuto prescribe, además, que “en caso de ambigüedad será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. Se trata de la restante regla del *favor rei* en el ámbito de la definición del crimen a través de la cual el imputado podrá gozar de la interpretación menos aflictiva. Resulta plenamente reconocida, en este ámbito, la posibilidad del recurso al analogía – exclusivamente *in bonam partem* – ya que, por ejemplo, en los casos de las normas de exención de las penas, que autorizan la no aplicación de penas en los casos de justificantes como la legítima defensa, el estado de necesidad y etc., no se infringiría el principio de estricta legalidad por lo que esas normas no expanden, sino restringen el poder represivo y, por lo tanto, acercándonos siempre más a la postura típica de los mencionados sistemas jurídicos de *common law*, no representarían un daño para la libertad personal. Sin embargo, la mencionada Regla 145, letra b, n. 6, parece inconciliable con el principio de legalidad ya que otorga a la Corte la posibilidad de tener en cuenta a otras circunstancias agravantes “semejantes” que si expanden el poder represivo.

No obstante el evidente contraste con el principio de legalidad, no creemos que el uso en general de la analogía exclusivamente desde el punto de vista “interpretativo” pueda causar graves problemas si se consideraran, por otro lado, el gran número de huecos o lagunas que están ya contenidos en el Estatuto a los que la técnica interpretativa analógica puede subvenir permitiendo a los jueces hacer referencia a otras normas, disposiciones o párrafos del Estatuto para revelar más fácilmente los propósitos e intenciones del legislador, es decir, eliminar las dudas que puedan surgir con respecto a cualquier cuestión, a partir de la lista no-exhaustiva de los crímenes, para llegar a una clara explicación de los Elementos de los Crímenes. Coincidimos, entonces, con aquella parte de la doctrina que afirma que: “donde la innovación judicial sea pequeña, poco controversia

y consistente con configuración de la acción legislativa, hay menor riesgo de frustración de la elección legislativa”; sería lo suyo añadir a esa fórmula: “cuando haya simplemente que reconstruir el significado de algunas disposiciones o normas del Estatuto y siempre que no se crearan perjuicios para el imputado o acusado”, para especificar, literalmente, el uso del método interpretativo analógico como útil en estas circunstancias, exclusivamente *in favor rei*, quedándose la prohibición, por supuesto, “absoluta”, de crear y definir a través de ello nuevas figuras delictivas.

No podemos sino constatar el carácter híbrido del Estatuto de Roma ya que prescribe, por un lado, una interpretación restrictiva – prohibiendo los casos análogos – y admite, al mismo tiempo, un amplio poder discrecional para el juez a la hora de la tipificación de una conducta constituyente delito. Se auspicia, por lo tanto, también en el ámbito relativo a este corolario del principio de legalidad, una reforma del Estatuto para aclarar las partes todavía inciertas que pueden inducir a error a cualquier investigador en materia.

6) Con respecto al *nulla poena sine lege*, si las Convenciones del Haya de 1907 no preveían alguna guía en términos de sanciones precisas y apropiadas, el Estatuto no ha llegado a ofrecer un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales, que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas; por lo contrario, en cuanto a las penas, sigue configurándose con los mismos caracteres que ya informaron los precursores Tribunales Internacionales: generalidad y ambigüedad. En cuanto a la primera, porque las penas máximas previstas en el Estatuto son aplicables a todos los crímenes sobre los que la CPI tiene jurisdicción, sin distinción *in abstracto* en base a su injusticia y gravedad. En cuanto a la ambigüedad, el estándar de gravedad representa el único criterio-guía, para que los jueces distingan, discrecionalmente, entre privación de libertad temporal o perpetua en los casos de extrema gravedad

de los crímenes (art. 77, párrafo 1 (letras a y b) del Estatuto de la CPI) y como criterio de determinación de la pena (art. 78, párrafo 1 del Estatuto de la CPI). Se trata de un criterio altamente ambiguo, ya que sigue otorgando a los jueces una amplia discrecionalidad limitada sólo por la exclusión de la pena de muerte y por la existencia de la pena máxima de treinta años o de por vida.

Es evidente que, también en este ámbito, no podemos todavía hablar de *lex certa* en el sentido de taxatividad exhaustiva, precisión y determinación de las normas relativas a las penas y, más aún si se considera la disposición relativa al principio de proporcionalidad de la forma en que se encuentra definido ex párrafo 1 del artículo 78 del Estatuto, el que establece que “al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Se trata de factores que sirven, asimismo, de criterio para imponer excepcionalmente la pena de la reclusión a la perpetuidad en los casos más graves, factores que se adjuntan a aquéllos establecidos por las Reglas de Procedimiento y Prueba, en particular por la Regla 145, el que considera las atenuantes, agravantes, circunstancias del condenado y del crimen.

En cuanto a las otras penas previstas por el Estatuto, si bien el decomiso y la multa tienen carácter accesorio, no se especifica cuándo acompañarán a la pena principal. En cuanto a la segunda, su imposición tiene carácter discrecional al ser la Corte la que considerará “si la pena de reclusión es suficiente” (Regla 146), aunque parece cierto que, en cuanto sanción pecuniaria, no puede nunca sustituirse por una pena privativa de libertad.

Con respecto a las otras penas de “decomiso del producto, bienes y haberes procedentes directa o indirectamente del crimen”, se trata, otra vez, de una opción hecha a discrecionalidad de la Corte, mientras que resulta sorprendente cómo el Estatuto no ha previsto ninguna pena que afecte a



la reputación moral o a la capacidad jurídica del condenado, como pueden ser la inhabilitación absoluta y/o la suspensión de cargos públicos o de los derechos civiles y políticos.

A la luz de las consideraciones expuestas, parece ya evidente que no podemos hablar, tampoco en el ámbito del *nulla poena sine lege*, de *lex scripta, praevia, certa y stricta*, requisitos fundamentales o corolarios derivados del mismo principio, sobre todo en relación con la precisión y la determinación de las normas relativas a las penas. El principio de legalidad, de conformidad con su vertiente clásica adoptada por los modelos continentales, prescribe que también las penas deben ser suficientemente determinadas y en el Estatuto, por lo dicho, no lo son: la discrecionalidad judicial resulta amplísima y la Corte puede aplicar cualquiera de las penas a cualquiera de los delitos, sin límite alguno. Los jueces pueden elegir entre la reclusión perpetua – que parece ahora ya ser rechazada por los Estados al considerarla como “trato inhumano” – hasta la reclusión por un tiempo mínimo, sin mayores líneas guías que “la extrema gravedad del crimen” y “las circunstancias personales del condenado” como justificación necesaria. Más acertado y respetuoso con el principio de legalidad de las penas resultaría la asignación clara y predeterminada de unas penas específicas a delitos ya tipificados, mediante la identificación de la especie de la pena y el establecimiento preventivo de una escala de penas para cada tipo penal. Se trata, entonces, de hablar, también en el ámbito de las penas previstas en el Estatuto de Roma, del aplicación del *nulla poena sine iure*, de un mero principio de derecho justo o correcto que enfatiza la justicia del castigo de esas terribles conductas. Parece todavía bastar, en este ámbito de la legalidad, la postura mantenida hace casi más de veinte años por el anterior TPIY: “que el acusado debe ser consciente de que los crímenes por los que se persigue constituyen las más serias violaciones del derecho internacional humanitario, castigables

con las penas más severas”, con lo cual parece, entonces, suficiente – para estos tribunales internacionales y según la postura que todavía contradice los postulados clásicos del principio de legalidad, que en este trabajo reivindicamos – la fijación de penas máximas únicamente para cumplir con los fines del *nulla poena sine lege*.

El actual sistema seguramente tiene unas ventajas considerables, ya que proporciona una respuesta más adecuada a cada caso concreto, pero, al mismo tiempo, se condiciona y contradice el fundamento del principio de legalidad, principio que debería regir el sistema penal internacional al completo asegurando, por un lado, la conciencia y el conocimiento de los comportamientos vetados y prohibidos por el ordenamiento internacional y, por otro, la previsión de las penas como consecuencia o sanción jurídica de aquellos comportamientos vetados. Hay que subrayar, una vez más, que todo este conocimiento debería ser aportado ya con anterioridad a la comisión del eventual e hipotético crimen. Otra consecuencia negativa de esta situación es la eventualidad de dar lugar a una total discriminación entre las personas imputadas y condenadas, y a una diferencia de tratamiento entre a quién se le imputa un tipo de crimen u otro, o se le aplica esta u otra pena. Para estos eventuales inconvenientes, el Estatuto ofrece como único remedio aquél del recurso de apelación, establecido por el artículo 81. Estamos hablando de un déficit de naturaleza indiscutible que, atentando a la correcta delimitación de crímenes y penas, no encuentra sino un “parche” en la aplicación del mencionado artículo, situación que vulnera el principio de legalidad de los crímenes y de las penas y, en consecuencia, el papel del Tribunal Internacional que se ocupa de juzgar actos tan crueles y que debería asegurar, una vez más, certeza jurídica y no incertidumbre e inseguridad.

Si habíamos creído que en la Corte Penal Internacional el principio de legalidad de los crímenes y de las penas debe situarse por encima de todo,

garantizando la correcta previsión y aplicación de tipos penales y penas, ahora ya podemos constatar las amplias facultades que se han atribuido a los jueces, que no constituyen más la mera “boca de la ley” tan auspiciada, es decir, su labor no es mas aquel de aplicar los principios y normas establecidas en el Estatuto, sino que estos mismos están ya dotados de una amplia discrecionalidad, que acompaña durante todo el recorrido: desde la identificación de la conducta del imputado como crimen, hasta llegar a la determinación de la pena a él aplicable. Hemos constatado, entonces, cómo se ha atentado contra la validez y eficacia del mismo principio que, a pesar de su valor indispensable en cada ámbito penal, ve su función siempre más reducida a aquella de mero principio residual o “teoría pura” del derecho penal. Coincidimos con AMBOS que: “la justicia penal internacional siempre se caracterizó, con diferentes grados, por la violación de un principio general de derecho, a saber el principio *nullum crimen sine lege*”.

En efecto, dado que en el derecho internacional no existen leyes propiamente tales, no puede existir un principio de legalidad en idénticos términos al que rige en el derecho penal interno de los Estados. Por lo contrario, el principio de legalidad en derecho penal internacional ha sido entendido como *nullum crimen sine iure*, un principio de justicia, estableciéndose más bien un estándar de mínimos, de juridicidad más que de estricta legalidad. Y eso porque por principio de legalidad según los postulados clásicos de derecho penal no entendemos en ningún caso la admisibilidad de un derecho “no escrito” sino la expresión de conceptos como los de previsibilidad, accesibilidad y especificidad de las normas que no se pueden satisfacer a través de un derecho consuetudinario cuyas fuentes de no escritas ofrecen menos garantías desde esas perspectivas; ni resultan admisibles normas aplicables *ex post facto*, o definiciones de crímenes vagas e inciertas o sanciones generales o indeterminadas, ni la posibili-

dad de consentir a los jueces de poder discrecionalmente interpretar unas normas o de poder hacer eventualmente referencia a casos análogos, inadmisibles, para aplicar otras normas.

Mientras que los Ilustrados como Cesare Beccaria demandaban al legislador claridad y simplicidad en la elaboración de las leyes con el objetivo de impedir totalmente su interpretación por parte del juez, es decir, operar fuera del silogismo perfecto, para no abrir la puerta a la inseguridad jurídica e incertidumbre, esta opción se ha revelado en la actualidad y en el pasado más reciente irrealizable e impracticable ya que casi todos los conceptos empleados por la ley admiten en mayor o menor medida varios significados, por lo que no podemos hablar, en el ámbito de una ciencia penal no más transnacional sino, más aún, global, universal, desvinculada de referencias espacio-temporales, independiente de culturas y sistema de valores, de principio de legalidad. Como AMBOS confirma: “en derecho penal internacional se ha de tolerar un determinado grado de inseguridad” ya que está en las manos de quien decide aplicar la justicia penal.

Es por esto que todavía nos habíamos preguntado, a esta altura, si la existencia del Estatuto de la CPI que recoge precisamente los esfuerzos internacionales de codificación de la conciencia jurídica universal, había cambiado algo o, en vez, como hemos constatado, es necesario seguir manteniendo las importantes reducciones del principio de legalidad, en cuanto a las exigencias expresadas por los corolarios del mismo principio.

No obstante, la institución de la CPI representa, todavía un importante avance en la lucha de la protección de los derechos humanos de las personas pudiendo ser tomada como un buen punto de partida para el futuro: seguramente a través de un derecho penal internacional evolucionado hacia la norma escrita, se permitiría la superación de la tradicional dicotomía entre el derecho penal internacional y el derecho penal de numero-

esos sistemas nacionales, para afirmar y garantizar una justicia universal que, por ahora, parece ser, todavía, utopista.

En conclusión, después del análisis del sistema de fuentes aplicables en Derecho Penal Internacional y del mismo principio de legalidad bajo todos los aspectos y perspectivas, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, podemos resumir que el mismo principio no resulta completamente respetado en el Derecho Penal Internacional y en particular en el Estatuto de Roma de 1998, tal y como debería serlo de conformidad con las teorías clásicas del derecho penal y que, según una perspectiva de futuro, sería necesaria una reforma de los artículos a él relacionados – en ambas direcciones, es decir, sea en cuanto al *nullum crimen* como al *nulla poena*, y haciendo una mayor especificación de las fuentes aplicables, con particular referencia a la eventualidad del uso de la costumbre internacional – para que, en lo sucesivo, se tenga en cuenta la orientación de la doctrina mayoritaria en cuestión y la perspectiva de las relaciones internacionales, y se pueda devolver al principio de legalidad, así como teorizado y contemplado por ambos sistemas penales de tipo *civil* y *common law*, su función y valor original.

Parece oportuno terminar dichas conclusiones con una frase célebre que resume el cuadro del sistema de derecho penal internacional, sobre todo, en el ámbito del famoso principio de legalidad penal, objeto de la presente Tesis Doctoral, el *nullum crimen, nulla poena sine lege*:

“el uso del poder punitivo se convierte en Derecho Penal sólo cuando hay reglas escritas que establezcan límites y modalidades de actuación. Sin estas reglas, el ejercicio de dicho poder punitivo representa exclusivamente la expresión – disfrazada o no a través de formas jurídicas – de la fuerza de algunos, como tantas veces ha sucedido en las relaciones entre Estados e individuos. Si por lo que concierne al derecho interno, la situación relativa a la actuación del principio de legalidad no es muy excitante – es-

pecialmente por lo que concierne la reserva de ley penal y la determinación/taxatividad – relativamente al derecho internacional es posible afirmar que la crisis es endémica”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABREGÚ M., DULITSKY A., *Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno*, Lecciones y Ensayos, 1994.

ACOSTA ESTÉVEZ J. B., *La tipificación del delito internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2009. Disponible en internet: [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21368/1/ADI\\_XXV\\_2009\\_04.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21368/1/ADI_XXV_2009_04.pdf).

AKHAVAN P., “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *American Journal of International Law*, Vol. 90, N°3, 1996.

ALCAIDE FERNÁNDEZ J., “Orden público y Derecho Internacional: desarrollo normativo y déficit institucional”, en ELISA PÉREZ VERA, ALEJANDRO J. RODRIGUEZ CARRIÓN (Eds.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Tomo I, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.

ALCOY D., “Cuarenta y cinco años de apartheid”, en *Historia 16*, Año XIX N° 217, Madrid, mayo de 1994.

ALDRICH G., “Jurisdiction Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia”, en *American Journal Of International Law*, Vol. 90, N° 1, January 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA F. J., “Sobre algunos problemas relativos a la falta de taxatividad en las normas del Estatuto del Tribunal Penal Internacional” en CUERDA RIEZU A., JIMÉNEZ GARCÍA F., (Eds.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 2009.

ÁLVAREZ GARCÍA F. J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ALY MOKHTAR, “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*: Aspects and Prospects”, en *Statute Law Review*, vol. 26, n. 1, 2005.

AMBOS K., "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional", en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, ISSN-e 0718-3399, Vol. 5, N° 9, julio de 2010.

AMBOS K., "Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code", *European Journal of International Law*, issue vol.7 N°4, 1996, disponible en internet: <http://www.ejil.org/pdfs/7/4/1391.pdf>.

AMBOS K., "Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en, del mismo autor: *Temas del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001.

AMBOS K., "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma", en AMBOS K., GUERRERO J. O. (Eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

AMBOS K., *El nuevo Derecho Penal Internacional*, ARA Editores, Lima, 2004.

AMBOS K., *La Corte Penal Internacional*, Traducción de Iglesias Río M. A. y Martínez Garay L., revisado por Guerrero O. J., Rubinzal – Culzoni Editores, Colección Autores de Derecho Penal, Buenos Aires, Santa Fe, 2007.

AMBOS K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Traducción de Ezequiel Malarino, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2005.

AMBOS K., *Nuevo Derecho Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales de Mexico, DF, 2002.

AMBOS K., MALARINO E., DA SILVA R. P., GUZMÁN DALBORA J. L., LÓPEZ DÍAZ C., MEINI I., GALAIN PALERMO P., MODOLELL GONÁLEZ J. L., BOHM M. L., en AMBOS K. (Ed.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009.

AMBOS K., MALARINO E., WOISCHNICK J. (Eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006.

AMBOS K., MALARINO, E., WOISCHNIK (Eds.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad- Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, Uruguay, 2005.

- AMBOS K., *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.
- AMBOS K., *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons. Madrid, 2006.
- AMBOS K., "100 años de la "Teoría del delito" de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ A. C., *Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, en *Raccolta di studi di diritto penale*, Milano 1983.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, X° ed., Milano, 1985.
- ARAUJO DE GUSMÃO H. C., "El Sistema Constitucional en Irlanda", Traducción del portugués de Augusto Aguilar Calahorro, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo.*, año 8, núm. 15, enero-junio de 2011. Disponible en internet: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/06HCAraujo.htm>.
- ARROYO ZAPATERO L., NIETO MARTÍN A., *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.
- ARROYO ZAPATERO L., "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, mayo-agosto 1983.
- BACIGALUPO E., *La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal*, en *Anuario de Derechos Humanos* n. 2, 1983.
- BACIGALUPO E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2002.
- BALAGUER CALLEJON F., *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BALCARCE F. I., "El principio de la legalidad penal en la actualidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN 0034-7914, N° 1, 2011.
- BARBERO N., "La relativa aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional", en *Nuevo Foro Penal*, ISSN 0120-8179, N° 89, 2017.



- BARBERO N., "Previsiones sobre la Pena en el Estatuto de Roma", en *Revista de Derecho Penal* (Donna, Edgardo A., Dir.), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.
- BARBOSA CASTILLO G., "Principio de legalidad y proceso penal", en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 26, N° 78, 2005.
- BARRANCO AVILÉS M. C., CELADOR ANGÓN O., VACAS FERNÁNDEZ F., *Perspectivas Actuales En La Aplicación Del Derecho*, Colección Gregorio Paces-Barba n. 3, Dykinson, Madrid.
- BASSIOUNI M. C., "Crimes against Humanity: The Need for a Specialized Convention", en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 31, N° 3, 1994.
- BASSIOUNI M. C., "Nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal internacional", en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1 année. 1er/2ème, Trimestres, 2000.
- BASSIOUNI M. C., "Policy Consideration in Inter-State Cooperation in Criminal Matters", en ESER A. & LOGODNY O. (Eds), *Procedures for a New Transnational Criminal Law*, 1992.
- BASSIOUNI M. C., BROOMHALL B., CAMARGO P., *La Corte Penal Internacional (CPI)*, Texto Integrado del Estatuto de Roma. Leyer, Segunda Edición, Bogotá, Colombia, 2002.
- BASSIOUNI M. C., *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Toulouse, 1993.
- BASSIOUNI M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992.
- BASSIOUNI M. C., DERBY D., "Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the Apartheid Convention and Other Relevant International Instruments", *Hofstra Law Review*, vol. 9, 1981.
- BASSIOUNI M. C., *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983.
- BASSIOUNI M. C., *International Criminal Law*, vol. I., Martinus Nijhoff Publishers, 3rd. Edition, Leiden, 2008.
- BASSIOUNI M. C., *International Extradition: United States Law and Practice*, Oceana Publications, Nueva York, 2002.
- BASSIOUNI M. C., *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999.

- BASSIOUNI M.C., *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*, Transnational Publ., Nueva York, 1998.
- BASSIOUNI M. C., MANIKAS P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996.
- BASSIOUNI M. C., WISE E. M., *Aut Dedere Aut Iudicare: the Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, 1995.
- BECCARIA C., *De los delitos y de las penas*, trad. Del Val J. A., Ed. Alianza, Madrid, 1990.
- BELING E., *Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, en *Giustizia Penale*, vol. XXXVII, Roma, 1931.
- BENVENUTI P., "Italy, implementation of the ICC Statute in national legislation", en SS C., LATTANZI F. (Eds.) *The Rome Statute and domestic legal order*, vol. I, General Aspects and Constitutional Issues, Ed. Il Sirente, Nomos, Baden Baden, 2000.
- BENZING M., "U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties", en *Max Planck UN-YB* 8, 2004.
- BERGSMO M., "The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, articles 11-19)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/4, 1998.
- BERNALES ROJAS G., "La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos", en *Ius et Praxis*, número 13-1, 2007.
- BERNARDINI A., *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia: considerazioni giuridiche*, en *Dir. Uomo*, 1993.
- BLAKSLEY, "Comparing the ad hoc Tribunal for Crimes Against Humanity in the Former Yugoslavia and the Project for an International Criminal Court by the international Law Commission", en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1996.
- BLANC ALTEMIR A., *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*, Barcelona, Bosch, 1990.
- BOAVENTURA DE SOUSA S., *La globalización del derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos, Colombia, Bogotá, 1998.

- BOHLANDER M., FINDLAY M., "The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles", *Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2002.
- BOIX REG J., *El principio de legalidad en la Constitución*, en VVAA, *Repercusiones de la Constitución en Derecho Penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.
- BOLLO AROCENA M. D., "La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la CPI por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XX, Pamplona, Universidad de Navarra, 2004.
- BOLLO AROCENA M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2004.
- BOS A., *The Role of the International Criminal Court in the Light of the Principle of Complementarity*, Reflections on the International Law from the Low Countries in Honour of Paul de Waart, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1998.
- BOSCH A., "Guerra civil en Sudáfrica", en *Historia 16*, Año XIX N° 217, Madrid, mayo de 1994.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'articolo 25, 2 e 3 comma, Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, en *Quest. crim.* 1980.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, en *Scritti di Diritto penale*, vol. I, Milano 1997.
- BROOMHALL B., "Article 22, Nullum crimen sine lege, General Principles of Criminal Law", en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999.
- BROOMHALL B., *La Corte Penal Internacional: visión general y cooperación con los Estados*, Instituto Legal Internacional de Derechos Humanos, Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, 1998.
- BROOMHALL B., "La Corte Penal Internacional. Visión general y la cooperación con los Estados", en BASSIOUNI M. C. et al: *La Corte Penal Internacional*, Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001.
- BROOMHALL B., "ICC Ratification and National Implementing Legislation: CPI ratification et législation nationale d'application" en BASSIOUNI M. C. (Ed.), *Revista Internacional de Derecho Penal*, Asociación Internacional de Derecho Penal, Tolosa, 2000.

- BROOMHALL B., *International Justice & the International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003.
- BUJOSA VADELL L., *Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*, RGDE, n. ° 3, enero 2004.
- BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 1999.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ N., *La Corte Penal Internacional*, Colección estudios penales, Dykinson, n. 4, Madrid, 2002.
- CÁCERES RUIZ L., *La Corte Penal Internacional: el Estatuto de Roma*, Vision Net, Madrid, 2006.
- CAMARGO P. P., *Derecho Internacional Humanitario*, Tercera Edición, Bogotá, Leyer, 2002.
- CAPELLÁ ROIG M., “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 10, 2005.
- CAPELLÁ ROIG M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- CARACCIOLO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*, Napoli, 2000.
- CÁRDENAS RIOSECO R. F., *El principio de legalidad penal*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- CARELLA G., “Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia”, en PICONE P., (Eds.), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1995.
- CARLIZZI, *La Corte Penale Internazionale*, Napoli, 2003.
- CARRARA F., *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, Vol. 1., Fratelli Cammelli, Firenze, 1897.
- CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- CASSESE A., “Il Tribunale ad hoc nell'ex Jugoslavia: bilancio di due anni di attività”, en LATTANZI F. Y SCISO E. (Eds.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente*, Napoli, Ed. Scientifica, Roma, 1996.
- CASSESE A., “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N° 1, 1999.

- CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Segunda Edición, New York, 2008.
- CATENACCI M., “Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003.
- CATENACCI M., “nullum crimen sine lege”, en LATTANZI (Eds.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, 1979.
- CAVINO M., *L'irresponsabilità del Capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2008.
- CEDEÑO HERNÁN M., “De la extradición a la Euro-orden: un cambio necesario”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 5, 2004.
- CEREZO MIR J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, 6ª ed., Madrid, noviembre de 2004.
- CHAUVEAU A., HÉLIE, M.F., *Théorie du code pénal*, Paris, 1872.
- CHENG B., *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1987.
- COBO DEL ROSAL M., VIVES ANTÓN T., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- COBO DEL ROSAL M., BOIX REIG, “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982.
- COLLANTES J. L., “La Corte Penal Internacional, El impacto del Estatuto de Roma en jurisdicción sobre crímenes internacionales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-07-2002. Disponible en internet: [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-07.pdf](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.pdf).
- CONDORELLI L., LA ROSA A. M., SCHERRER S., *Les nations Unites et le droit international humanitaire*, Pedone, Paris, 1996.
- CONFORTI, “L'azione del Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace”, en PICONI P. (Ed.), *Interventi delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale*, Padova, 1995.
- CORDOVA TRIVIÑO J., *Derecho Penal Internacional*, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

- COREL H., TURK. H., THUNE G. H., *Proposal for an International War Crimes Tribunal for the former Yugoslavia*, 1993.
- CUELLO CONTRERAS J., *El Derecho Penal español. Parte General.*, Dykinson, Madrid, 2009.
- CUERDA RIEZU A., RUIZ COLOME M. A., *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, en *La ley*, Actualidad, nº 4724, 1999.
- CUERDA RIEZU, “La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998.
- D'AMICO M., “Il II e III comma dell'art. 25”, en R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (Ed.), *Commentario alla Costituzione*, I, Artt. 1-54, UTET, Torino 2006.
- D'AMICO M., *Il principio di determinatezza in materia penale tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998.
- DANILENKO G., *Law-Making in the International Community*, 1993.
- DAVID E., “L'actualité juridique de Nuremberg”, en *Le Procès de Nuremberg: Conséquences et actualisation, Actes du Colloque international*, Université Libre de Bruxelles, 27 March 1987, Editions Bruylant, Brussels, 1988.
- DAVID E., “The International Criminal Court. What is the Point?”, en WELLENS (Ed.), *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour to Eric Suy*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1998.
- DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, 1994.
- DEDES CHRISTOS, “Sobre el origen del principio "nullum crimen nulla poena sine lege””, en *Revista de derecho penal y criminología*, ISSN 1132-9955, Nº 9, 2002.
- DE MIGUEL ZARAGOZA J., “La Cooperación Jurídica con la Corte Penal Internacional”, en *La Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001.
- DE VICENTE MARTÍNEZ R., *El principio de legalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- DE VICENTE MARTÍNEZ R., *Vademecum de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- DEEN-RACSMÁNY Z., "The Nationality of the Offender and the Jurisdiction of the International Criminal Court", en *American Journal of International Law*, Vol. 95, N° 3, 2000.
- DEGUZMAN M. Mc., "Article 21, Applicable Law, Jurisdiction, admissibility and applicable law" en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999.
- DIEZ-PICAZO L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- DONDÉ MATUTE J., *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, México Universitario/Bosch, Colección Cicerón, México, 2007.
- DOVAL PAIS A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DUFFY H., HUSTON J., "Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations", en KREß C., LATTANZI F. (Eds.) *The Rome Statute and Domestic Legal Order*, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues, Ed. II Sirente, Nomos, Baden Baden, 2000.
- DUFFY H., *National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court*, Duke Journal of Comparative and International Law, 2001.
- DUFFY H., SUHR B., *The debate on constitutional compatibility with the ICC*, 2000. Disponible en internet: [http://hrw.org/campaigns/icc/docs/constitutional\\_compatibility.pdf](http://hrw.org/campaigns/icc/docs/constitutional_compatibility.pdf).
- ESCOBAR HERNÁNDEZ C., "Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable", en MARIÑO MENÉNDEZ F. (Ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo xxi*, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, 2002.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ C., "La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n° 21, julio 2003.
- ESCUADERO ESPINOZA, *La CPI y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la Justicia*, Madrid, Dilex, 2004.
- ESER, "The Need for a General Part", en BASSIOUNI, *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Toulouse, 1993.

- ESPEJO YAKSIC N., LEIVA GARCÍA C., *Digesto de jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos*, de enero de 1984 hasta febrero de 2012, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 2012.
- FALCÓN M. J. y TELLA, *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, Madrid, 1991.
- FARMER L., *Criminal Law, Tradition and Legal Order, Crime and the Genius of Scots Law, 1747 to the Present*, Cambridge University Press, U.K., 1997.
- FERNANDES J. M., *La Corte Penal Internacional: soberanía versus justicia universal*, Reus, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ SANCHEZ P. A., "El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional", en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, III ed.*, Bari, 1996.
- FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- FERRERES COMELLA V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gießen, 1801.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, III° Ed. , Bologna 1999.
- FIORE C., *Diritto penale. Parte Generale*, vol. I, Torino 1998.
- FITZGERALD P., *Codes and Codifications: Interpretation, Structure and Arrangement of Codes*, 2 Criminal Law Forum 127-129, 1990.
- FITZGERALD P., *New Development in Criminal Law*, 60 Rev. Jur. U.P.R. 1271, 1991.
- FRIEDLAND M. L., *Codification in the Commonwealth: Earlier Efforts*, en *Criminal Law Forum*, 1990.
- FRIEDLAND M. L., *R. S. Wright's Model Criminal Code: A Forgotten Chapter in the History of the Criminal Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981.
- FROSINI V., *La letra y el espíritu de la Ley*, Ariel, Derecho, Barcelona, 1995.
- GALLANT K., "La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la retroactividad de los delitos y de las penas", en MONTIEL, J. P. (Ed.), *La crisis del princi-*



*pio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2012.

GALLO M., *La legge penale. Appunti sul diritto penale*, Cooperativa libraria universitaria torinese, Torino.

GANDULFO E., “*Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica*”, en *Polít. crim.* Vol. 4, No 8, Diciembre 2009.

GARCÍA ALBERO R., “*¿“Nullum crimen sine lex certa”? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad*”, en *Jueces para la democracia*, n. 62, julio 2008.

GARCÍA AMADO J. A., “Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. “De la previsibilidad como componente de la legalidad”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, ISBN: 9788416402816, Marcial Pons, Madrid, 2016.

GARCÍA ARAN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ S., *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.

GARCÍA RIVAS N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

GARCÍA RIVAS N., *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

GARCÍA SAN MARTÍN J., “La extensión del principio de legalidad penal a la luz de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, 2015.

GARCÍA ZAPATA C., *Análisis Comparativo Entre El Proceso Ante La Corte Penal Internacional Y Ante El Derecho Español*, Grin Verlag, Universidad de Murcia, 2015.

GIL GIL A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REFLEXIONES (Jurisprudencia), ISSN 1695-0194, RECPC 07-r1, 2005.

GIL GIL A., “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo”, en CUERDA RIEZU A. R., JIMÉ-

- NEZ GARCÍA F. (eds), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009.
- GIL GIL A., *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- GIL GIL A., MACULAN E., *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013.
- GILBERT G., *Aspects of Extradition Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1991.
- GINSBURGS G. y KUDRIAVTSEV V. N. (eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990
- GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale*, Giuffrè, 1991.
- GOMEZ LOPEZ J. O., *Crímenes de lesa humanidad*, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.
- GÓMEZ-FERRER MORANT R., CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J. L., *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, N° 188, 1980.
- GONZÁLEZ CAMPOS J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA R., *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2002.
- GRAMMER C., “El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del Derecho Penal Internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina”, en AMBOS, K., MALARINO, E., WOISCHNIK (Eds.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad- Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, Uruguay, 2005.
- GRANADOS PEÑA J. A., *La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE.UU. Breves comentarios con motivo del Trigésimo Aniversario del Código Penal Modelo*, Crónicas Extranjeras, 1992, p. 1028. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46419.pdf>.
- GRASSO P. G., *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972.
- GUARIGLIA F., “El proceso acusatorio ante la Corte Penal Internacional”, en MARTÍ MINGARRO L., CARRILLO FLÓREZ F., VENEGAS FRANCO A. (Eds.), *Iberoamérica y*

*la Corte Penal Internacional. Debates, reflexiones y preguntas*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006.

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.

HASSEMER W., “¿Palabras justas para un Derecho justo? sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 35, 1996.

HASSEMER W., *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

HAVEMAN R., “The principle of legality” en HAVEMAN R., KAVRAN O., NICHOLS J., (Eds.), *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, Amberes, Oxford, New York, Grotius Centre for international Legal Studies, Universidad/Campus de Leiden, La Haya, 2003.

HEMMING A., *Criminal Law Guidebook: Queensland and Western Australia*, Disponible en internet: [http://lib.oup.com.au/he/Law/hemming/HEM\\_CLG\\_AssesPrep\\_Ch1.pdf](http://lib.oup.com.au/he/Law/hemming/HEM_CLG_AssesPrep_Ch1.pdf).

HUERTA TOCILDO S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 39, septiembre-diciembre de 1993.

HORMAZÁBAL MALARÉE H., “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, en PÉREZ CEPEDA A. I. (Ed.), *El principio de justicia universal fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

HORMAZÁBAL MALARÉE H., “Notas sobre el principio de legalidad penal en el Derecho Internacional Penal, sobre el delito de genocidio y la apropiación de recursos naturales y la ayuda humanitaria”, en ARANÍBAR QUIROGA A. ET AL (Ed.), *Derechos humanos y desarrollo. Justicia universal: el caso latinoamericano*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 2007.

HUESA VINAIXA R., “El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en “Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1994”, Tecnos, Madrid, 1995.

HUMAN RIGHTS WATCH, *The compatibility of the ICC Statute with certain constitutional provisions around the globe, 2000*. Disponible en internet: [http://hrw.org/campaigns/icc/docs/final\\_nopaper.pdf](http://hrw.org/campaigns/icc/docs/final_nopaper.pdf).

JAÉN VALLEJO M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.

- JAIN N., "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", en *European Journal of International Law*, vol. 16 n. ° 2, 2005.
- JEFFRIES J. C., *Legality, vagueness and the construction of penal statutes*, 71 Virginia L. Rev. 205-210, 1985.
- JENNINGS R., WATTS A. (Eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, 9° Ed, 1992.
- JESHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de Derecho Penal*, Losada, 4ª ed., Tomo II, Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ PIERNAS C., La interacción normativa entre costumbre y tratado y entre costumbre y resoluciones de la AG, en JIMÉNEZ PIERNAS C. (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española y de la Unión Europea*, Adaptado al EEES, Madrid, 2011.
- KADISH S., *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, 78 Columbia Law Review, 1978.
- KADISH S., *The Model Penal Code Historical Antecedents*, 19 Rutgers Law Journal, 1988.
- KELSEN H., *La paz por medio del derecho*, trad. Luis Echávarri, segunda edición, Madrid, Trotta, 2008.
- KELSEN H., *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* 1 ICLQ 153, 1947.
- KELSEN H., *Teoría pura del Derecho*, Trad. R.J. Vernengo, 7ª Ed. México, 1993.
- KREß C., LATTANZI F. (Eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Order*, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues, Ed. II Sirente, Nomos, Baden Baden, 2000.
- KREß C., LATTANZI F., BROOMHALL B., SANTORI V. (Eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. II: Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement, Ed. II Sirente, Nomos, Baden Baden, 2000.
- LA FAVE W., SCOTT A., *Substantive Criminal Law*, St. Paul, 1986.
- LAMARCA PÉREZ C., "Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo", en *La Ley penal*, n. 34, enero 2007.

LAMARCA PÉREZ C., “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, mayo-agosto 1987.

LASCURÁIN SÁNCHEZ J. A., “La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURÁIN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, ISBN: 9788416402816, Marcial Pons, Madrid, 2016.

LASCURÁIN SÁNCHEZ J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000.

LAMB S., “Nullum Crime, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law”, en ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA, JOHN R. W. D. JONES (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, 2002.

LANDECHO VELASCO C. M., MOLINA BLÁZQUEZ C., *Derecho Penal Español. Parte General*, 6 ed., Tecnos, Madrid, 2000.

LARENZ K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994.

LASCURÁIN SANCHEZ J. A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Navarra 2009.

LAURENZO CAUPELLO P., “Hacia la Corte Penal Internacional”, en *Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*, XII Seminario Duque de Ahumada, Madrid, 2000.

LEDIAKH I. A., “The Application of the Nuremberg Principles by other Military Tribunals and Courts”, en GINSBURGS G. y KUDRIAVTSEV V. N. (eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990.

LEÓN DUGUIT, *Derecho Constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926.

LEVIE H. S., *Terrorism in War. The Law of War Crimes*, Oceana Pub., New York, 1993.

LIÑAN LAFUENTE A., “La tipificación del Crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial. En el Tribunal híbrido Internacional de Timor Oriental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10 de diciembre de 2008.

LIROLA DELGADO I., MARTÍN MARTÍNEZ M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.

LIROLA DELGADO I., *Reflexiones sobre la competencia material del Estatuto de la Corte Penal Internacional: una visión general*, en *Hacia una justicia internacional*, Madrid, 2000.

LIVINGSTON E., *The Complete Works of Edward Livingston on Criminal Jurisprudence*, vol. II, New York, 1873.

LLEDÓ R., “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, ISSN-e 2253-6655, N.º. 11, de 16 de septiembre de 2016, pp. 246-263.

LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, 1971.

LÓPEZ AGUILAR, “La reserva constitucional de ley en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año II, núm. 33, sept.-dic. 1991.

LUZÓN PEÑA D. M., *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

MACHICADO J., *El Debido Proceso Penal*, Apuntes Jurídicos 2010, Bolivia, 25 de marzo de 2010. Disponible en internet: <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/debido-proceso.pdf>.

LUZÓN PEÑA D. M., *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia, 1983.

MANTOVANI F., *Diritto penale*. Parte generale, Padova, Cedam, III ed., 2002.

MARINI G., Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege (diritto penale), en *Enciclopedia Diritto*, XXVIII, Giuffrè, Milano.

MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale*, en VASSALLI G. (Ed.), *Diritto Penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 4 ed., Giuffrè, 2012.

MCCORMAK-SIMPSON, *The Law of War crimes. National and International Approaches*, La Haya, Boston, Londres, 1997.

MENDOZA CALDERÓN S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional”, en PÉREZ CEPEDA A. I. (Ed.), *El principio de justicia universal fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- MERON T., *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, en AJIL, 1994.
- MIR PUIG S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Reppertor, 8ª ed., 2008.
- MOCCIA S., "Lo Statuto della Corte Penale Internazionale: i profili della legalità", en DOLCINI, E., PALIERO, C. E. (Eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, Teoria del Diritto Penale, Criminologia e politica criminale, Ed. Giuffré, Milano, 2006.
- MOLINA THEISSEN A. L., *La desaparición forzada de personas en América Latina*, en Estudios básicos de derechos humanos Instituto interamericano de Derechos Humanos, VII, IIDH, San José, 1996.
- MONTERO AROCA J., *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, en Rev, Justicia, núm. IV, 1992.
- MONTIEL J. P., "Regulaciones de excepción y prohibición de la analogía", en *INDRET: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, 3/2003, Barcelona, julio de 2013.
- MORILLAS CUEVA L., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson S.L., Madrid, 2004.
- MORRIS V., SCHARF M., *An Insider's Guide to the international criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, African Yearbook of International Law, 1995.
- MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, II ed., Valencia, 1996.
- NAPPI A., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Collana: Percorsi. I manuali e gli studi, Giuffré, Milano 2010.
- NASCIMBENE B., "L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani", en CARBONE S.M., LUZZATTO R. (Eds.), *Istituzioni di diritto Internazionale*, A. Santa Maria, Torino, 2003.
- NAVARRO DOLMESTCH R., " "Reconfiguración" del sistema de fuentes del derecho penal y "amenaza de crisis" del principio de legalidad: la incorporación del derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización", en FARALDO CABANA P. (Ed.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004.
- NERONI SLADE T., CLARK R. S., "Preamble and final clauses", en R.S. LEE (Ed.), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*, La Haya, 1999.

NIETO A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 3 ed., Tecnos, Madrid, 2002.

NIETO GARCÍA A. J., “A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 7057-7061, 2008.

O'BRIEN, *The International Tribunal for violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, en *AJIL*, 1993.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., HUERTA TOCILDO S., *Derecho penal. Parte general*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

ODELLO M., *La Corte Penal Internacional y las Legislaciones Nacionales: Relación entre Derecho Internacional y Derechos Nacionales, II Legislación Nacional*, Foro, Nueva época, núm. 1/2005: 295-329. Disponible en Internet: <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0505110295A/13818>.

OLÁSULO ALONSO H., “Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 5, 2006.

OLÁSULO ALONSO H., *El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo*, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 1, Nº. 0, 2013.

OLLÉ SESÉ, “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional: Su aplicación por los tribunales domesticos”, en GARCÍA VALDÉS C., VALLE MARISCAL DE GANTE M., CUERDA RIEZU A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA M., ALCÁCER GUIRAO R. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 1, 2008.

OLMEDO CARDENETE M., “¿Es la lex stricta una garantía en Derecho Penal?”, en GARCÍA VALDÉS C., VALLE MARISCAL DE GANTE M., CUERDA RIEZU A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA M., ALCÁCER GUIRAO R. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 1, 2008.

OMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *La negativa a extraditar miembros de la mafia: comentario a la sentencia del TC de 30 de marzo de 2000*, *La Ley*, miércoles 27 de septiembre del 2000.



OOSTHUIZEN G. H., "Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council", en *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVI. 1999.

ORIHUELA CALATAYUD E., "Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales", en ESCOBAR HERNÁNDEZ C. (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela diplomática, Madrid, 2000.

OROZCO TORRES L. E., "La criminalización de las guerras de agresión", en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n. 3, 2011.

OTTO TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing, 2008.

PADOVANI T., *Diritto Penale*, Giuffré, Milano, 2002.

PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2 commi 2 e 3 c.p.*, en *Rev. it. der. proc. pen.*, 1982.

PADOVANI, "Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto contravvenzione e illecito amministrativo", en *Cassazione penale*, núm. 3, 1987.

PALAZZO F. C., *Il principio de determinaatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

PALAZZO F. C., *Introduzione ai principi di Diritto Penale*, Giappichelli, Torino.

PANGALANGAN R. C., "Article 24, Non-retroactivity *ratione personae*, General Principles of Criminal Law", en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999.

PASTOR D. R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, 2006.

PEDREIRA GONZÁLEZ, *La Prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Centros de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2004.

PELLET A., "Applicable Law", en CASSESE A.; GAETA P., JONES J.R.W.D. (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. II, Oxford, 2002.

PELLET A., "Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie - poudre aux yeux ou avancée décisive?" en *Revue générale de droit international public*, 1994.

POCAR F., *Interacción de las fuentes de Derecho Penal Internacional*, Milán, 2009, disponible en internet: [http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009\\_4.pdf](http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf).

PRADEL, *Droit Pénal General*, X ed. Paris, 1995.

QUEL LÓPEZ F. J., “La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados”, en ESCOBAR HERNÁNDEZ C., *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.4, Madrid, 2000.

QUEL LÓPEZ F. J., “Los Efectos de la Creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el Orden Interno Español”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen XLVI, 1994.

QUINTANO RIPOLLÉS A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto francisco de Vitoria, Madrid, 1955.

QUINTERO OLIVARES G., “Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996.

QUINTERO OLIVARES G., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Aranzadi, 3 edición, Navarra, 2002.

QUINTERO OLIVARES G., *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor, Aranzadi, ISBN: 978-84-9903-243-6, Navarra, 2009.

QUINTERO OLIVARES G., MORALES PRATS F., MIQUEL PRATS CANUT J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 2002.

RAIMONDO F., “General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunals”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007.

RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, en *Revista de derecho penal y criminología*, ISSN 1132-9955, N° 12, 2014.

RAMOS TAPIA M. I., *Derecho Penal. Parte General*, en ZUGALDÍA ESPINAR J. M., MORENO-TORRES HERRERA M. R., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

REMIRO BROTONS A., “El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: nascetur ridiculus mus”, en CARDONA LLORENS J., PUEYO LOSA J., RODRÍGUEZ-

VILLASANTE Y PRIETO J. L., SOBRINO HEREDIA J. M., (Eds.) AZNAR GÓMEZ M. (Coord.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo*, homenaje al profesor Manuel Pérez González, tomo I, 2012.

RESTREPO MONTOYA H. A., *Los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional*, Perspectivas Internacionales, Cali, Colombia, Julio-Diciembre, 2007. Disponible en internet:

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/viewFile/787/1321>.

RODRÍGUEZ DEVESA J. M., *Derecho Penal español. Parte General*, 14 ed. Dykinson, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ MOURULLO, voz «Legalidad (Principio de)», en *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo XIV, Barcelona, 1971.

RODRIGUEZ VILLASANTE, PRIETO J. L., “Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, en MIÑO y DÁVILA (Eds.), *¿Fuerzas armadas y Derechos Humanos: es posible alcanzar el equilibrio?*, Sevilla, 2000.

ROLING, *The Law the War and the National Jurisdiction since 1945*, RC, 1960-II.

ROMANO C. P. R., NOLLKAEMPER A., KLEFFNER J. K. (Eds.), *International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

RONCO M., “Il principio di legalità”, en RONCO M.,(Ed), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna, 2006.

RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 1998.

ROXIN C., *Derecho Penal – Parte General I*, traducción de Luzón Peña, Díaz, García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, III ed., München, 1992.

RUIZ ROBLEDO A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

RUIZ ROBLEDO A., “El principio de legalidad penal en la Historia Constitucional española”, en *Revista de derecho político*, ISSN 0211-979X, Nº 42, 1996.

SALADO OSUNA A., *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos*, en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000.

SALAND P., *International Criminal Law Principles*, en SEE LEE R. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, 1999.

SALMÓN GÁRATE, GARCÍA SAAVEDRA, “Los tribunales internacionales que juzgan individuos: el caso de los tribunales *ad-hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano”, en *Revista Derecho y Sociedad*, Año 11, n. 15, Perú, 2000.

SANCINETTI, “Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la nación argentina”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Ba- cigalupo*, tomo i, madrid-Barcelona, 2004.

SCHABAS W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3 Edición, Cambridge University Press, 2001.

SCHABAS W. A., “Article 21. Applicable Law”, en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999.

SCHABAS W. A., “Principios generales de Derecho Penal”, en AMBOS K. (Ed.), *Nuevo Derecho Penal Internacional*, México, 2002.

SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, en AMBOS K. y GUERRE-RO O. (Compiladores), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

SCHABAS W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, New York, 2001.

SCHABAS W. A., *Perserve Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice ad the Ad hoc Tribunals*, 11 (3) EJIL 521, 2000.

SCHABAS W. A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Segunda Edición, Cambridge, 1997.

SEE LEE R. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, 1999.

SHRAGA-ZACKLIN, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, en EJIL 1994.

SILVA SÁNCHEZ J. M., "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"", en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 29, N°. 86-87, 2008.

SILVA SÁNCHEZ J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2 Ed., Madrid, 2001.

SLOANE, R., *The cost of conflation: preserving the dualism of jus ad bellum and jus in bello in the contemporary law of war*, The Yale Journal of International Law (Vol. 34), 2009.

SMITH, J. M., *James Fitzjames Stephen: Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge, 1988.

SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Go ma sociappichelli, Torino, 2001.

SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1950.

SPINEDI, *Responsabilità internazionale*, Enciclopedia Giuridica Treccani, 1992.

STAHN, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", en *European Journal of International Law*, n. ° 14, vol. 1, 2003.

STUART D., *Canadian Criminal Law*, Toronto, 1987.

SUNGA L., "La jurisdicción "ratione materiae" de la Corte Penal Internacional (arts. 5° a 10° del Estatuto de Roma)", en AMBOS K., GUERRERO J. O. (Eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

TARANTINO-ROCCO-SCORRANO, *Il processo di Norimberga. Scritti inediti e rari*, Milano, 1999.

THIAM D., *Primer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad*, Doc. A/CN/4/364.

TRINIDAD NUÑEZ N., *La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional* en Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ISSN-e 2346-3120, Vol. 4, N°. 0, 2016.

TRIOLO L., *Legalismo e legalità*, Giappichelli, Torino 2000.

- VALLARDO BERRÓN F. E., *Teoría General del Derecho*, Textos Universitarios, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972.
- VASSALLI G., *La giustizia internazionale penale*, Giuffré, Milano, 1995.
- VASSALLI G., *Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege*, en *Dig. Disc. Pen.*, VIII, UTET, Torino 1994.
- VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, en *Digesto delle discipline penalistiche*, I, Torino, 1987.
- VIDALES RODRIGUEZ C., “El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en COLOMER, CUSSAC, LLORÉNS (Eds.) *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, ISBN: 9788416402816, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- VIVES CHILLIDA J., *La Evolución Jurídica Internacional de los Crímenes contra La Humanidad*, Barcelona y Madrid, 30 de abril de 2004. Disponible en internet: [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003\\_7.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf).
- VON HEBEL H., ROBINSON D., “Crimes within the jurisdiction of the Court”, en LEE R. (Ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*, Kluwer, La Haya, 1999.
- VON LISZT F., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Madrid, Reus, 1926 – 1929.
- WAGNER, *Magna Carta Libertatum von 1215*, Bern, 1951.
- WEDGWOOD R., “National Courts and the Prosecution of War Crimes”, en MC DONALD G. K., SWAAK-GOLMAN O. (Ed.), *Sustantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: Commentary*, Vol. I, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- WERLE G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- WHITE S., “The Making of the New Zealand Criminal Code Act of 1893: A Sketch”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, 1986.
- WILLIAMS G., *Criminal Law, The General Part*, London, 1961.
- WISE E. M., “Extradition: The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim Aut Dedere Aut Judicare”, en *International Review of Penal Law*, 1-2 trimestres, 1991.

WOLITZ D., *Herbert Wechsler, Legal Process, and the Jurisprudential Roots of the Model Penal Code*, en *Tulsa Law Review*, Vol 51, Issue 3, University of Tennessee College of Law, 2016. Disponible en internet: <http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2996>.

WOLSWIJK H. D., *Locus Delicti and Criminal Jurisdiction*, *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVI. 1999.

YEE, "The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13 (b) and 16", en ROY L. (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, *The Hague, Kluwer Law International*, 1999.

ZUGALDÍA ESPINAR J. M., MORENO-TORRES HERRERA M. R., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 4 Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.