

TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

2ª Edición

GERHARD WERLE

*Catedrático Derecho penal, Derecho internacional,
Derecho procesal penal e Historia del Derecho
Universidad Humboldt (Berlín)*

Colaboradores:

FLORIAN JESSBERGER

BORIS BURGHARDT

VOLKER NERLICH

INES PETERSON

GREGORIA P. SUÁREZ

PAUL BORNKAMM

Traducción:

Coordinación:

MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

Traductores:

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

JAIME COUSO SALAS

MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

tirant lo blanch

Valencia, 2011

A) EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. *Ahlbrecht, Heiko*: Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Straftatbestände und der Bemühungen um einen Ständigen Internationalen Strafgerichtshof (1999); *Ambos, Kai*: Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch, Zeitschrift für Rechtspolitik 1996, pag. 263 y ss.; *Ambos, Kai/Othman, Mohamed* (editores), *New Approaches to International Criminal Justice* (2003); *Ambos, Kai*: Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 6; *Bass, Gary Jonathan*: *Stay the Hand of Vengeance, The Politics of War Crimes Tribunals* (2000), pag. 147 y ss.; *Bassiouni, M. Cherif*: *International Criminal Investigations and Prosecutions: From Versailles to Rwanda*, en: Bassiouni, M. Cherif (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición (1999), pag. 31 y ss.; *Bassiouni, M. Cherif*: *The Legislative History of the International Criminal Court*, tomo 1 (2005), pag. 41 y ss.; *Boister, Neil/Cryer, Richard*: *The Tokyo International Military Tribunal, A Reappraisal* (2008); *Bos, Adrian*: *From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998)*, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, tomo 1 (2002), pag. 35 y ss.; *Casey, Lee A.*: *The Internationale Strafrechtsbarkheit im Spannungsfeld von Recht und Politik* (2001), pag. 35 y ss.; *Casey, Lee A.*: *The Case Against the International Criminal Court*, *Fordham International Law Journal* 25 (2002), pag. 840 y ss.; *Cassese, Antonio*: *From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court*, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, tomo 1 (2002), pag. 3 y ss.; *Cassese, Antonio*: *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pag. 317 y ss.; *Cerone, John P.*: *Dynamic Equilibrium: The Evolution of U.S. Attitudes Toward International Criminal Courts and Tribunals*, *European Journal of International Law* 18 (2007), pag. 277 y ss.; *Clark, Roger S.*: *Mixed National and International Courts for the Adjudication of (Mostly) International Crimes*, *Criminal Law Forum* 15 (2004), pag. 467 y ss.; *Crawford, James*: *The Work of the International Law Commission*, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, tomo 1 (2002), pag. 23 y ss.; *Cryer, Robert*: *Prosecuting International Crimes* (2005), pag. 9 y ss.; *Cryer, Robert/Friman, Hakan/Robinson, Darryl/Wilmshurst, Elizabeth*: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2007), pag. 91 y ss.; *Egonda-Ntende, Fredrick*: *Justice After Conflict: Challenges Facing Hybrid Courts: National Tribunals with International Participation, Humanitäre Völkerrecht-Informationsschriften* 2005, pag. 24 y ss.; *Form, Wolfgang*: *Vom Völkermord an den Armeniern bis zum Tokioter Kriegsverbrecherprozess, Entwicklungslinien bei der Abndung von Menschlichkeitsverbrechen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts*, en: Halbrauer, Haimo/Kuretsidis-Haider, Claudia (editores), *Kriegsverbrechen, NS-Gewaltverbrechen und die europäische Strafjustiz von Nürnberg bis Den Haag* (2007), pag. 17 y ss.; *Geiss, Robin/Bulinek, Noëmi*: *International and internationalized criminal tribunals: A synopsis, International Review of the Red Cross* 88 (2006), pag. 49 y ss.; *Graefrath, Bernhard*: *Die Verhandlungen der UN-Völkerrechtskommission zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 104 (1992), pag. 190 y ss.; *Grosse, Christina*: *Der Eichmann-Prozess zwischen Recht und Politik* (1995); *Hankel, Gerd*:

Die Leipziger Prozesse (2003); *Herde, Robert*: Command Responsibility, Die Verfolgung der "Zweiten Garde" deutscher und japanischer Generale im alliierten Prozessprogramm nach dem Zweiten Weltkrieg (2001); *Hollweg, Carsten*: Das neue internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikte, Juristenzeitung 1993, pag. 980 v ss.; *Hosoya, Chituro/Audo, Nisuki/Onuma, Yasuaki/Miner, Richard H.* (editores), The Tokyo War Crimes Trial, An International Symposium (1986); *Jeschek, Hans Heinrich*: The General Principle of International Criminal Law Set Out in Nuremberg as Mirrored in the ICC Statute, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pag. 38 y ss.; *Ipsen, Knut*: Das "Tokyo Trial" im Lichte des seinerzeit geltenden Völkerrechts, en: Herzberg, Rolf Dietrich (editor), Festschrift für Dietrich Oehler (1985), pag. 505 y ss.; *Jeschek, Hans Heinrich*: Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen (1952), pag. 19 y ss.; *Jung, Susanne*: Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse, dargestellt am Verfahren gegen Friedrich Flick (1992); *Kaul, Hans-Peter*: Der Aufbau des Internationalen Strafgerichtshofs, Schwierigkeiten und Fortschritte, Vereinte Nationen 2001, pag. 215 y ss.; *Kaul, Hans-Peter*: Auf dem Weg zum Weltstrafgerichtshof, Verhandlungsstand und Perspektiven, Vereinte Nationen 1997, pag. 177 y ss.; *Kirk McDonald, Gabrielle*: Contributions of the International Criminal Tribunals to the development of substantive international humanitarian law, en: Yee, Sienho/Tieva, Wang (editores), International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li Haopei (2001), pag. 446 y ss.; *Kirsch, Philippe/Robinson, Darryl*: Reaching Agreement at the Rome Conference, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, tomo 1 (2002), pag. 67 y ss.; *Kirsch, Philippe/Oosterveld, Valerie*: The Post-Rome Conference Preparatory Commission, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, tomo 1 (2002), pag. 93 y ss.; *Knoops, Gert-Jan Alexander*: International and Internationalized Criminal Courts: The New Face of International Peace and Security?, International Criminal Law Review 4 (2004), pag. 527 y ss.; *Kress, Claus*: Versailles – Nuremberg – The Hague: Germany and International Criminal Law, The International Lawyer 40 (2006), pag. 15 y ss.; *Kress, Claus*: Versailles – Nuremberg – Den Haag: Deutschland und das Völkerstrafrecht, JZ 2006, 981 y ss.; *Lippman, Matthew*: The other Nuremberg: American Prosecution of Nazi War Criminals in Occupied Germany, Indiana International and Comparative Law Review 1992, pag. 1 y ss.; *McDonald, Gabrielle Kirk*: Contributions of the International Criminal Tribunals to the development of substantive international humanitarian law, en: Yee, Sienho/Wang, Tieva (editores), International Law in the Post-Cold War World: Essays in memory of Li Haopei (2001), pag. 446 y ss.; *McGladrick, Dominic/Rone, Peter/Donnelly, Eric* (editores), The Permanent International Criminal Court (2004); *Merkel, Reinhard*: Das Recht des Nürnberger Prozesses, Gültiges, Fragwürdiges, Überholtes, en: Nürnberger Menschenrechtszentrum (editor), Von Nürnberg nach Den Haag, Menschenrechtsverbrechen vor Gericht, Zur Aktualität des Nürnberger Prozesses (1996), pag. 68 y ss.; *Michellini, Gualtiero/Monetti, Vito*: L'istituzione della Corte Penale Internazionale e i suoi precedenti, en: Lattanzi, Giorgio/Monetti, Vito (editores), La Corte Penale Internazionale (2006), pag. 3 y ss.; *Morris, Virginia/Scharf, Michael P.*: An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, tomo 1 (1995), pag. 17 y ss.; *Morris, Virginia/Scharf, Michael P.*: The International Criminal Tribunal for Rwanda, tomo 1 (1998), pag. 2 y ss.; *Müller, Kai*: Okroyierte Siegerjustiz nach dem Ersten Weltkrieg, Archiv des Völkerrechts 39 (2001), pag. 202 y ss.; *Naucke, Wolfgang*: Bürgerliche Kriminalität, Staatskriminalität und Rückwirkungsverbot, en: Donatsch, Andreas/Forster, Marc/Schwarzenegger, Christian

(editores), Festschrift für Stefan Trechsel (2002), pag. 505 y ss.; *Neubacher, Frank*: Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit (2005); *Oellers-Frahm, Karin*: Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 54 (1994), pag. 416 y ss.; *Oxen, Philip*: Der Tokioter Kriegsverbrecherprozess und die japanische Rechtswissenschaft (2003); *Picciagallo, Philip R.*: The Japanese on Trial, Allied War Crimes Operations in the East, 1945-1951 (1979); *Röling, Bernhard V. A./Cassese, Antonio*: The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger (1993); *Roggenmann, Herwig*: Auf dem Weg zu einem ständigen internationalen Strafgerichtshof, Zeitschrift für Rechtspolitik 1996, pag. 388 y ss.; *Roggenmann, Herwig*: Die internationalen Strafgerichtshöfe, 2ª edición (1998); *Romanio, Cesare P. R./Nollkaemper, André/Kleffner, Jann K.* (editores), Internationalized Criminal Courts, Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia (2004); *Schabas, William A.*: The UN International Criminal Tribunals (2006); *Scharf, Michael P.*: Balkan Justice (1997); *Schwengler, Walter*: Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfrage, Die Strafverfolgung wegen Kriegsverbrechen als Problem des Friedensschlusses 1919/20 (1982); *von Selle, Dirk*: Prolog zu Nürnberg – Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht, Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte 1997, pag. 193 y ss.; *Shary, Yoram*: Does One Size Fit All?: Reading the Jurisdictional Provisions of the New Iraqi Special Tribunal Statute in the Light of the Statutes of International Criminal Tribunals, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pag. 338 y ss.; *Stahn, Carsten*: Justice Under Transitional Administration: Contours and Critique of a Paradigm, Houston Journal of International Law 27 (2005), pag. 311 y ss.; *Taylor, Telford*: Die Nürnberger Prozesse, Hintergründe, Analysen und Erkenntnisse aus heutiger Sicht (1994); *Tomuschat, Christian*: Ein Internationaler Strafgerichtshof als Element einer Weltfriedensordnung, Europa-Archiv 1994, pag. 61 y ss.; *Tomuschat, Christian*: Die Arbeit der I.C.J. im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts, en: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (editores), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen (1995), pag. 270 y ss.; *Tomuschat, Christian*: Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof, Die Friedens-Warte 73 (1998), pag. 335 y ss.; *Tomuschat, Christian*: The Legacy of Nuremberg, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), pag. 830 y ss.; *Triffler, Otto*: Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen des internationalen Tribunals zur Verfolgung der Humanitätsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, Österreichische Juristen-Zeitung 1994, pag. 825 y ss.; *Triffler, Otto*: Der ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum "Rome Statute of the International Criminal Court" vom 17. Juli 1998, en: Gössel, Karl Heinz/Triffler, Otto (editores), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf (1999), pag. 493 y ss.; *Triffler, Otto*: Der lange Weg zu einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 114 (2002), pag. 321 y ss.; *United Nations* (editor), The United Nations and Rwanda 1993-1996 (1996); *Wedgwood, Ruth*: The International Criminal Court: An American View, European Journal of International Law 10 (1999), pag. 93 y ss.; *Werle, Gerhard*: Von der Ablehnung zur Mitgestaltung: Deutschland und das Völkerstrafrecht, en: Dupuy, Pierre-Marie et al. (editores), Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Christian Tomuschat (2006), pag. 655 y ss.; *Werle, Gerhard*: Die Entwicklung des Völkerstrafrechts aus deutscher Perspektive, en: Hankel, Gerd (editor), Die Macht und das Recht – Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts (2008), pag. 97 y ss.; *Wiggenhorn, Harald*: Verliererjustiz, Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse nach dem Ersten Weltkrieg (2005); *Willis, J.F.*: Prologue to Nuremberg, The politics and diplomacy of punishing war

criminals of the first world war (1982); *Zimmermann, Andreas*: Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes, Perspektiven und Probleme vor der Staatenkonferenz in Rom, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998), pág. 47 y ss.; *Zimmermann, Andreas/Scheel, Holger*: Zwischen Konfrontation und Kooperation, Die Vereinigten Staaten und der Internationale Strafgerichtshof, *Vereinte Nationen* 2002, pág. 137 y ss.; *Zimmermann, Andreas*: Das juristische Erbe von Nürnberg – Das Statut des Nürnberger Internationalen Militärtribunals und der Internationale Strafgerichtshof, en: Reginbogin, Herbert R./Safferling, Christoph J. M. (editores), *The Nuremberg Trials – International Criminal Law Since 1945/Die Nürnberger Prozesse – Völkerstrafrecht seit 1945* (2006), pág. 266 y ss.

2. La idea de 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 reflexiones¹. En este proceso, la fundamentación de la responsabilidad penal individual tuvo dos principales obstáculos: por una parte, había que superar la posición defensiva de los Estados frente a cualquier injerencia exterior, anclada en la idea de soberanía. Por otra, se requirió del reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional público. La idea de una responsabilidad individual era extraña al derecho internacional público clásico. Sólo los Estados —y no los individuos— eran considerados sujetos del derecho internacional.

3. Ambos obstáculos pudieron finalmente ser solventados. De este modo, la tendencia general del derecho internacional contemporáneo de reforzar el papel del individuo como sujeto de derecho, favoreció el surgimiento del derecho penal internacional. Sin embargo, sólo los horrores de la dictadura nacionalsocialista ayudaron al derecho penal internacional a abrirse paso. Los crímenes nacionalsocialistas —los más infames del siglo— hicieron aparecer como insoportable la impunidad de los responsables, exigiendo una acción común de la comunidad internacional. Las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial reaccionaron con la creación de Tribunales Penales Internacionales. Tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y el genocidio de los judíos europeos, en los siguientes decenios la opinión pública mundial se vio conmovida una y otra vez por la comisión de crímenes de gran magnitud dirigidos o encubiertos por el Estado. Con la Guerra Fría como telón de

¹ Cfr. acerca de los inicios del derecho penal internacional Bassiouni, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición (1999), pág. 31 y ss.; *Cassese, International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 3 y ss.; cfr. también *Altibrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 19 y ss.; *Jeschek, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 19 y ss.; *Neubacher, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit* (2005), pág. 256 y ss.; *Triffterer, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 321, pág. 327 y ss.

fondo faltó empero la voluntad política necesaria para sancionar penalmente la comisión de delitos con participación o bajo la dirección estatal. Fue sólo al finalizar la Guerra Fría, bajo la impresión de los atroces crímenes en la ex Yugoslavia y en Ruanda, cuando las Naciones Unidas —con renovada determinación— decidieron instituir los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Por tanto, el surgimiento del derecho penal internacional es el resultado de algunos de los capítulos más oscuros de la historia de la humanidad. Además de estas catástrofes fue necesaria, sin embargo, la existencia de condiciones políticas básicas para hacer realidad la idea de un derecho penal de aplicabilidad universal.

4. Tres hitos marcan la senda del derecho penal internacional: su primera aparición tuvo lugar inmediatamente tras el final de la Segunda Guerra Mundial, como “Derecho de Nuremberg”. Su fuente es el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, aplicado por ese Tribunal y confirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Desde mediados de la década de los noventa, el funcionamiento de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda establecidos por las Naciones Unidas reforzó la validez del derecho penal internacional como norma de derecho internacional consuetudinario. Finalmente, el Estatuto (de Roma) de la Corte Penal Internacional (en adelante: Estatuto de la CPI) y el subsiguiente establecimiento de la Corte Penal Internacional en La Haya, representan el apogeo y culminación —provisoria— del proceso de cristalización de las normas de derecho penal internacional. El Estatuto de la CPI, que entró en vigor en 2002, constituye la primera codificación comprensiva del derecho penal internacional. La Corte Penal Internacional entró en funciones en 2003 como el primer foro permanente de justicia penal internacional².

I. Prólogo: el Tratado de Paz de Versalles

5. Los comienzos de una fundamentación de la responsabilidad penal individual en el derecho internacional se encuentran en el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919³. En él se declara:

² Para más detalles, cfr. el número marginal 55 y ss. y el número marginal 235 y ss.

³ Traducido al español en: *Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado*, *El Tratado de Versalles de 1919 y sus Antecedentes*, 2ª edición corregida y aumentada (1928), pág. 235 y ss. En profundidad al respecto, *Bassiouni*, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición (1999), pág. 33 y ss.; *Jeschek*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 41 y ss.; *Schwengler*, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfrage* (1982), pág. 71 y ss.; *von Seltze*, *Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte* 1997,

"Las potencias (sic) aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados".

6. Para el enjuiciamiento del Kaiser debía haberse establecido un tribunal penal internacional⁵. En el Tratado se establecía además, la facultad de los aliados para enjuiciar ante sus propios tribunales militares a los "acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra". Con el objeto de posibilitar lo anterior, el tratado de paz obligaba al Gobierno alemán a extraditar a criminales de guerra⁶ y a prestar asistencia judicial⁷.

7. Hay que destacar los importantes trabajos preparatorios que había realizado la *Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions*⁸ creada por la Conferencia de Paz de París el 25 de enero de 1919. Su mandato cubría el establecimiento de la responsabilidad de los autores de la Guerra; la determinación de la comisión por las fuerzas

pág. 193 y ss.; Willis, Prologue to Nuremberg (1982), pág. 65 y ss. Cfr. además *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999) pág. 38 y ss.; *Kress*, *Juristenzeitung* 2006, pág. 981 y ss.; *Merkel*, en: *Nürnberg: Menschenrechtszentrum* (editor), Von Nürnberg nach Den Haag (1996), 68, pág. 71 y ss. Ya durante la guerra tuvieron lugar distintos procesos contra soldados alemanes ante tribunales militares aliados, en los cuales fue aplicado el "derecho de la nación" con base en el principio de territorialidad y en el principio de personalidad, cfr. *McCormack*, en: *McCormack/Simpson* (editores), *The Law of War Crimes* (1997), 31, pág. 44.

Art. 227.1 del Tratado de Versalles según su traducción al español en: *Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado*, El Tratado de Versalles de 1919 y sus Antecedentes, 2ª edición corregida y aumentada (1928), pág. 235 y ss.

Cfr. art. 227.2 del Tratado de Versalles según su traducción al español en: *Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado*, El Tratado de Versalles de 1919 y sus Antecedentes, 2ª edición corregida y aumentada (1928), pág. 235 y ss. El tribunal constaría de 5 jueces nombrados por Estados Unidos de América, Reino Unido, Francia, Italia, y Japón. El art. 228.1 y el art. 229.1 del Tratado de Versalles preveía tribunales militares de composición internacional para el caso de delitos cometidos en contra de ciudadanos de distintos Estados.

Art. 228.2 Tratado de Versalles. Hasta qué punto esta obligación conforme al acuerdo de paz del Reich alemán podría haber sido cumplida *de lege lata*, teniendo en consideración la situación legal alemana (el § 9 del Código Penal del Reich alemán (RS(GB) prohibía la extradición de nacionales alemanes), es cuestionable.

Art. 230 del Tratado de Versalles.

El Informe de la Comisión se encuentra publicado en: *American Journal of International Law* 14 (1920), pág. 95 y ss.; *Walter Schweigler* tiene el mérito de haber trabajado comprensivamente los materiales de la Comisión, que eran de difícil acceso, en lengua alemana. Su principal obra al respecto es: *Versailler Vertrag und Auslieferungsfraage* (1982), pág. 90 y ss. En mayor detalle sobre el mandato y resultados de la Comisión *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 28 y ss.; además de *Merkel*, en: *Nürnberg: Menschenrechtszentrum* (editor), Von Nürnberg nach Den Haag (1996), 68, pág. 71 y ss.

armadas alemanas y sus aliados de infracciones de las leyes y los usos de la guerra; el establecimiento de la responsabilidad de estas infracciones del derecho bélico, y la elaboración de propuestas para la creación de un tribunal para enjuiciar a los responsables¹⁰. El catálogo de tipos delictivos perseguibles elaborado por la Comisión¹¹ incluía los crímenes en contra de la santidad de los tratados; los crímenes contra la moral internacional; la violación de las leyes de la Humanidad; y los crímenes de guerra "stricto sensu", es decir, las violaciones de los Convenios de La Haya, del Convenio de Ginebra de la Cruz Roja de 1864 y de las normas reconocidas del derecho de guerra marítima. Una orientación para el posterior desarrollo del derecho penal internacional demostró ser el listado de crímenes de guerra individuales, entre ellos asesinato, masacre, terror sistemático, maltratos a la población civil, hambuna intencional de la población civil, deportación de civiles, bombardeo intencional de hospitales y saqueos. Esta lista de violaciones del derecho internacional humanitario está recogida, entre otros, en el art. 6 b) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

8. El innovador y sumamente ambicioso modelo sancionador del Tratado de Versalles no llegó sin embargo a implementarse. No se llegó a la creación de un tribunal internacional¹². Al ex emperador alemán se le concedió asilo en los Países Bajos¹³, nunca se le juzgó. El enjuiciamiento de los criminales de guerra mediante tribunales militares aliados fracasó por la tenaz negativa por parte alemana de extraditar¹⁴ a las personas identificadas¹⁵.

¹⁰ Cfr. *Schweniger*, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfraage* (1982), pág. 91.

¹¹ En profundidad, *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 32 y ss. El catálogo de 32 tipos penales está impreso en su traducción alemana en *Schweniger*, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfraage* (1982), pág. 100 y ss., y *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 34.

¹² Sobre esto, y sobre los ulteriores esfuerzos realizados en el período de entreguerras en aras del establecimiento de una corte penal internacional, cfr. *Dommedieu de Vabres*, *Les Principes Modernes du Droit Pénal International* (1928), pág. 403 y ss.

¹³ Holanda, que hoy decididamente promueve el reclamo a extraditar al Kaiser alemán: "Si en el futuro la Liga de las Naciones estableciera una jurisdicción internacional, que estuviera facultada, en caso de una guerra, para administrar justicia sobre los hechos previamente caracterizados y sancionados como crímenes en un Estatuto, entonces Holanda se unirá a este nuevo orden de cosas", cfr. nota de respuesta del gobierno holandés a la petición de extradición de los aliados y potencias asociadas concerniente al antiguo Kaiser alemán de 21 de enero de 1920, impresa en *Grewe* (editor), *Historiae Iuris Gentium*, tomo 3/2 (1992), n° 95.

¹⁴ En mayor profundidad al respecto, sobre todo en cuanto al trasfondo político interno *Schweniger*, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfraage* (1982), pág. 233 y ss.; cfr. también *von Selle*, *Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte* 1997, 193, pág. 194.

¹⁵ La lista de extradición entregada a la delegación negociadora alemana el 3 de febrero de 1920 en París, se refería a cerca de 900 responsables "de las más graves violaciones de las leyes y usos de la guerra", entre ellos, numerosos jefes superiores y comandantes de tropas, cfr. *Schweniger*, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfraage* (1982), pág. 303;

9. Los procesos penales finalmente llevados a cabo en forma sustitutiva ante el Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) con sede en Leipzig ("juicios de Leipzig"¹⁶), con los cuales los Aliados se habían declarado de acuerdo *volens*¹⁷, fueron más bien procesos simulados, con el fin de satisfacer a las potencias vencedoras, que un intento serio de sancionar a los criminales de guerra¹⁸. Consecuentemente pobres fueron los resultados de estos juicios.

10. Mediante la Ley para la Persecución de Crímenes y Delitos de Guerra (*Gesetz zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und Kriegsvergehen*) de 18 de diciembre de 1919¹⁹, la Asamblea Nacional alemana había creado una base jurídica específica para el enjuiciamiento de crímenes de guerra. Según ella, el Tribunal Supremo del Reich era competente como única instancia para la persecución de crímenes o delitos que hubieran cometido alemanes durante la Guerra, hasta el 28 de junio de 1919; ya sea en el interior del país o en el extranjero, contra ciudadanos o contra el patrimonio de países enemigos (§ 1). Ante este Tribunal se celebraron un total de 907 procesos basados en las listas de extradición de las potencias aliadas; otros 837 procesos los inició el Tribunal Supremo del Reich por propia iniciativa²⁰. Sin embargo, sólo en 13 casos se alcanzó la fase del juicio oral. En nueve procesos, concluidos con una sentencia final, se pronunciaron diez condenas y seis absoluciones. Ni siquiera las penas allí impuestas fueron cumplidas en su totalidad, en ningún caso. Al disminuir el interés de las potencias vencedoras, el resto de procesos fue sobreseldado, y dos condenados fueron absueltos en un dudoso procedimiento de revisión²¹.

Bassiouni, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición (1999), 31, pág. 34.

16 Para más detalles, vid. Cassese et al. (editores), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), pág. 407 y ss.; Hankel, *Die Leipziger Prozesse* (2003); Kress, *The International Lawyer* 40 (2006), 15, pág. 16 y ss.; Müller, *Archiv des Völkerrechts* 39 (2001), pág. 202 y ss.; Schwengler, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfrage* (1982), pág. 344 y ss.; von Selle, *Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte* 1997, 193, págs. 196 y ss., 201; Wiggerhorn, *Verlierejustiz* (2005).

17 En mayor profundidad, Schwengler, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfrage* (1982), 317, pág. 322 y ss.

18 Cfr. también von Selle, *Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte* 1997, 193, pág. 201.

19 Boletín Oficial del Reich (RGBl.) 1919, pág. 2125.

20 Cfr. *Altbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafrechtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 42 y s.

21 Especial atención concentró el proceso penal con motivo del hundimiento del barco hospital británico "Llandovery Castle" y de dos botes de rescate con náuticos que pudieron salvarse antes del hundimiento por el submarino U 86. El Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) condenó a los dos oficiales en servicio por participación en homicidio, a 4 años de prisión cada uno. Pero en un procedimiento de revisión, en el que el Comandante del submarino se declaró "único culpable", ambos condenados fueron también puestos en libertad. Cfr. al respecto Hankel, *Die Leipziger Prozesse* (2003), pág. 300 y ss.; von Selle, *Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte* 1997, 193, págs. 199 y 201; Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 65 y ss.

11. Los Juicios de Leipzig tuvieron una importancia meramente indirecta para el desarrollo del derecho penal internacional²², puesto que los procedimientos ante el Tribunal Supremo del Reich fueron conducidos sobre la base del derecho penal alemán. En los pocos casos en los que se llegó a un veredicto de culpabilidad, se aplicaron los tipos penales del Código Penal del Reich. Sin embargo, por lo menos para fundamentar la antijuridicidad, el Tribunal Supremo recurrió al derecho internacional.

12. Como resultado puede resumirse que en la práctica no tuvo lugar persecución penal de los crímenes de derecho internacional cometidos por alemanes durante la Primera Guerra Mundial²³. No obstante, no debe ser minusvalorada la importancia de los modelos de sanción previstos en el Tratado de Paz de Versalles. Por vez primera se reconoció de forma expresa en un tratado internacional la idea de una responsabilidad penal individual en el derecho internacional. Con ello se asentaron los cimientos sobre los que pudo construirse tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial.

13. Ampliamente infructuosos fueron también los esfuerzos por castigar penalmente las deportaciones masivas y los asesinatos de cientos de miles de miembros de la minoría cristiana armenia en Turquía desde 1915²⁴. Ya en 1915 las Potencias aliadas habían declarado de forma inequívoca que responsabilizarían personalmente por los crímenes a todos los miembros del gobierno otomano²⁵. Consecuentemente, el Tratado de Paz de Sevres, firmado en 1920 y que sin embargo nunca entró en vigor, preveía expresamente la obligación de entregar a los responsables a un tribunal aliado o internacional, no especificado²⁶. Finalmente, los enérgicos pronunciamientos de los Aliados no tuvieron consecuencias²⁷. A

22 En mayor detalle, sobre el significado de los procesos por crímenes de guerra de Leipzig para el desarrollo del derecho internacional von Selle, *Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte* 1997, 193, pág. 203 y ss.

23 Cfr. también *Altbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafrechtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 44.

24 En mayor detalle, Akçam, *Armenien und der Völkermord* (1996); *Dadrian*, *Yale Journal of International Law* 14 (1989), pág. 221 y ss.; *Herde*, *Command Responsibility* (2001), pág. 58 y ss.

25 Cfr. *Willis*, *Prologue to Nuremberg* (1982), pág. 26: "In view of these crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announce publicly to the Sublime Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes all members of the Ottoman Government and those of their agents who are implicated in such massacres".

26 Cfr. art. 230 del Tratado de Paz de Sevres, reimpreso en: *American Journal of International Law* 15 (1921), suplemento 179.

27 En cambio, en un primer momento, transcurrieron promisoriamente los procesos penales llevados a cabo por Turquía. Al respecto, con mayor detalle, Akçam, *Armenien und der Völkermord* (1996), pág. 77 y ss. El primer proceso contra un grupo de antiguos miembros del Gobierno (el denominado Proceso Takaat-Pascha) se inició el 28 de abril de 1919 ante la Corte Marcial en Estambul. El proceso penal y la acusación se basaron en los tipos penales generales del Código Penal otomano. En el proceso se imputaron en total 17 penas de muerte por participación en el genocidio de los armenios, 3 de ellas fueron ejecutadas. En el denominado Proceso Yozgat contra tres cargos políticos acusados de la deportación

causa de reparos tanto jurídicos²⁸ como de poder político²⁹, no tuvo lugar una acción común de las Potencias vencedoras ni la creación de un tribunal internacional.

II. La irrupción: el derecho de Nuremberg y Tokio

14. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ("Charter of the International Military Tribunal") convenido en el Acuerdo de Londres³⁰ por las Potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial el 8 de agosto de 1945, puede caracterizarse como el acta de nacimiento del derecho penal internacional. La principal declaración del Estatuto es la siguiente: los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad fundamentan su punibilidad directamente en el derecho internacional. Para el derecho internacional, este enfoque era revolucionario: por primera vez se perseguía efectivamente a personas como consecuencia de su responsabilidad en crímenes de derecho internacional; de forma efectiva, estarían sujetos a responsabilidad penal. A este respecto el pasaje posiblemente más conocido de la sentencia del Tribunal Militar Internacional reza:

"Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced"³¹.

y asesinato de más de 30.000 armenios en el distrito de Yozgat, se pronunció una condena de muerte; uno de los imputados fue condenado a una pena de prisión de 15 años; y un tercero logró huir. Sin embargo, los esfuerzos de persecución penal en Turquía encontraron un subido final con el reforzamiento del movimiento nacionalista turco de principios de los años 20.

El aspecto más cuestionado por los expertos jurídicos fue si las masacres realmente podían clasificarse como un crimen de guerra; amplios sectores opinaban que se trataba de un asunto interno de Turquía, en la que no cabía valoración o castigo desde el exterior. Cfr. el informe en: *Willis*, Prologue to Nuremberg (1982), I pág. 57.

Cfr. al respecto *Willis*, Prologue to Nuremberg (1982), pág. 156 y s. Además, *Dadrian*, Yale Journal of International Law 14 (1989), pág. 281 y ss.

Acuerdo sobre la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del eje; el Estatuto del TMI es un apéndice de este acuerdo. El texto está impreso en *American Journal of International Law* 39 (1945), suplemento, 257; y su traducción al español en: *Quintano Ripollés*, Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, tomo I (1955), pág. 406 y ss. Aún antes de la conclusión del Juicio de Nuremberg contra los principales responsables de crímenes de guerra, otros 19 Estados se adhieron a este Acuerdo, cfr. *Ipsen*, en: *Ipsen* (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 42 número marginal 13. Con mayor profundidad acerca del Acuerdo y su historia, *Willbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 65 y ss.

TMI, sentencia de 1 de octubre de 1946, en: *The Trial of German Major War Criminals*, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, parte 22 (1950), pág. 447 y ss.

15. Los principios del Estatuto del Tribunal Militar Internacional no sólo tuvieron aplicación en Nuremberg, sino también en los procesos por crímenes de guerra que tuvieron lugar en Tokio³², y forjó sus contornos a través de los numerosos procesos posteriores que tuvieron lugar en las zonas de ocupación. Hoy se reconoce al derecho de Nuremberg el carácter de derecho internacional consuetudinario; los tipos penales contenidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg conforman la base del derecho penal internacional material.

I. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional y su aplicación

a) La creación del Tribunal Militar Internacional

16. El Acuerdo de Londres, concluido por las potencias vencedoras en 1945 preveía la creación de un Tribunal Militar Internacional "para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieron una localización geográfica particular"³³. Estos principales criminales de guerra ("major war criminals") debían ser juzgados según las disposiciones del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo. Los criminales de guerra cuyos delitos pudieran ser referidos al territorio de un Estado determinado, debían en cambio ser juzgados por el Estado en cuestión. Para aquellos crímenes de guerra cometidos por alemanes dentro de las fronteras del Reich alemán, serían competentes los tribunales aliados o de ocupación³⁴.

17. Los Aliados habían aprendido la lección de los infructuosos esfuerzos por sancionar los crímenes de guerra de la Primera Guerra Mundial. Esta vez, la persecución penal por

³² El Estatuto del TMI para el Lejano Oriente concuerda prácticamente a la letra con las disposiciones del Estatuto del TMI. Se encuentra impreso en: *Pritchard/Zuide* (editores), *The Tokyo War Crimes Trial, The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East in Twenty-two Volumes* (1981), tomo I. Su versión en español se encuentra impresa en Pignatelli y Meca, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional* (2003), pág. 68 y ss.

³³ Art. 1 del Acuerdo de Londres, en: *Quintano Ripollés*, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, tomo I (1955), pág. 407. Cfr. sobre la (controvertida) naturaleza jurídica del Tribunal Militar Internacional. Cfr. *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 69 y ss.; *Jeschek*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 148 y ss., pág. 168.

³⁴ Según la Declaración Final de la Conferencia de Potsdam de 2 de agosto de 1945 los Comandantes en Jefe de las 4 potencias ocupantes estaban legitimados —en su zona respectiva— para ejercer el poder de gobierno en Alemania. Al mismo tiempo se formó un Consejo de Control Aliado. Cfr. Proclamación n° 1 del Consejo de Control de 30 de agosto de 1945.

tribunales internacionales se preparó con antelación y fue llevada a cabo con el necesario entusiasmo³⁵. Una importante base de los juicios criminales conducidos por los Aliados tras la Segunda Guerra Mundial fueron los resultados de las investigaciones realizadas por la —desde un punto de vista actual, equivocadamente³⁶— denominada *United Nations War Crimes Commission* (UNWCC), instituida en 1942³⁷. Esta comisión, que contaba con miembros de distintos países, tenía el encargo de recoger pruebas sobre la perpetración de crímenes de guerra. Además, en la *Declaración (de Moscú) sobre las atrocidades cometidas por los alemanes*³⁸, el Reino Unido, los Estados Unidos y la Unión Soviética habían manifestado ya en octubre de 1943, su férrea voluntad de perseguir los crímenes ya conocidos, cometidos por la parte adversa: "those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for, or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions, will be sent back to countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries". Respecto de los principales responsables, las ulteriores potencias vencedoras tampoco dejaron duda sobre sus intenciones: "The above declaration is without prejudice to the case of the major criminals, whose offences have no particular geographical localization and who will be punished by the joint decision of the Governments of the Allies".

b) Las normas del Estatuto del Tribunal Militar Internacional

18. De los tipos penales listados en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, el primero es el de los crímenes contra la paz. Estos incluyen la planificación, la preparación y la conducción de una guerra de agresión. Como crímenes de guerra, el Estatuto penaliza las violaciones de las leyes y usos de la guerra. Mientras que la punibilidad de los crímenes de guerra sirve de protección a los extranjeros, el tipo penal de los crímenes de lesa humanidad comprende también los crímenes cometidos contra los propios nacionales. Con esto, el ámbito de aplicación del derecho internacional se extiende también al interior del Estado. La idea básica del tipo delictivo de los crímenes de lesa humanidad es la siguiente: determinados ataques contra individuos pasan a tener dimensión internacional cuando los mismos se dirigen

³⁵ Cfr. acerca del desarrollo durante la guerra, *Jeschek, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 121 y ss.

³⁶ La denominación se remonta a una conferencia que tuvo lugar en el año 1942 en Washington, y en la que los aliados participantes se denominaron "United Nations". Cfr. *Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 62.

³⁷ Al respecto *Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 63; *Bassiouni*, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición (1999), 31, pág. 39 y s.; *Jeschek, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 128 y ss.

³⁸ *Declaration of German atrocities (Moscu)*, impresa en: *American Journal of International Law* 38 (1944), suplemento 7.

sistemáticamente en contra de una determinada población civil. En el contexto de aquel tiempo, el ejemplo más paradigmático de este nuevo tipo delictivo era el genocidio, que, sin embargo, no fue denominado así ni en el Estatuto ni en la sentencia del Tribunal Militar Internacional.

19. En cambio, no se mantuvo en el futuro el castigo del crimen de organización, es decir, el castigo de la pertenencia a organizaciones o asociaciones cuyo carácter criminal había sido comprobado por el Tribunal Militar Internacional (art. 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional), que es en todo caso cuestionable desde el punto de vista del principio de culpabilidad.

20. El Estatuto destaca expresamente que la legalidad interna de un crimen no es un obstáculo para su persecución penal. Más bien, la punibilidad es independiente de si la conducta es contraria al derecho del país en el que se ha realizado. Por ello es consecuente que, conforme dispone el art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, tampoco exima de pena el cargo oficial que detente el autor del delito. Otra consecuencia es que tampoco el actuar bajo órdenes exime de pena, sino que puede sólo atenuarla³⁹.

c) La sentencia del Tribunal Militar Internacional

21. Tras una sesión de apertura en Berlín el 18 de octubre de 1945, el proceso del Tribunal Militar Internacional "contra Göring y otros" se inició el 20 de noviembre de 1945 en Nuremberg⁴⁰. En total 24 personas fueron acusadas, de las cuales sin embargo solo 21 pudieron ser llevadas a juicio. *Robert Ley* eludió la persecución penal suicidándose. *Gustav Krupp* fue declarado incapaz para ser sometido a juicio y contra *Martin Bormann* debió procederse *in absentia*. El Tribunal estaba compuesto por un juez de cada una de las cuatro potencias vencedoras, además de un sustituto para cada uno (art. 2 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional). El Tribunal adoptaba sus decisiones por mayoría de sus integrantes, de modo que para un veredicto de culpabilidad se necesitaba del voto afirmativo de al menos tres miembros del Tribunal. La fiscalía estaba compuesta también por un representante de cada uno de los cuatro Estados (art. 14 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional). Contra la sentencia del Tribunal no cabía recurso alguno (art. 26 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional).

22. El 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946 el Tribunal Militar Internacional pronunció su sentencia, que todavía hoy es de una importancia central

³⁹ Art. 8 del Estatuto del TMI

⁴⁰ Todo el proceso fue registrado oficialmente, y publicado en una documentación de 23 volúmenes, cfr. *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany* (1950). Resumidamente, *Ginsburg/Kudriavtsov* (editores), *The Nuremberg Trial and International Law* (1990); *Taylor, Die Nürnberger Prozesse* (1992).

en los ámbitos histórico y jurídico. Sobre la base de exhaustivas diligencias de prueba, la sentencia pasa revista concisamente a la historia y sobre todo a los crímenes del Tercer Reich. Al mismo tiempo, las reglas de derecho penal internacional incorporadas al Estatuto del Tribunal Militar Internacional fueron precisadas y refinadas. El punto principal —y al mismo tiempo el punto débil— de la sentencia, lo constituye la fundamentación de la punibilidad internacional de la guerra de agresión, que en esencia se derivó del Tratado General de Renuncia a la Guerra de 27 de agosto de 1928 (conocido como Pacto Briand-Kellogg)⁴¹. En relación con los crímenes de lesa humanidad, el Tribunal expresó que ya desde antes de la Guerra opositores políticos habían sido asesinados y apresados; en este contexto se hizo también mención a la persecución de los judíos. El Tribunal, no obstante, requirió —a partir del texto literal del art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (“cometidos [...] en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal”)— una relación entre los crímenes de lesa humanidad y un crimen de guerra o la guerra de agresión. Para muchos de los actos cometidos antes de la guerra, esta conexión no pudo ser probada.

23. En total, doce de los acusados fueron condenados a muerte (Göring, von Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Fick, Streicher, Jodl, Seyss-Inquart, Bormann), tres de los acusados fueron condenados a cadena perpetua (Hess, Funk, Roeder), cuatro fueron condenados a penas de prisión de entre 10 y 20 años (Dönitz, von Schirach, Speer, von Neurath) y tres acusados fueron absueltos (Schacht, von Papen, Fritzsche). Cuatro grupos fueron declarados organizaciones criminales⁴².

d) Valoración contemporánea a los hechos y valoración actual

24. La valoración jurídica y política del actuar de las Potencias vencedoras tras el fin de la Segunda Guerra Mundial continuó siendo un foco de controversia⁴³.

⁴¹ El Acuerdo entró en vigor el 24 de julio de 1929, también para el Reich alemán. Cfr. RGBl. 1929 II, pág. 97. Su texto en inglés está disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imbpaact.htm> (sitio visitado en enero de 2010).

⁴² El cuerpo de líderes políticos y del personal del partido nacionalsocialista, la Gestapo, el Servicio de Seguridad (SD), la Seguridad Estatal regular (SS) y la Waffen-SS.

⁴³ Cfr. en mayor profundidad sobre las objeciones Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), pág. 149 y ss.; Bassiouni, en: Hankel/Stuby (editores), International Criminal Law (2003), pág. 404 y ss.; Bassiouni, en: Burchard, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), pág. 800 y ss.; Dahm/Delbrück/Wolfgram, Völkerrecht, national Criminal Justice 4 (2006), pág. 1030 y ss.; Ipsen, en: Ipsen (editor), Völkerrecht, 5ª edición (2004), § 42 número marginal 17 y ss.; Kress, The International Lawyer 40 (2006), 15, pág. 20 y ss.; Merkel, en: Nürnberger Menschenrechtszentrum (editor), Von Nürnberg nach

Las dos objeciones principales frente al modelo de Nuremberg se refieren, por un lado, a su legitimidad política, y, por el otro, a su legitimidad jurídica. Los reproches de una “justicia de los vencedores” se alimentaron sobre todo de la circunstancia de que jamás se llevaron a cabo juicios penales por los crímenes de guerra cometidos por los Aliados⁴⁴; se presentaba el interrogante de si los principales responsables de las Potencias del Eje debían comparecer ante un tribunal por el hecho de haber iniciado y desarrollado una guerra de agresión o por el solo hecho de haberla perdido. Desde un punto de vista jurídico se critica principalmente la violación de la prohibición de penas retroactivas, prohibición aceptada también en principio por el Tribunal Militar Internacional⁴⁵.

25. Las opiniones se dividen en torno al tema de si todos los crímenes juzgados por el Tribunal Militar Internacional eran punibles en virtud del derecho internacional consuetudinario al tiempo de su comisión⁴⁶. Indiscutible resulta en primer lugar el hecho de que el castigo de los crímenes de guerra tenía una segura base jurídica en el derecho vigente en la época en la que ocurrieron los hechos. Respecto de los crímenes de lesa humanidad, es incuestionable el hecho de que los crímenes individuales allí mencionados —como el homicidio, las detenciones ilegales, la tortura y la violación— eran punibles en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos al tiempo de los hechos. En este sentido, no era criticable la punibilidad de estos hechos en sí, sino su persecución como crímenes de lesa humanidad y la criminalización de las conductas directamente a partir del derecho internacional. También se podía fundamentar el origen de la punibilidad de los crímenes de lesa humanidad en un principio general del derecho, como fuente reconocida del derecho internacional⁴⁷.

Den Haag (1996), 69, pág. 78 y ss.; Tomuschat, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), pág. 830 y ss.; Werle, en: Dupuy et al. (editores), Festschrift Tomuschat (2006), 655, pág. 657 y ss.; Zimmermann, en: Reginbogin y Safferling (editores), The Nuremberg Trials (2006), pág. 266 y ss. Una crítica actual a los efectos prejudiciales del Acuerdo de Londres y de la Sentencia de Nuremberg se encuentra en Albrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert (1999), pág. 96.

⁴⁴ Cfr. Bassiouni, en: Bassiouni (editor), International Criminal Law, tomo 3, 2ª edición (1999), 31, pág. 45.

⁴⁵ Al respecto Ipsen, en: Ipsen (editor), Völkerrecht, 5ª edición (2004), § 42 número marginal 22; Merkel, en: Nürnberger Menschenrechtszentrum (editor), Von Nürnberg nach Den Haag (1996), 68, pág. 80 y ss.

⁴⁶ Cfr. la discusión en Bassiouni, Introduction to International Criminal Law (2003), pág. 408 y ss.; Dahm/Delbrück/Wolfgram, Völkerrecht, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1031 y ss.; Kittchaisaree, International Criminal Law (2001), pág. 44.

⁴⁷ Así se manifestaron los representantes de la acusación británica y francesa en el Juicio de Nuremberg: “If murder, rapine, and robbery are indictable under the ordinary municipal laws of our countries, shall those who differ from the common criminal only by the extent and systematic nature of their offenses escape accusation?”; vid. International Military

26. Las principales objeciones se dirigieron contra la penalización de los crímenes contra la paz⁴⁸. Si bien el Tribunal fundamentó de modo convincente la antijuricidad que desde el punto de vista del derecho internacional tenía la guerra de agresión, el salto desde esta antijuricidad (internacional) de la guerra de agresión a su punibilidad hubiese sin embargo requerido de una mejor fundamentación. A este respecto el Tribunal sólo expresó:

"In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy [en el Pacto Briand-Kellogg] necessarily involved the proposition that such a war was illegal in international law; and that those who planned and waged such a war, with its inevitable and terrible consequences, were committing a crime in so doing"⁴⁹.

Tribunal at Nuremberg, en: *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*, Germany, segunda parte, pág. 46. "I think [...] that this body of Crimes against Humanity constitutes, in the last analysis, nothing less than the perpetration for political ends and in a systematic manner, of common law crimes such as theft, footing, ill treatment, enslavement, murders, and assassinations, crimes that are provided for and punishable under the penal laws of all civilized states"; *vid. International Military Tribunal at Nuremberg*, en: *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*, Germany, cuarta parte, pág. 34. En este sentido, *Dahm/Delbrück/Wolfgramm, Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1032; *Fletcher, The Grammar of Criminal Law - Volume One: Foundations* (2007), pág. 81 y ss.; *Ipsen*, en: *Herzberg* (editor), *Festschrift für Oehler* (1985), pág. 513; *Tonuschat, Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 830, pág. 835. En relación con las deportaciones desde Estonia en 1949, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido recientemente que la punibilidad de los crímenes contra la humanidad fue reconocida de forma universal en 1949 como un principio general del derecho; *cf. TEDH, Kolk y Kislyvi vs. Estonia*, decisión de 17 de enero de 2006, número 23052/04 y 24018/04, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/doclib/press/press.do?skin=hudoc-en> (visitada en enero de 2010); *vid.*, a este respecto, *Cassese, Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 410 y ss.

Cf. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), pág. 190 (los crímenes contra la humanidad y contra la paz representarían "fases previas" hacia un verdadero derecho penal internacional, a saber, "la criminalización por parte de las potencias ocupantes de infracciones jurídicas que están reconocidas como tales en el derecho internacional"). *Cf. también Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafrechtswissenschaft im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 95; *Bassiouni, Introduction to International Criminal Law* (2003), pág. 408 y ss.; *Dahm/Delbrück/Wolfgramm, Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1033; *Kress, 40 The International Lawyer* 40 (2006), 15, pág. 21 y ss. Para una perspectiva crítica, véase también *Ipsen*, en: *Herzberg* (editor), *Festschrift für Oehler* (1985), 505, pág. 512; *Tonuschat, Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 830 y ss.

TMI, sentencia de 1 de octubre de 1946, en: *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*, Germany, parte 22 (1950), pág. 445 y ss. Concordante *Dahm/Delbrück/Wolfgramm, Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1035: "La persecución penal de la guerra de agresión es finalmente, la consecuencia lógica de la prohibición de la guerra".

A favor de esta deducción de la punibilidad de la guerra de agresión a partir de su antijuricidad conforme al derecho internacional⁵⁰ puede por lo menos argumentarse que tradicionalmente en el derecho internacional bélico las infracciones más graves se han considerado punibles, sin que se hubiese declarado expresamente su punibilidad.

27. Posteriormente, los principios desarrollados y aplicados por el Tribunal Militar Internacional han sido repetidamente confirmados como derecho internacional vigente. Por tanto, la cuestión de si en Nuremberg sólo se constató un derecho ya existente o se creó uno nuevo, tiene sólo valor desde el punto de vista de la historia del derecho internacional. En relación con la posible infracción del principio de irretroactividad penal, actualmente habría que constatar objetivamente que la prohibición de retroactividad no tiene la función de eximir de pena en casos de abuso de poder contrario al derecho internacional⁵¹.

28. Hoy está fuera de dudas que el Derecho de Nuremberg constituye derecho internacional consuetudinario⁵². En Nuremberg se llevó a cabo lo que fracasó tras la Primera Guerra Mundial. Desde entonces, la punibilidad de los injustos más graves pasó irrefutablemente a constituir parte del orden jurídico internacional.

2. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y su Aplicación

29. La primera confirmación del derecho penal internacional aplicado en Nuremberg tuvo lugar en el segundo proceso contra los principales responsables de crímenes de guerra de la Segunda Guerra Mundial, llevado a cabo en Tokio entre 1946 y 1948⁵³.

⁵⁰ *Cf.* el número marginal 1328 y ss.

⁵¹ *Cf.* al respecto *Merkel*, en: *Nürnberger Menschenrechtszentrum* (editor), *Von Nürnberg nach Den Haag* (1996), 69, pág. 78 y ss.; *Naucke*, en: *Donatsch/Forstner/Schwarzenegger* (editores), *Festschrift für Trechsel* (2002), 505, pág. 511; *Werle, Neue Juristische Wochenschrift* 2001, pág. 3001 y ss.

⁵² *Cf.*, entre otros, *Dahm/Delbrück/Wolfgramm, Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1036.

⁵³ El protocolo de las audiencias y la sentencia se encuentran en una documentación de 22 volúmenes, *cf. Pritchard/Zaitse* (editores), *The Tokyo War Crimes Trial* (1981). *Cf.* acerca del proceso en sí *Boister/Cryer, The Tokyo International Military Tribunal* (2008); *Brackman, The Other Nuremberg* (1989); *Ipsen*, en: *Herzberg* (editor), *Festschrift für Oehler* (1985), pág. 505 y ss.; *Picciagallo, The Japanese on Trial* (1979); *Pritchard*, en: *Bassiouni* (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición (1999), pág. 109 y ss.; *Reising/Cassese, The Tokyo Trial and Beyond* (1993); resumidamente *Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen*

30. El objeto del proceso fue la agresiva política de guerra de Japón hasta 1945. Fueron acusados los mandos directivos políticos y militares, en total 28 antiguos generales y políticos japoneses. Empero, la acusación contra el Tenno, el emperador japonés, se omitió por motivos de oportunidad política.

31. A diferencia del Juicio de Nuremberg, la base jurídica para el juicio de Tokio en contra de los criminales de guerra no fue un tratado internacional, sino un decreto del Comandante en Jefe de las fuerzas aliadas, Douglas MacArthur, de 19 de enero de 1946. Por este medio se instituyó el Tribunal y se estableció el derecho aplicable ("Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente")⁵⁴. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional sirvió de modelo para este Estatuto. Su núcleo lo conformaban los tipos penales de Nuremberg, es decir, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad⁵⁵. La estructura del Tribunal se diferenciaba en algunos puntos del Tribunal de Nuremberg, en particular muchos más Estados estaban representados en el banquillo de los jueces⁵⁶.

32. Las objeciones contra los fundamentos jurídicos y la jurisprudencia del Tribunal Militar, que en este proceso fueron compartidas por algunos jueces⁵⁷,

Strafgerichtsbankheit im 20. Jahrhundert (1999), pág. 103 v ss.; Cassese et al. (editores), The Oxford Companion to International Criminal Justice (2009), pág. 535 y ss.; Osten, Der Tokioter Kriegsverbrecherprozess und die japanische Rechtswissenschaft (2003), pág. 22 y ss.

⁵⁴ El decreto disponía que "the constitution, jurisdiction and functions of this Tribunal are those set forth in the Charter of the International Military Tribunal for the Far East, approved by me this day", cfr. *Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers* de 19 de enero de 1946, impreso en Pritchard/Zaide (editores), The Tokyo War Crimes Trial, tomo 1 (1981).

⁵⁵ El art. 5 del Estatuto del TMI para el Lejano Oriente se correspondía, prácticamente de forma literal con el art. 6 del Estatuto del TMI. A diferencia del Tribunal de Nuremberg, el Tribunal de Tokio sólo tenía competencia sobre personas imputadas (por lo menos) por crímenes contra la paz; sobre otras diferencias, cfr. *Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbankheit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 107 y s.; Cassese, en: Röling/Cassese, The Tokyo Trial and Beyond (1979), 1, pág. 2 y s.

⁵⁶ Estaban representados todos los Estados frente a los que Japón había declarado la capitulación (junto a Estados Unidos y el Reino Unido, también la Unión Soviética, Australia, China, Francia, Canadá, Holanda y Nueva Zelanda), así como India y Filipinas, que habían sufrido especialmente a causa de la política expansionista japonesa. El presidente del Tribunal, a diferencia de Nuremberg, no fue elegido por los Estados participantes, sino que fue nombrado por el Comandante en Jefe de las fuerzas armadas aliadas (art. 3). Igual cosa ocurrió con el Fiscal conforme al art. 8.

⁵⁷ El Juez francés, holandés y el indio votaron en contra de la sentencia del TMI para el Lejano Oriente. Sus objeciones se referían centralmente a la falta de reconocimiento jurídico internacional que tendrían los fundamentos jurídicos. Por ejemplo, los crímenes contra la paz no habrían sido punibles conforme al derecho internacional vigente. En mayor pro-

se correspondieron con las ya expresadas en contra del Juicio de Nuremberg⁵⁸. Pero el Tribunal las desestimó, apoyándose en la sentencia de Nuremberg. El proceso finalizó con la condena de todos los acusados. Junto a siete condenas capitales se dictaron 16 cadenas perpetuas, una condena de prisión de 20 años y otra de 7 años⁵⁹. Con ello, las condenas resultaron más rigurosas que las de Nuremberg.

3. La Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado

33. En el período de posguerra el derecho penal internacional aplicado en Nuremberg y en Tokio fue validado y precisado en numerosos procesos ante tribunales (militares) nacionales⁶⁰. Algunos de estos procesos fueron documentados por la *United Nations War Crimes Commission* en una extensa recopilación⁶¹.

34. La Ley n° 10 sobre el Castigo de Personas que sean culpables de haber cometido Crímenes de guerra, Crímenes contra la Paz o Crímenes contra la Humanidad de 20 de diciembre de 1945 (Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado)⁶² tenía una importancia sobresaliente como fundamento jurídico común para el procedimiento en las cuatro zonas de ocupación. Mediante esta norma el

fundidad sobre este tema *Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbankheit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 120 y s.

⁵⁸ Resumidas en *Bassiouni*, en: Bassiouni (editor), International Criminal Law, tomo 3, 2ª edición (1999), 31, pág. 47 y ss.; Cassese, International Criminal Law, 2ª edición, (2008), pág. 319 y ss.; Ipsen, en: Herzberg (editor), Festschrift für Oehler (1985), pág. 506 v s.; Osten, Der Tokioter Kriegsverbrecherprozess und die japanische Rechtswissenschaft (2003), pág. 129 y ss.

⁵⁹ La sentencia esta impresa en: Pritchard/Zaide (editores), The Tokyo War Crimes Trial, tomo 20 (1981).

⁶⁰ Cfr. al respecto también *Rückert, NS-Verbrechen vor Gericht*, 2ª edición (1984), pág. 98 y ss.; *Herde, Command Responsibility* (2001); cfr. sobre la persecución de los crímenes de guerra en otros países del Este de Asia, Osten, Der Tokioter Kriegsverbrecherprozess und die japanische Rechtswissenschaft (2003), pág. 22 y ss.

⁶¹ Cfr. *United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, 15 tomos (1947-1949).

⁶² La Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado (Official Gazette Control Council for Germany n° 3 de 31 de enero de 1945, pág. 50 y s.) servía al objetivo de "give effect to the terms of the Moscow Declaration [...] and the London Agreement [...] and the Charter issued pursuant thereto and [...] to establish a uniform legal basis in Germany for the prosecution of war criminals and other similar offenders, other than those dealt with by the International Military Tribunal". Para la aplicación de esta norma se crearon tribunales militares en las zonas de ocupación. Cfr. al respecto, por ejemplo, la Ordenanza n° 7 de 18 de octubre de 1946 del gobierno militar en la zona americana.

Consejo de Control Aliado recogió el modelo sancionador del Juicio de Nuremberg contra principales criminales de guerra y lo mejoró.

35. Siguiendo el modelo del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, el art. II de la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado incluía los tipos delictivos de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En relación con los crímenes de lesa humanidad, cabe destacar una mejora que tuvo efectos permanentes en el derecho penal internacional: la de dejar de exigir una conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz, como la prevista en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional⁶³. Esta ley fue aplicada también por tribunales alemanes en los casos en que, con arreglo al art. III de la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado, la competencia para llevar a cabo procesos penales les fue prorrogada por las Potencias ocupantes británica, francesa y soviética.

36. De entre los numerosos procesos penales nacionales cabe destacar doce procesos que fueron llevados a cabo ante tribunales militares estadounidenses después del Juicio de Nuremberg, hasta mediados de 1949 (*Nürnberg Nachfolgeprozesse*⁶⁴), en adelante denominados procesos sucesivos al Juicio de Nuremberg⁶⁵. Cada uno de los doce procesos se concentraba en un grupo de autores. Fueron acusados representantes de la profesión médica, de la Administración de Justicia, de las fuerzas armadas, de la economía y de la industria, así como dirigentes del Estado y del Partido Nacionalsocialista. Las sentencias se encuentran publicadas en una recopilación propia⁶⁶ y hasta hoy influyen en el derecho penal internacional.

37. En concreto se trataba del denominado "Medical Trial" (contra *Brandt* y otros); del proceso contra el General Mariscal de Campo *Milch* por su participación en el programa de armamento de guerra, del denominado "Justice Trial" (*Aistötter* y otros)⁶⁷; del proceso contra los miembros de las oficinas administrativas y económicas de la SS que sostenían la administración de los campos de concentración (*Pohl* y otros); del proceso en contra del industrial *Flick* y otros; del denominado proceso "IG Farben" (contra *Krauch* y otros); del proceso por el asesinato de rehenes (*List* y otros); del proceso contra los colaboradores de la Oficina de la Raza y de Asentamientos (*RuSHA, Greifelt* y otros); del proceso contra las

⁶³ Al respecto, cfr. el número marginal 789.

⁶⁴ Sobre esta expresión *Altlibrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert (1999), pág. 97.

⁶⁵ Cfr. al respecto, *Hippman*, Indiana International and Comparative Law Review 3 (1992), pág. 1 y ss.; además de *Altlibrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert (1999), pág. 98 y ss.

⁶⁶ Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (1997).

⁶⁷ Al respecto *Peschel-Gutzait* (editora), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947 (1996).

tropas de asalto, denominado "Einsatzgruppen Trial" (*Oehlendorf* y otros); del proceso contra el grupo industrial *Krupp* y otros; del denominado "Ministries Trial" contra altos representantes del Estado nacionalsocialista (*von Weizsäcker* y otros), así como del denominado "High Command Trial" contra altos oficiales del ejército (contra *von Leeb* y otros).

38. De gran importancia para el desarrollo del derecho penal internacional fue asimismo la jurisprudencia el Tribunal Superior de la Zona Británica, que durante los años 1948 a 1950 contribuyó en numerosas decisiones a la interpretación de la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado y con ello al desarrollo progresivo del derecho penal internacional⁶⁸.

III. Confirmación e inactividad: el derecho penal internacional durante la Guerra Fría

39. Durante los decenios siguientes los tipos delictivos y principios formulados en Nuremberg fueron reforzados por numerosas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por decisiones de la Corte Internacional de Justicia, así como por informes y proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

40. Por medio de la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho penal internacional codificados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y aplicados por las sentencias de dicho Tribunal⁶⁹. Mediante la resolución 177 (II) de 21 de diciembre de 1947 se encargó a la Comisión de Derecho Internacional⁷⁰ la preparación de una codificación de crímenes de derecho internacional y principios contenidos en el Estatuto y en la sentencia de Nuremberg. El Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los denominados Principios de Nuremberg resalta sobre todo el reconocimiento de su naturaleza de

⁶⁸ Con mayor profundidad al respecto *Rüping*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, pág. 355 y ss.

⁶⁹ Cfr. ONU Doc. A/RES/95 (I) (1946) ("La asamblea general [...] [c]onfirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto de Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal"); además *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1038 y s.

⁷⁰ Según el art. 13.1 a) de la Carta de la ONU, la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para "fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación". La Comisión de Derecho Internacional, establecida en 1947 por Naciones Unidas, tiene la misión de codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional. Los 34 miembros elegidos por la Asamblea General son representantes destacados en sus materias. En mayor detalle *Tomuschat*, Vereinte Nationen 1988, pág. 180 y ss.

derecho internacional consuetudinario⁷¹. En 1954 la Comisión de Derecho Internacional presentó el primer proyecto para un "Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad". Posteriores proyectos se sucedieron en 1991 y 1996⁷².

41. Paralelamente se produjo otro desarrollo, consistente en la transferencia de parte del derecho penal internacional consuetudinario al derecho internacional de los tratados. De entre los de mayor relevancia sobresalen el *Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*⁷³ de 9 de diciembre de 1948 así como los Cuatro *Convenios de Ginebra*⁷⁴ de 12 de agosto de 1949, incluidos sus dos Protocolos Adicionales⁷⁵ de 8 de junio de 1977.

42. En la práctica estatal y de la comunidad internacional, los mensajes de Nuremberg y Tokio, tuvieron en un principio una resonancia sólo esca-

⁷¹ *Comisión de Derecho Internacional, Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, período comprendido entre el 5 de junio y el 29 de julio de 1950, ONU Doc. A/1316, pág. 11 y ss. Cfr. además, *Alibrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 135 y ss.

⁷² Con mayor detalle sobre la contribución de la Comisión de Derecho Internacional al desarrollo del derecho penal internacional, *Tomuschat*, en: Hunkel/Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen* (1995), pág. 270 y ss.; *Crawford*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), pág. 23 y ss.

⁷³ El Convenio entró en vigor el 12 de enero de 1951. Es generalmente aceptado que el Convenio sobre Genocidio es parte del derecho internacional consuetudinario; está publicado como anexo de la resolución 260 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) y en 75 UNTS (1949), pág. 277 y ss.; cfr. *CJL*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*), ICJ Reports 1951, 15, pág. 23.

⁷⁴ *I. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña* (75 UNTS (1949), pág. 31 y ss.); *II. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náuticos de las Fuerzas Armadas en el Mar* (75 UNTS (1949), pág. 85 y ss.); *III. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* (75 UNTS (1949), pág. 135 y ss.); *IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (75 UNTS (1949), pág. 287 y ss.). Todos ellos están disponibles en <http://www.icrc.org/spa> (visitada en enero de 2010).

⁷⁵ *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I), 8 de junio de 1977 (1125 UNTS (1977), pág. 3 y ss.); *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional* (Protocolo II), 8 de junio de 1977 (1125 UNTS (1977), pág. 609 y ss.). Ambos Protocolos están disponibles en <http://www.ihrc.org/spa> (visitada en enero de 2010).

sa⁷⁶. Durante decenios, no se consideró la idea de instaurar tribunales penales internacionales y la aplicación de normas de derecho penal internacional a través de órganos judiciales nacionales fue sólo excepcional⁷⁷.

43. En resumen, la situación hasta comienzos de la década de los noventa del siglo XX era paradójica. Por un lado, los fundamentos jurídicos del derecho penal internacional se encontraban ampliamente aliados y el Derecho de Nuremberg se había consolidado. Pero, por otro lado, faltaba la disposición y capacidad de los Estados y de la comunidad internacional para dar vida a estos principios y aplicarlos⁷⁸.

IV. Renacimiento: el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc de las Naciones Unidas

44. Tras el fin de la Guerra Fría, a principios de la década de los noventa las Naciones Unidas activaron su sistema de mantenimiento de la paz. Este desarrollo llevó al renacimiento del derecho penal internacional, que algunos ya daban por muerto. La ocasión para reactivar también en la práctica el De-

⁷⁶ Cfr. *Ipsen*, en: *Ipsen* (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 42 número marginal 26, y la sobria toma de posición de *van den Wyngaert*, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición (1999), pág. 217 y ss. Cfr. por ejemplo, respecto de los (pocos) procesos penales llevados a cabo con motivo de crímenes norteamericanos cometidos en la guerra de Vietnam, *Alibrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 152 y ss.; *Ipsen*, en: *Ipsen* (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 42 número marginal 26. – Escéptico sobre la viabilidad futura del derecho penal internacional se muestra *Ipsen*, en: *Herzberg* (editor), *Festschrift für Oehler* (1985), pág. 515 y *Jeschke/Weigend, Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición (2002), pág. 131 y s.

⁷⁷ Tales excepciones fueron, por ejemplo, el Proceso en Jerusalén contra *Eichmann* (District Court of Jerusalem, sentencia de 12 de diciembre de 1961, en: *International Law Reports* 36 (1968), pág. 5 y ss. y Supreme Court, sentencia de 29 de mayo de 1962, en: *International Law Reports* 36 (1968), pág. 277 y ss.), el proceso francés contra *Barbie* (Francia, Cour de Cassation, sentencia de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984, 20 de diciembre de 1985, en: *International Law Reports* 78 (1988), pág. 124 y ss. y Cour de Cassation, sentencia de 3 de junio de 1988, en: *International Law Reports* 100 (1995), pág. 331 y ss.), el proceso canadiense contra *Finia* Ontario Court of Appeal, sentencia de 20 de abril de 1992, en: *International Law Reports* 98 (1994), pág. 520 y ss. y Supreme Court of Canada, sentencia de 24 de marzo de 1994, en: *International Law Reports* 104 (1997), pág. 284 y ss.) y el proceso australiano *Polyukhovich* (Australia, High Court, sentencia de 14 de agosto de 1991, en: *International Law Reports* 91 (1993), pág. 1 y ss.; *Commonwealth Law Reports* 172 (1991), pág. 501).

⁷⁸ Para una síntesis de la política de los Estados Unidos frente a los primeros esfuerzos de las Naciones Unidas en pos de la creación de un tribunal penal internacional, véase *Cerone*, *European Journal of International Law* 18 (2007), 277, pág. 285 y ss.

recho de Nuremberg vino dada por las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde inicios de los noventa y por las masacres a la minoría tutsi en Ruanda.

45. Esta vez no fueron las Potencias vencedoras tras el final de un conflicto militar, sino las Naciones Unidas, quienes forzaron la aplicación del derecho penal internacional. Como medidas para "mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales"⁷⁹, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció dos tribunales penales internacionales como órganos subsidiarios⁸⁰. La base jurídica de estos Tribunales no es —a diferencia los Tribunales Militares Internacionales instituidos también *ad hoc* en Nuremberg y Tokio— un tratado internacional, sino una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas según el Capítulo VII de la Carta de la ONU⁸¹. Una consecuencia directa de este modelo es la fuerte posición de estos Tribunales frente a los Estados: el art. 25 de la Carta de la ONU, en conjunto con las resoluciones, obliga a todo Estado a cooperar con los Tribunales, existiendo incluso mecanismos de cumplimiento forzoso de esta obligación. Asimismo, está prevista expresamente en los estatutos la competencia prioritaria de estos Tribunales Penales Internacionales frente a los órganos judiciales nacionales, incluidos los del Estado en los que se hayan cometido los delitos⁸².

46. Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda han reforzado la validez del derecho penal internacional como norma de derecho internacional consuetudinario⁸³. En ambos estatutos está clara la pretensión de reproducir el "núcleo duro" del derecho penal internacional vigente⁸⁴.

⁷⁹ Cfr. art. 39 de la Carta de la ONU.

⁸⁰ Cfr. arts. 39 y ss. 29 y 7.2 de la Carta de la ONU.

⁸¹ Para el TPIY: ONU Doc. S/RES/827 (1993), para el TPIR: ONU Doc. S/RES/955 (1994). Cfr. sobre la solidez de esta base jurídica TPIY, decisión de 10 de agosto de 1995 (Tadić, TC), parág. 1 y ss.; vid. además *Alibechić*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 242; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 326 y ss.; *Hollweg*, *Justizzeitung* 1993, 980, pág. 982; *Tomuschat*, *Europa-Archiv* 1994, 61, pág. 64; *Triffler*, *Österreichische Juristen-Zeitung* 1994, 825, pág. 828 y ss. No obstante, crítico *Schmalenbach*, *Archiv des Völkerrechts* 36 (1998), 285, pág. 289.

⁸² Cfr. art. 9 del Estatuto del TPIY y art. 8 del Estatuto del TPIR: "shall have primacy over national courts". Cfr. además, TPIY, sentencia de 10 de agosto de 1995 (Tadić, TC), parág. 41.

⁸³ Cfr. al respecto Werle, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 808, pág. 814.

⁸⁴ Así se indica en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas de 3 de mayo de 1993 sobre el Estatuto del TPIY. "El Consejo de Seguridad no estaría creando normas de derecho internacional [...], sino que [...] se encargaría únicamente de aplicar el derecho

1. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

47. Las marcadas tensiones entre las minorías étnicas que vivían en la República Federal de Yugoslavia —existentes ya desde la muerte de Tito en el año 1980— se intensificaron con el colapso de los Estados socialistas vecinos, hasta llegar a ser uno de los más graves conflictos en el continente europeo durante el siglo pasado. Después de que Croacia y Eslovenia declararan su independencia en 1991, también la mayoría de la población de Bosnia votó en un referéndum a favor de independizarse de la República Federal de Yugoslavia. Hasta los Acuerdos de Paz de Dayton en el año 1995 se cometieron masivamente crímenes de derecho internacional en el territorio de la antigua Yugoslavia. La poco feliz expresión "limpieza étnica" al igual que el nombre de las ciudades de Sarajevo y Srebrenica alcanzaron en este contexto una triste notoriedad⁸⁵. Desde 1998 se amplió el conflicto a la región de Kosovo habitada por una mayoría de procedencia albanesa.

48. En la resolución 808 de 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas afirmó que la paz internacional se encontraría amenazada por los sucesos en la antigua Yugoslavia. Como resultado se llegó a una intervención militar por tropas de la OTAN legitimadas por las Naciones Unidas. Tempranamente tuvo eco en el Consejo de Seguridad la opinión de que, a la vista de los crímenes contra el derecho internacional, la estabilización duradera de la región sólo podría alcanzarse si las medidas militares para el restablecimiento de la paz eran flanqueadas por el castigo de los responsables. El 3 de mayo de 1993 el Secretario General de las Naciones Unidas presentó —a petición del Consejo de Seguridad— un informe sobre la viabilidad de crear un tribunal penal de las Naciones Unidas⁸⁶.

49. Con la resolución 827 de 25 de mayo de 1993 el Consejo de Seguridad decidió "establecer un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz, y con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional"⁸⁷.

humanitario existente". Cfr. ONU Doc. S/25704, pfo. 29; para más detalles vid. *Burghardt*, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatensystem* (2008), pág. 27 y ss.

⁸⁵ Cfr. sobre el trasfondo y curso del conflicto, entre otros, *Baer*, *Der Zerfall Jugoslawiens im Lichte des Völkerrechts* (1995); *Calic*, *Der Krieg in Bosnien-Herzegowina* (1995); *Samary*, *Die Zerstörung Jugoslawiens* (1995); *Zülich* (editor), "Ethische Säuberung" – Völkermord für Großserbien (1993); sumariamente al respecto *Möller*, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof* (2003), pág. 170 y ss.

⁸⁶ ONU Doc. S/25704 (1993).

⁸⁷ En la resolución, el Consejo de Seguridad se refiere a "violaciones generalizadas y flagrantes del derecho humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex Yugoslavia [...] inclusive los reportes de asesinatos en masa, las detenciones y violaciones de mujeres masivas (sic), organizadas y sistemáticas y la continuación de la práctica de la 'depuración étnica'". – Sobre la institución y la práctica del TPIY cfr. el número marginal 270 y ss., así como *Ackernaut/O'Sullivan*, *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for*

50. Los crímenes en contra del derecho internacional cuya persecución y enjuiciamiento competen al Tribunal están determinados en los arts. 2 a 5 del Estatuto del TPIY. Se trata de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad; de los llamados "crímenes fundamentales" del derecho internacional (*core crimes*)⁸⁸ sólo quedan excluidos los crímenes contra la paz. En el ámbito de la Parte General, este Estatuto sigue ampliamente las reglas del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

51. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha contribuido sustancialmente a alcanzar una mayor precisión y desarrollo del derecho penal internacional. En primer lugar, es de resaltar la asimilación del derecho penal aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales⁸⁹. En consecuencia, las normas del derecho penal internacional bélico encuentran una amplia aplicación también en guerras civiles⁹⁰. Respecto de los crímenes de lesa humanidad, este Tribunal ha confirmado que la conexión con los crímenes de guerra, aún prevista en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, no es exigible según el derecho internacional consuetudinario⁹¹. Además, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha precisado en numerosos aspectos los tipos delictivos de los crímenes de lesa humanidad y del genocidio⁹².

the Former Yugoslavia (2000); *Bassiouni/Mankas*, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1996); *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), págs. 1130 y ss.; *Hollweg Juristenzeitung* 1993, págs. 980 y ss.; *Jones/Powles*, *International Criminal Practice* (2003); *Mattaura*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005); *Oellers-Frahm*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 54 (1994), págs. 416 y ss.; *Roggenmann*, *Die internationalen Strafgerichtshöfe*, 2ª edición (1998), págs. 60 y ss.; *Scharf*, *The UN International Criminal Tribunals* (2006), págs. 13 y ss.; *Scharf*, *Balkan Justice* (1997); *Tomuschat Europa-Archiv* 1994, págs. 61 y ss.; *Triffterer*, *Osterreichische Juristen-Zeitung* 1994, págs. 825 y ss.

⁸⁸ Sobre este concepto número marginal 84.

⁸⁹ Resulta fundamental al respecto, TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC) parágrafo 6 y ss.

⁹⁰ Con mayor detalle número marginal 977.

⁹¹ La formulación del art. 5 del Estatuto del TPIY, según la cual, sólo existe competencia del Tribunal para los crímenes de lesa humanidad "cuando hayan sido cometidos [...] durante un conflicto armado" había dado lugar a nuevas dudas. Según la jurisprudencia del Tribunal el sentido de esta expresión es, sin embargo, "that the act be linked geographically as well as temporarily with the armed conflict". Cfr. TPIY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreskić et al., TC), parágrafo 546; además TPIY, sentencia de 15 de julio 1999 (Tadić, AC), parágrafo 249. Para más detalles, cfr. el número marginal 796.

⁹² Cfr. al respecto *Linders*, en: Chiavario (editor), *La justice pénale internationale entre passé et avenir* (2003), págs. 223 y ss.; *Meske*, en: Chiavario (editor), *La justice pénale internationale entre passé et avenir* (2003), págs. 173 y ss.; Cfr. además *Kirk McDonald*, en: *Sienho Yee/Wang Tiewa* (editores), *International Law in the Post-Cold War World* (2001), págs. 446 y ss.

52. Mientras que las reglas procesales y de prueba del Tribunal Militar Internacional⁹³ sólo contenían regulaciones rudimentarias, y en alguna medida cuestionables desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho (pena de muerte, imposibilidad de recurso, procedimientos *in absentia*), el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia dispone de un derecho procesal desarrollado acorde con los principios del Estado de Derecho. Este se encuentra regulado en su Estatuto y es precisado en extensas reglas de procedimiento y prueba⁹⁴.

2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

53. En 1995, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituyó, a través de la resolución 955, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. La institución de este Tribunal, al igual que la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, tuvo lugar por medio de una medida coercitiva del capítulo VII de la Carta de la ONU⁹⁵. Así la comunidad internacional reaccionó al genocidio que en pocos meses de 1994 había cobrado la vida de alrededor de un millón de personas en Ruanda⁹⁶. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no fue sólo el modelo para la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sino que además comparte con éste varios aspectos institucionales. Así, hasta 2003 ambos Tribunales Penales contaban con una única fiscalía⁹⁷; desde el 15 de septiembre de ese año, en cambio, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda tiene su propio Fiscal General, *Hassan Babacar Jallow*. Por su parte, las respectivas Salas de Apelaciones están integradas por jueces de ambos Tribunales.

⁹³ Cfr. art. 16 y ss. del Estatuto del TMI (traducido al español en: *Quintano Ripollés*, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, tomo I (1955), págs. 408 y ss.) y las Reglas de Procedimiento del TMI de 29 de octubre de 1945.

⁹⁴ Art. 15 y ss. del Estatuto del TPIY. Las reglas de procedimiento adolecen, eso sí, de un cierto déficit en cuanto a su legitimación, puesto que las reglas son fijadas y continuamente modificadas por el propio Tribunal. Sobre las reglas de procedimiento y prueba, véase *Boas*, en: *Boas/Scharf* (editores), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (2003), págs. 1 y ss.

⁹⁵ Cfr., sobre la institución y la práctica del TPIR, número marginal 283 y ss., así como *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), págs. 1138 y ss.; *Morris/Scharf*, *The International Criminal Tribunal for Rwanda* (1998); *Roggenmann*, *Die Internationalen Strafgerichtshöfe*, 2ª edición (1998), págs. 156 y ss.; *Scharf*, *The UN International Criminal Tribunals* (2006), págs. 24 y ss.

⁹⁶ Cfr. *Leave None to Tell the Story*, *Genocide in Rwanda* (1999); Resumidamente, *Möller*, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof* (2003), págs. 195 y ss.

⁹⁷ Cfr. art. 15.3 del Estatuto del TPIR.

54. La competencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se extiende al enjuiciamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, siempre que las conductas hubieren tenido lugar entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Sobre todo en cuanto al desarrollo del tipo delictivo de genocidio, el Tribunal realizó un trabajo pionero⁹⁸.

V. Consolidación: el Estatuto de Roma y el establecimiento de la Corte Penal Internacional

55. La entrada en vigor del Estatuto de Roma y la institución de una Corte Penal Internacional (permanente) constituyen, hasta la fecha, el último hito en la evolución del derecho penal internacional⁹⁹.

1. Los esfuerzos para la institución de un tribunal penal internacional permanente durante el siglo XX

56. Los esfuerzos para la creación de un tribunal penal internacional permanente se remontan al tiempo anterior a la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁰. En el marco de la Liga de las Naciones, un primer intento de crear un tribunal penal internacional permanente para la persecución de delitos terroristas fracasó en 1937. Si bien la *Convention pour la création d'une Cour pénale internationale* de

⁹⁸ Fundamental al respecto, TPIR, sentencia de 2 de septiembre 1998 (Akayesu, TC). Con mayor profundidad al respecto, número marginal 717 y ss.

⁹⁹ Cfr. entre las abundantes publicaciones sobre la CPI y su Estatuto, el comentario de Triffterer (2008), así como la obra de Cassese/Gaeta/Jones (editores), *Rome Statute of the International Criminal Court* (2002), de formato similar a un comentario. Cfr. además, *Ambos, Neue juristische Wochenschrift* 1998, pág. 3743 y ss.; *Bauer-Schäfer*, *Der Internationale Strafgerichtshof* (2001); Cassese, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 328 y ss.; *Jeschke*, en: *Bernmann/Spinellis* (editores), *Festschrift für Mangakis* (1999), pág. 492 y ss.; *Kress*, en: *Grützner/Pötz* (editores), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, tomo 4, 2ª edición (2006), comentario previo al par. III 26, número marginal 8 y ss.; *Sadat*, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law* (2002); *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª edición (2007); *Tomuschat*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), pág. 335 y ss.; Triffterer, en: Gossel/Triffterer (editores), *Gedächtnisschrift für Zipf* (1999), pág. 493 y ss.; Triffterer, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 321, pág. 345 y ss.

¹⁰⁰ En profundidad sobre la evolución hasta el presente *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 143 y ss.; *Basstouni*, *The Legislative History of the International Criminal Court*, tomo 1 (2005), pág. 41 y ss.

16 de noviembre de 1937 fue firmada por 13 Estados, jamás entró en vigor¹⁰¹. Sólo tras una nueva Guerra Mundial y la exitosa realización de los procesos en contra de los criminales de guerra en Nuremberg y Tokio, los esfuerzos para la creación de un tribunal penal internacional recibieron un nuevo impulso.

57. Ya la Convención sobre el Genocidio de 1948 preveía en su art. VI, junto a la persecución penal a través del Estado donde se cometiera el delito, la competencia persecutoria de un tribunal penal internacional. Por ello, con la aprobación de la Convención sobre el Genocidio, la Asamblea General de la ONU solicitó a la Comisión de Derecho Internacional "examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio"¹⁰². Tras el voto afirmativo de la Comisión de Derecho Internacional¹⁰³, una subcomisión designada por el Comité Jurídico de la Asamblea General presentó un "Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional"¹⁰⁴. Según este proyecto, el tribunal sería competente para el enjuiciamiento de los casos en que, en general, un tratado internacional así lo dispusiera, así como para los casos individuales que le fueran sometidos por los Estados partes del tratado. En 1954 se presentó una versión revisada del proyecto de la Asamblea General. Sin embargo, el rápido deterioro de la situación política mundial impidió la continuación de los trabajos¹⁰⁵. El 11 de diciembre de 1957, la Asamblea General decidió suspender las discusiones sobre la codificación del derecho penal internacional y sobre el estatuto de un tribunal penal internacional hasta que

¹⁰¹ La base de esta Convención fue un proyecto elaborado por el internacionalista rumano *Vespasian Pella* que preveía una competencia facultativa, en un principio, sólo para actos criminales terroristas, así como la aplicación prioritaria por el tribunal del derecho del Estado de comisión del delito, en primer término, cfr. *Jeschke*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 117 y ss.; *Triffterer*, en: *Gossel/Triffterer* (editores), *Gedächtnisschrift für Zipf* (1999), 493, pág. 512. – Durante el período de entre-guerras fueron sobre todo las asociaciones científicas, en particular, la *International Law Association* y la *Association International de Droit Pénal*, las que dirigieron sus esfuerzos a la creación de un tribunal penal internacional permanente. En profundidad sobre el desarrollo hasta Nuremberg *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 46 y ss.; *Basstouni*, *Introduction to International Criminal Law* (2003), pág. 393; *Triffterer*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 321, pág. 345 y ss.

¹⁰² ONU Doc. A/RES/31260 (1948); cfr. además *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 138 ss.

¹⁰³ ONU Doc. GAOR, 5ª sesión, suplemento 12 (A/1316, 1950).

¹⁰⁴ Cfr. *Comité de las Naciones Unidas para una Jurisdicción Penal Internacional*, Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional. Su versión en inglés está impresa en el *American Journal of International Law* 46 (1952), suplemento, pág. 1 y ss. y en *Basstouni* (editor), *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History* (1998), pág. 741 y ss. Cfr. en profundidad al respecto, *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 140 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit* im 20. Jahrhundert (1999), pág. 143 y ss.

se alcanzara una definición sobre el crimen de agresión¹⁰⁶, lo que se logró sólo en 1974¹⁰⁷. Como consecuencia, la Comisión de Derecho Internacional retomó en primer lugar su trabajo concerniente al derecho penal internacional material. En 1989, por iniciativa de Trinidad y Tobago, la Asamblea General otorgó a la Comisión el mandato de estudiar nuevamente la creación de un tribunal penal internacional permanente¹⁰⁸.

58. Sólo con el ambiente político mundial más favorable tras el fin de la Guerra Fría se logró un avance decisivo en los trabajos para la creación de un tribunal penal internacional. En un plazo breve de tiempo la Comisión de Derecho Internacional preparó un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional¹⁰⁹ que fue presentado en 1994 a la Asamblea General¹¹⁰. Ésta nombró un Comité Especial sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (*ad hoc Committee*)¹¹¹ que en 1995 presentó un informe, en el que no se contempla la distinción entre las normas procesales y de organización del tribunal, alojadas en un "estatuto" y las disposiciones jurídico-materiales contenidas en un "código". Desde entonces, tanto las reglas sobre el establecimiento y la competencia

¹⁰⁶ ONU Doc. A/RES/12/1186 (1957). Ahí se dispone: "La Asamblea General, [c]onsiderando que el proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad [...] plantea problemas relacionados con el de la definición de la agresión, [...] 1. Decide aplazar el examen de la cuestión relativa al proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad hasta cuando la Asamblea General se ocupe nuevamente de la cuestión de la definición de la agresión". En la res. 12/1187 del mismo día, la Asamblea General decidió lo mismo en relación con los trabajos para la creación de una justicia penal internacional ("aplazar" el examen de la cuestión de la jurisdicción penal internacional). ONU Doc. A/RES/29/3314 (1974), anexo, en especial art. 3. Cfr. también el número marginal 1369.

¹⁰⁷ ONU Doc. A/RES/44/39 (1989): La Asamblea General "[p]ide a la Comisión de Derecho Internacional que, al examinar en su 42º período de sesiones el tema titulado 'Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad', se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que puedan ser tipificados en dicho código, incluidas las personas que participan en el tráfico transfronterizo de estupefacientes, y que dedique particular atención a esta última cuestión en su informe sobre ese período de sesiones". Cfr. además ONU Doc. A/RES/47/33 (1992) y A/RES/48/31 (1993).

¹⁰⁸ La adopción del texto del proyecto ocurrió en la 46ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional el 23 de noviembre de 1994; cfr. al respecto el Informe la Comisión a la Asamblea General, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994, volumen II, segunda parte, págs. 19 y ss.; en más detalle, *Crawford*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), págs. 23 y ss. y *Graefrath*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 104 (1992), págs. 190 y ss. Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1994 I, Part 2, págs. 26 y ss.

¹⁰⁹ ONU Doc. A/RES/49/53 (1994); 50/46 (1995) y 51/207 (1996). Cfr. al respecto el Informe del Comité Especial para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional ONU Doc. A/50/22 (1995); *Bos*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), págs. 35 y ss.

de un tribunal penal internacional como los tipos penales están contenidas en un único documento. Tras la presentación del informe del Comité Especial, la Asamblea General instituyó un Comité Preparatorio¹¹², encargado de elaborar proyectos de texto con miras a una Conferencia de Estados¹¹³.

2. La Conferencia de Plenipotenciarios de Roma

59. Entre el 16 de junio y el 17 de julio 1998 Naciones Unidas convocó en Roma una conferencia internacional para la elaboración del estatuto para una corte penal internacional¹¹⁴. En Roma se encontraban representados más de 160 Estados; 17 organizaciones intergubernamentales y alrededor de 250 organizaciones no gubernamentales atendieron y observaron las deliberaciones. El objeto de las negociaciones fue el proyecto elaborado por el Comité Preparatorio (Proyecto Final de Estatuto para la CPI)¹¹⁵, que en 116 artículos con 1.400 propuestas de enmiendas, y cerca de 200 opciones, preveía la creación de una corte penal internacional permanente.

60. Desde el comienzo existieron dos posiciones divergentes¹¹⁶. El grupo de "Estados afines" (*like-minded*), entre ellos, Australia, Canadá, y Alemania, trabajaban por la rápida creación de un tribunal fuerte y lo más independiente posible. En el otro frente se encon-

¹¹² El Comité Preparatorio no debe ser confundido con la Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission*). Cfr. sobre la denominada "PrepCom" el número marginal 67.

¹¹³ Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/RES/51/207 (1996), suplemento. Cfr. al respecto *Kaul*, *Verante Nationen* 1997, págs. 177 y ss. En los siguientes dos años el texto fue corregido en numerosas ocasiones, hasta que finalmente se alcanzó el texto definitivo que fue la base de la Conferencia de Roma (Proyecto Final de Estatuto de la CPI, ONU Doc. A/AC.249/1998/L.13). Cabe destacar a este respecto el denominado "Proyecto Zutphen" que se elaboró en enero de 1998 para la preparación de la última reunión del Comité Preparatorio. De forma paralela al trabajo del Comité Preparatorio, una agrupación libre de organizaciones privadas —en particular, la ADIP y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado— elaboró una propuesta alternativa, el denominado "Proyecto Siracusa" (*Draft Statute for an International Criminal Court – Suggested Modifications to the 1994 ILC Draft, "Siracusa Draft"* de 31 de julio de 1995), cfr. al respecto *Ambos*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1996, págs. 269 y ss., así como *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 40 y s.

¹¹⁴ ONU Doc. A/RES/52/160 (1997). En detalle sobre las negociaciones en Roma *Kirsch/Robinson*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), págs. 67 y ss.; *Kress*, en: *Gruetner/Portz* (editores), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, tomo 4, 2ª edición (2002), Vor III 26 número marginal 5 y ss.

¹¹⁵ ONU Doc. A/CON S.183/2/Add.1 de 14 de abril de 1998.

¹¹⁶ Cfr. al respecto *Kaul*, *Verante Nationen* 1998, págs. 126 y ss.

traba un grupo de Estados, entre ellos los Estados Unidos, India y China, que, preocupados por su soberanía y la protección de sus propios nacionales, aspiraban a un tribunal en principio débil y más bien simbólico. Este grupo de Estados concebía el tribunal como una especie de tribunal penal *ad hoc* permanente, que podría ser activado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en situaciones concretas de crisis.

61. En el curso de las negociaciones, las cuestiones jurídicas materiales, sobre todo la formulación de los tipos penales, probaron ser comparativamente poco controvertidas. Esto se debe principalmente a la temprana acotación de las negociaciones a los "crímenes fundamentales" del derecho penal internacional¹¹⁷. También favoreció este acuerdo, el hecho de que, con los estatutos del Tribunal Militar Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ya existían modelos probados por la práctica. No obstante, tampoco se alcanzó una total unanimidad en el ámbito de los tipos penales. Así, por ejemplo, los intentos de formular una definición del crimen de agresión no tuvieron éxito¹¹⁸.

62. Las cuestiones más conflictivas eran las referidas al alcance de la facultad punitiva de la Corte —en particular la cuestión de si el Tribunal debía gozar de una competencia automática— al papel y posición del Fiscal, así como a la relación de la Corte con las Naciones Unidas, en particular con el Consejo de Seguridad.

63. Respecto del alcance de la facultad punitiva del Tribunal, los Estados más favorables al Tribunal no pudieron conseguir que se aceptara su exigencia de que se le otorgara

¹¹⁷ Cfr. Sobre la discusión de incluir un número mayor de crímenes en la competencia del Tribunal, *Boister, Journal of Armed Conflict Law* 3 (1998), pág. 27 y ss.; *Cravford*, en: *Cassese/Gaeta/Jones* (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (2002), 23, pág. 41 y s.; *Zimmermann*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998), 47, pág. 78 y s. En el Acta Final, anexo I E (ONU Doc. A/CONF.183/10(1998)) de la Conferencia se lamenta no haber podido alcanzar un acuerdo sobre una definición para la criminalidad internacional de drogas y el terrorismo. En los proyectos preliminares se tomó en consideración en parte, junto a los "crímenes fundamentales" del derecho penal internacional, otros delitos, cfr. por ejemplo, art. 20 e) del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, que incluía los crímenes contra la Convención contra la Tortura y la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* de 1988 (28 ILM (1989), pág. 493 y ss.). Para una discusión de las enmiendas al Estatuto de la CPI en esta materia, véase *Reisinger Coracini*, *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), pág. 699 y ss.

¹¹⁸ Si bien el crimen de agresión, está incluido, en principio, en la competencia de la Corte, se encuentra en una especie de situación de espera (*Imunsch*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), 335, pág. 337), hasta que sea adoptada una disposición en el Estatuto "en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales [ejercerá competencia respecto del crimen]". Art. 5.2 del Estatuto de la CPI. Con mayor detalle número marginal 1351 y ss.

competencia según el principio de jurisdicción universal¹¹⁹, abarcando todos los crímenes de derecho internacional, con independencia de dónde, por quién o contra quién hayan sido cometidos. La orientación conforme al principio de territorialidad y al de personalidad, que como fórmula de compromiso encontró entrada finalmente en el Estatuto de la CPI, abre lagunas sensibles en la competencia de la Corte¹²⁰.

64. En la cuestión, asimismo fuertemente controvertida hasta el final, acerca de quién debía estar facultado para iniciar un procedimiento frente a la Corte, la posición de los Estados favorables a la Corte, logró imponerse parcialmente¹²¹. Según las reglas finalmente adoptadas en el Estatuto, junto al Consejo de Seguridad y los Estados miembros, también el Fiscal ostenta legitimidad para iniciar investigaciones¹²². Por una parte, se temía que un papel demasiado preponderante del Consejo de Seguridad dominado por las cinco Potencias miembros con derecho de veto politizaran el trabajo de la Corte y pudiese poner en cuestión su credibilidad como un todo. Por otra parte, la aprobación del Estatuto por parte de los cinco Estados con derecho de veto debía ser por lo menos posible. Sobre todo el derecho del Fiscal a iniciar investigaciones por propia iniciativa, que se corresponde con el que detentan los Fiscales del TPIY y del TPIR, se consideró como una garantía indispensable para el funcionamiento independiente de la Corte.

65. El 17 de julio de 1998 se adoptó en el pleno, con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (*Rome Statute of the International Criminal Court*; Estatuto de la CPI)¹²³. Sólo siete Estados, a saber,

¹¹⁹ Mayor detalle al respecto en el número marginal 189.

¹²⁰ Cfr. arts. 12 y 13 del Estatuto de la CPI. Así por ejemplo, en el caso típico en que los crímenes de derecho internacional han sido cometidos en el territorio de Estados no partes en el tratado y por nacionales de Estados no partes, la Corte sólo tiene competencia cuando el Consejo de Seguridad remite el asunto mediante una decisión según el capítulo VII de la Carta de la ONU (art. 13 b), art. 12.2 del Estatuto de la CPI) o cuando —en la práctica altamente improbable— el Estado de comisión del delito, que no es un Estado Parte, se somete a la jurisdicción de la Corte para el caso concreto. La exigencia por parte de los "Estados afines" de colmar estas lagunas otorgando competencia al tribunal en los casos que el Estado de custodia sea parte del tratado, no logró imponerse. Por lo menos se logró aprobar la disposición, en el art. 12 del Estatuto, según la cual todo Estado parte en el tratado acepta automáticamente la competencia de la Corte. Modelos aún más restrictivos no fueron aprobados; éstos preveían, por ejemplo, la exigencia del consentimiento del Estado en cuestión en cada proceso penal individual ("state consent") y el modelo de aceptación o negación selectiva de la competencia para determinados crímenes ("opt in/opt out"). En profundidad sobre lo anterior, *Kaul*, en: *Cassese/Gaeta/Jones* (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), pág. 583 y ss.; *Kress*, en: *Grützmeyer/Potz* (editores), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, tomo 4, 2ª edición (2006), Vor III 26 número marginal 11 y ss.

¹²¹ Cfr. *Kress*, en: *Grützmeyer/Potz* (editores), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, tomo 4, 2ª edición (2006), Vor III 26 número marginal 18 y ss.

¹²² Art. 15.1 del Estatuto de la CPI.

¹²³ ONU Doc. A/CONF.183/9, 37 ILM (1998), pág. 999 y ss.; existen traducciones auténticas en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

Estados Unidos de América¹²⁴, China, Israel, Irak, Libia, Yemen, y Qatar rechazaron el Estatuto. Se abstuvieron de votar 21 Estados. Aproximadamente cuatro años más tarde, el 11 de abril de 2002, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Camboya, la República Democrática del Congo, Irlanda, Jordania, Mongolia, Níger, Rumania y Eslovaquia, depositaron en Nueva York sus instrumentos de ratificación, superándose de esta forma las 60 ratificaciones exigidas por el art. 126 del Estatuto de la CPI. Así, el Estatuto pudo entrar en vigor el 1 de julio de 2002. Hasta septiembre de 2009 han firmado el Estatuto 139 Estados y 110 han pasado a ser partes¹²⁵.

66. Entre el 4 y el 7 de febrero de 2003 la Asamblea de los Estados Partes eligió a los 18 jueces y juezas. El 11 de marzo del 2003, la Corte Penal Internacional inició en La Haya, Holanda, sus trabajos; el 21 de abril de 2003 la Asamblea de los Estados Partes eligió Fiscal al argentino *Luis Moreno Ocampo*.

124

Las objeciones estadounidenses se encuentran resumidas en Casev, *Fordham International Law Journal* 25 (2002), pág. 840 y ss. y Wedgwood, *European Journal of International Law* 10 (1999), pág. 93 y ss. Para los detalles sobre la política estadounidense frente a la Corte Penal Internacional desde la Conferencia de Roma, cfr. el número marginal 69.

125

Entre estos se encuentran todos los Estados de la Unión Europea, así como muchos Estados de Sudamérica y África. Pese a la ratificación del Estatuto de Roma por parte de Japón, en julio de 2007, Asia está, en comparación, débilmente representada hasta la fecha. Los Estados que han firmado y ratificado son: Afganistán, Albania, Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá, Chad, Chile, Chipre, Colombia, Comoras, Congo, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Fiji, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Grecia, Guinea, Guyana, Holanda, Honduras, Hungría, Islandia, Islas Cook, Islas Marshall, Irlanda, Italia, Japón, Jordania, Kenia, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malawi, Mali, Malta, Mauricio, Macedonia, México, Mongolia, Montenegro, Namibia, Nauru, Nueva Zelanda, Níger, Nigeria, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania, Samoa, San Cristóbal y Nieves, San Marino, San Vicente y Las Granadinas, Senegal, Serbia, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Tayikistán, Tailandia, Timor Oriental, Trinidad y Tobago, Uganda, Uruguay, Venezuela y Zambia. En cambio, sólo han firmado: Angola, Argelia, Armenia, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Cabo Verde, Camerún, Costa de Marfil, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Federación Rusa, Filipinas, Guinea-Bissau, Haití, Irán, Islas Salomón, Israel, Jamaica, Kuwait, Kirguistán, Marruecos, Mónaco, Mozambique, Omán, República de Moldavia, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Siria, Sudán, Tailandia, Ucrania, Uzbekistán, Yemen y Zimbabue. Los Estados Unidos, entre tanto, han retirado la firma efectuada por el entonces Presidente Clinton. Para el estado actual, cfr. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en (visitada en enero de 2010).

67. En el Acta Final de la Conferencia, la Asamblea de los Estados Partes¹²⁶ encargó a la Comisión Preparatoria ("PrepCom") la elaboración de propuestas sobre cuestiones prácticas en relación con el establecimiento y funcionamiento de la Corte¹²⁷. La Comisión Preparatoria elaboró, entre otras, normas de financiación, así como otras bases importantes para el trabajo de la Corte Penal, principalmente las Reglas de Procedimiento y Prueba, como también los Elementos de los Crímenes previstos en el art. 9 del Estatuto de la CPI¹²⁸. En su primera reunión de septiembre de 2002, la Asamblea de los Estados Partes aprobó las propuestas de la Comisión Preparatoria. Entre el 14 y el 22 de noviembre de 2008 se celebró la séptima Asamblea de los Estados Partes en La Haya, abordando, entre otros asuntos, el Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión así como aspectos técnicos sobre financiación. La Conferencia de Revisión prevista en el artículo 123 del Estatuto de la CPI, "para examinar las enmiendas" al Estatuto, fue agendada para el primer semestre de 2010 y tendrá lugar en Kampala, Uganda¹²⁹.

68. Pese al amplio respaldo que mientras tanto ha alcanzado en la comunidad de naciones, la Corte Penal Internacional está lejos de ser un tribunal penal mundial al que realmente se reconozca, y cuya autoridad se acepte, de forma

126

Cfr. art. 112 del Estatuto de la CPI. Vid. *Mundis*, *American Journal of International Law* 97 (2003), pág. 132 y ss.

127

Cfr. Acta Final, anexo I E. Por consiguiente, la "PrepCom" tuvo como misión establecer "proyectos de medidas prácticas para el establecimiento de la Corte y para que ésta entre en funcionamiento, en particular los proyectos de texto siguientes: a) Reglas de Procedimiento y Prueba; b) Elementos de los Crímenes; c) Un acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas; d) Los principios básicos del acuerdo relativo a la sede que han de negociar la Corte y el país anfitrión; e) El reglamento financiero y la reglamentación financiera detallada; f) Un acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte; g) Un presupuesto para el primer ejercicio financiero; h) El reglamento de la Asamblea de los Estados Partes; 6. Los proyectos de texto de las Reglas de Procedimiento y Prueba y de los Elementos del Crimen serán terminados antes del 30 de junio del año 2000; 7. La Comisión preparará propuestas acerca de una disposición relativa a la agresión, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión y las condiciones en las cuales la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen. La Comisión presentará esas propuestas a la Asamblea de los Estados Partes en una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión para su inclusión en el presente Estatuto. Las disposiciones relativas al crimen de agresión entrarán en vigor respecto de los Estados Partes de conformidad con las correspondientes disposiciones del presente Estatuto; 8. La Comisión se disolverá cuando concluya la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes".

128

Cfr. por ejemplo el *Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court* de 9 de septiembre de 2002, en vigor desde el 22 de julio de 2004 (ICC-ASP/1/3). En detalle sobre los trabajos de la Comisión Preparatoria, Kaul, *Verenite Nationen* 2001, pág. 215 y ss., y Kirsch *Osterfeld*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo I (2002), pág. 93 y ss.

129

Vid. comunicado de prensa de 24 de noviembre de 2008, ICC-ASP-20081124-PR376_Spa.

universal¹³⁰. Alcanzar aceptación a nivel mundial, lo que supone la incorporación de Estados Unidos, China¹³¹, Rusia¹³², India¹³³ y otros importantes Estados de Asia al Estatuto de la CPI, sigue siendo un desafío central para el futuro.

69. Los Estados Unidos indudablemente jugarán un rol clave en este proceso. Su compromiso con el establecimiento de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio da cuenta de su actitud en general abierta hacia el Derecho penal internacional. Adicionalmente, los Estados Unidos contribuyeron de forma significativa al establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como al establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona¹³⁴. En un comienzo, los Estados Unidos se encontraban entre los partidarios de un tribunal penal internacional permanente. Sin embargo, la delegación estadounidense no estuvo de acuerdo con los resultados de las negociaciones en la Conferencia de Roma. La visión crítica de los Estados Unidos sobre la Corte Penal Internacional se debió principalmente a la extensión de su competencia¹³⁵ y a los amplios poderes del Fiscal, quien puede iniciar un procedimiento por propia iniciativa¹³⁶. Cuando el Presidente George Bush asumió su cargo estas reservas se convirtieron en una oposición abierta. En un acto diplomático sin precedentes, la "des-suscripción" del Estatuto de la CPI, la Administración Bush retiró la firma efectuada por la Administración Clinton el 31 de diciembre de 2000 y a continuación intentó debilitar a la Corte¹³⁷.

130

Para una visión crítica acerca del logro de un carácter universal, desde el punto de vista de la incorporación de diversas culturas jurídicas, véase *Pastor*, El poder penal internacional (2006), pág. 60 y ss.

131

Sobre la postura de China frente al Estatuto de la CPI, véase *Lu/Wang*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 608 y ss.

132

Sobre los reparos de constitucionalidad que fundamentan su postura de rechazo cfr. *Tuzmukhamdov*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 621 y ss.

133

Sobre la perspectiva de India, véase *Ramanathan*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 627 y ss.

134

Sobre el papel histórico desempeñado por los Estados Unidos en la evolución del derecho penal internacional, véase *Cerone*, European Journal of International Law 18 (2007), pág. 277 y ss.; *Schabas*, European Journal of International Law 15 (2004), 701, pág. 705 y ss.; véase también *Hafner*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 323.

135

Sobre esto, cfr. número marginal 238 y ss.

136

Las reservas estadounidenses se encuentran resumidas en *Casey*, Fordham International Law Journal 25 (2002), pág. 840 y ss.; *Steinberger-Fraunhofer*, Internationaler Strafgerichtshof und Drittsstaaten (2008), pág. 251 y ss.; *Hafner*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 323 y ss.; *Schabas*, European Journal of International Law 15 (2004), 701, pág. 709 y ss.; *Wedgwood*, European Journal of International Law 10 (1999), pág. 93 y ss. Véase también *Broomhall*, International Justice and the International Criminal Court (2003), pág. 163 y ss.; para una visión crítica de la actitud de los Estados Unidos hacia la CPI, véase *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 55 y ss.; *Dübbler-Gmelin*, en: Arnold et al. (editores), Festschrift Fser (2005), 717, pág. 726 y ss.; *Mundis*, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pág. 2 y ss.

137

Así, por iniciativa de los Estados Unidos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas emitió la Resolución 1422 que pide, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Estatuto de Roma, "que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las

70. En años recientes, los Estados Unidos han revertido cautelosamente su actitud hacia la Corte Penal Internacional. En 2005, cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1593, relativa a la situación de Darfur respecto de la Corte Penal Internacional¹³⁸, los Estados Unidos, al igual que China y Rusia, se abstuvieron de votar. Es, por cierto, una señal positiva el que estos Estados hayan evitado ejercer su poder de veto¹³⁹. El significativo cambio de tono de la Administración estadounidense volvió a hacerse patente en una declaración del año 2008, sobre la Corte Penal Internacional, emitida por John B.

Naciones Unidas y que entrane la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole"; véase también número marginal 240. La Resolución 1487, de 12 de junio de 2003, renovó el efecto de la Resolución 1422 por un año. Debido a la enérgica oposición surgida entre otros miembros del Consejo de Seguridad, los Estados Unidos no propusieron una nueva extensión en 2004. Sin embargo, a solicitud de los Estados Unidos, la Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005 (Darfur), dispone la jurisdicción exclusiva del Estado contribuyente, lo que a fin de cuentas excluye la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Más aún, en el plano de las relaciones bilaterales, los Estados Unidos han hecho esfuerzos para celebrar acuerdos de no envío a la CPI (conocidos como "acuerdos relativos al Artículo 98"); tales acuerdos están actualmente en vigor con 102 Estados. Sin embargo, sólo 21 de esos acuerdos han sido ratificados, y sólo 18 se consideran con eficacia jurídica, véase http://www.technw.org/documents/CICCFS_BIAstatus_current.pdf (visitada en enero de 2010); para mayores detalles sobre el significado y alcance del artículo 98(2) del Estatuto de la CPI y de los acuerdos relativos a esta disposición, véase *Scheffer*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 333 y ss.; *Meding*, Humanitäre Völkerrecht – Informationschriften 2008, pág. 99 y ss.; *Snidell*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 3 (2007), pág. 118 y ss.; *Talnuum*, Georgetown Law Journal 92 (2004), pág. 1053 y ss.; *van der Wilt*, Leiden Journal of International Law 18 (2005), pág. 96 y ss.; véase también número marginal 669. Otro importante instrumento es la *American Servicemembers' Protection Act*, que también pretende proteger a los ciudadanos estadounidenses de la jurisdicción de la CPI. Esa ley entró en vigor el 2 de agosto de 2002 y está publicada en Human Rights Law Journal 2002, pág. 275 y ss.; sobre ello, véase *Zimmermann/Scheel*, Vereinte Nationen 2002, 137, pág. 141 y ss. Para un resumen de los intentos de los Estados Unidos de debilitar la CPI, vid. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 55 y ss.; *Zimmermann/Scheel*, Vereinte Nationen 2002, pág. 137 y ss.

138

Véase también número marginal 239 y 268.

139

Véase también *Biegi*, Vereinte Nationen 2006, 160, pág. 163; para una visión cautelosamente optimista, véase *Fletcher/Oljin*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 539, pág. 561, quienes esperan que el funcionamiento de la CPI como un tribunal penal "normal" ayudará a derribar prejuicios. En contra, *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 56, para quien la exclusión de jurisdicción de la CPI respecto de personas de Estados no miembros, regulada en el párrafo 6 de la Resolución 1593, viene a continuar la posición mantenida por los Estados Unidos. Para mayores detalles sobre la Resolución 1593/2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, véase *Condorelli/Ciampi*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 590 y ss.

Bellinger, entonces asesor jurídico de la Secretaría de Estado de los Estados Unidos¹⁴⁰. Está por verse de qué modo tratará el asunto la Administración del Presidente Obama.

3. Relevancia del Estatuto de la Corte Penal Internacional

71. El Estatuto de la CPI regula en 128 artículos el establecimiento de la Corte Penal Internacional (parte I), su composición, administración y financiación (partes IV, XI, XII), el procedimiento ante la Corte y la cooperación con la Corte (partes V a X). Además, el Estatuto especifica los crímenes para los cuales la Corte es competente, y contiene principios generales de derecho penal (partes II y III).

72. Hoy día el Estatuto de la CPI es el documento central del derecho penal internacional. Formula los principios jurídicos de la Corte Penal Internacional y desarrolla su novedoso derecho procesal. Al mismo tiempo, el Estatuto de la CPI supone un considerable avance también para el derecho penal internacional material. El art. 5 contiene los cuatro "crímenes fundamentales" del derecho penal internacional, que complementan a los tipos penales "clásicos" de Nuremberg con el crimen de genocidio. Si bien todavía falta una definición del crimen de agresión; el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encuentran tipificados en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la CPI, que contienen alrededor de 70 subtipos delictivos. En este ámbito, el valor primordial del Estatuto de la CPI está en la consolidación y recopilación de normas jurídicas dispersas¹⁴¹.

73. Especialmente innovador resulta el Estatuto en el ámbito de los principios generales de derecho penal internacional. Sus precursores contenían sólo disposiciones fragmentarias. El Estatuto de la CPI reúne, por vez primera, múltiples disposiciones sobre los principios generales del derecho penal internacional, que se acercan a una "Parte General". En comparación con los tipos penales estas reglas muestran, no obstante, un menor nivel de madurez¹⁴².

¹⁴⁰ La declaración está disponible en http://www.cfr.org/publication/16110/bellingers_speech_on_the_united_states_and_the_international_criminal_court.html (visitada en enero de 2010); véanse también las recomendaciones de la American Society of International Law Task Force on U.S. policy toward the International Criminal Court, disponible en <http://www.asil.org/pdfs/pressreleases/pr090202.pdf> (visitada en enero de 2010).

¹⁴¹ Cfr. la sinopsis sumaria en *Tonuschat*, Die Friedens-Warte 73 (1998), 335, pág. 337 y ss. - Sobre la relación entre el derecho penal del Estatuto y el derecho internacional consuetudinario, número marginal 157 y ss.

¹⁴² Con mayor exactitud al respecto, número marginal 364 y ss.

VI. Tendencias actuales

74. El establecimiento de la Corte Penal Internacional representa un avance gigantesco en la evolución del derecho penal internacional, pero en ningún caso su conclusión. Desde la aprobación del Estatuto de la CPI en la Conferencia de Roma han surgido dos nuevas tendencias: el establecimiento de tribunales penales híbridos, con componentes nacionales e internacionales, y la implementación del derecho penal internacional material a través de la legislación interna de los Estados. Un común denominador de estas dos líneas de desarrollo es la creciente interrelación de la justicia nacional e internacional. Dependiendo de la perspectiva que se adopte, esta interrelación puede ser descrita como "internacionalización interna" del derecho penal de los Estados o como "estatalización" del derecho penal internacional.

1. El establecimiento de tribunales penales "internacionalizados" (tribunales híbridos)

75. Un nuevo fenómeno es la aplicación del derecho penal internacional a través de tribunales penales que, si bien están integrados al sistema de justicia estatal, al mismo tiempo están —en formas y grados muy diversos— "internacionalizados"¹⁴³. Entre los ejemplos más significativos de estos tribunales híbridos nacionales-internacionales se encuentran el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales (*Special Panels*) en Timor Oriental, la Sala de Crímenes de Guerra (War Crimes Chamber) del Tribunal Estatal de Bosnia-Herzegovina, y el Tribunal Especial para el Líbano, establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la base del Capítulo VII

¹⁴³ Cfr. las contribuciones compiladas en *Romano/Nollkaemper/Kleffner* (editores), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia* (2004) y en *Ambos/Othman* (editores), *New Approaches in International Criminal Justice* (2003); vid. además *Ambach*, *Humanitäre Völkerrecht-Informationsschriften* 2005, pág. 106 y ss.; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 58 y ss.; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 330 y ss.; *Clark*, *Criminal Law Forum* 15 (2004), pág. 467 y ss.; *Egonda-Ntende*, *Humanitäre Völkerrecht-Informationsschriften* 2005, pág. 24 y ss.; *Knoops*, *International Criminal Law Review* 4 (2004), pág. 527 y ss.; *Orentlicher*, en: *Latimer/Saunders* (editores), *Justice for crimes against humanity* (2003), pág. 213 y ss.; *Stahn*, *Houston Journal of International Law* 27 (2005), pág. 311 y ss. Una instructiva comparación sinóptica entre tribunales internacionales e internacionalizados se encuentra en *Geiss/Bulickx*, *International Review of the Red Cross* 88 (2006), 49, pág. 52 y ss.

de la Carta de Naciones Unidas, encargado de perseguir penalmente a los responsables del atentado mortal en contra del ex Primer Ministro libanés Rafiq Hariri. Otro ejemplo puede encontrarse en la utilización de jueces y fiscales "internacionales" en procesos penales de Kosovo.¹⁴⁴

76. Una nota característica de esta nueva forma "híbrida" de justicia penal es la combinación de elementos nacionales e internacionales, donde lo "internacional" regularmente consiste en involucrar a las Naciones Unidas. Los grados y formas de internacionalización son variables: el elemento internacional puede referirse al sustento jurídico de los tribunales, la elección de los jueces y fiscales o el derecho aplicable. Al igual que los Tribunales Penales Internacionales de las Naciones Unidas para Yugoslavia y Ruanda, los tribunales penales internacionalizados han sido establecidos en forma *ad hoc* y dotados de competencia territorial y temporal limitada. Por regla general, junto a los tipos penales internacionales, son también aplicables las disposiciones penales internas del país en que ocurrieron los hechos.¹⁴⁵ A diferencia de los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas, los tribunales penales híbridos tienen su asiento típicamente en el país donde se cometieron los crímenes.¹⁴⁶ Pueden estar integrados en el sistema de justicia nacional (Kosovo, Timor Oriental, Camboya) o estrechamente vinculados con él (Sierra Leona). Pueden formar parte de la administración interina o de transición de las Naciones Unidas (Kosovo, Timor Oriental), o quedar regidos por un acuerdo bilateral entre el Estado en el que los crímenes fueron cometidos y las Naciones Unidas (Sierra Leona, Camboya, Líbano).

77. Hasta ahora los tribunales penales híbridos nacionales-internacionales han sido establecidos sobre todo en el contexto de las denominadas situaciones de post conflicto.¹⁴⁷ De allí surge la explicación para su expansión: en esos casos la justicia del respectivo Estado no está en condiciones de sancionar los

¹⁴⁴ Cfr. sobre esto, en particular, número marginal 288 y ss. – El Tribunal Especial para el Líbano fue establecido por la Resolución del Consejo de Seguridad 1757 de 30 de mayo de 2007, ONU Doc. S/RES/1757 (2007). – En cambio, el Tribunal Especial Iraquí (*Iraqi Special Tribunal*) no es un tribunal penal internacionalizado, sino un tribunal de ocupación, que por lo demás aplica tanto normas de derecho internacional como de derecho interno; sobre ello *Bantikas*, *International and Comparative Law Quarterly* 54 (2005), pág. 237 y ss.; *Goldstone*, *Fordham International Law Journal* 27 (2004), pág. 1490 y ss.; *Heinsch*, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften* 2003, pág. 132 y ss.; *Slany*, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), pág. 338; *Tzinn*, *Virginia Journal of International Law* 45 (2005), pág. 467 y ss. Cfr. también número marginal 309.

¹⁴⁵ Sobre ello también *Amibos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 65. El Tribunal Especial para el Líbano sólo aplica derecho penal libanés.

¹⁴⁶ Una excepción es el Tribunal Especial para el Líbano, situado en La Haya, Holanda.

¹⁴⁷ Sobre esto, número marginal 207 y ss.

crímenes internacionales por sus propios medios. Pero el establecimiento de cortes internacionales a la manera de los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, a causa de sus enormes costos y de sus limitadas capacidades, no constituye una alternativa eficaz para asegurar una amplia persecución de tales crímenes internacionales. Además, en comparación con el establecimiento de tribunales penales internacionales propiamente tales, los tribunales penales híbridos tienen, gracias a su integración en el sistema de justicia nacional, la ventaja de no ser percibidos tan claramente como una intromisión foránea. Sin embargo, la jurisprudencia de esos tribunales híbridos en la mayoría de los casos es claramente menos relevante para el desarrollo del derecho penal internacional que la de los tribunales penales internacionales.¹⁴⁸

2. Implementación del derecho penal internacional (material)

78. El derecho penal internacional obliga a los Estados bajo ciertas condiciones a perseguir los crímenes internacionales.¹⁴⁹ Con todo, la decisión acerca de cómo cumplir con esta obligación y, en especial, qué tipos penales emplear, queda entregada a los Estados. Ciertamente algunos tratados han establecido una obligación particular de dictar "todas las oportunas medidas legislativas" ("*any legislation necessary*"), especialmente en el campo de los crímenes de guerra.¹⁵⁰ Pero no existe una obligación general de adoptar en la legislación interna los tipos penales del derecho penal internacional.

79. Tampoco el Estatuto de la CPI contiene un deber de ese tipo. Por cierto que el Estatuto, para dar eficacia al derecho penal internacional, depende en buena medida de la cooperación de los Estados, pero se cuida de imponer a los Estados una obligación expresa de dictar "*any legislation necessary*".¹⁵¹

¹⁴⁸ Sobre la praxis de los tribunales, en profundidad, número marginal 288 y ss. Se menciona como una razón de la "menor calidad" de sus decisiones la, comparativamente, menor financiación y dotación de esos tribunales, así *Amibos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 64; de *Bertoldaro*, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), pág. 244. Sobre las razones tras el establecimiento de las cortes y tribunales híbridos, véase también *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 332 y ss. Para más detalles sobre el deber de persecución bajo el derecho internacional, cfr. el número marginal 197 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. por ejemplo el Art. 146 del IV Convenio de Ginebra. Véase también el art. 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de diciembre de 1984.

¹⁵⁰ Cfr. también *Amibos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 6 número marginal 51, quien supone, sin embargo, la existencia de un "deber de facto de implementación", de acuerdo con el cual la no implementación no sería una opción; en sentido similar *Burchards*, *Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten* (2005), pág. 329;

80. Es cierto, sin embargo, que corresponde al espíritu y a la intención del Estatuto, que los Estados Partes adecuen su derecho penal al derecho penal internacional material, de modo que queden en las mismas condiciones que la propia Corte Penal Internacional para poder perseguir y sancionar los crímenes internacionales¹⁵². Por eso muchos Estados han empleado la implementación del Estatuto de la CPI como una oportunidad para adaptar los presupuestos jurídicos de derecho interno aplicables a la persecución de crímenes internacionales al desarrollo alcanzado por el derecho penal internacional¹⁵³; en esta materia los Estados disponen de diversas opciones y formatos¹⁵⁴. En este proceso se ha ido formando una suerte de "derecho penal internacional doméstico", que se traduce en un enraizamiento mucho más firme del derecho penal internacional en el ordenamiento jurídico interno. Este creciente desarrollo de sus cimientos dentro del derecho interno fortalecerá la legitimidad del derecho penal internacional en general y contribuirá a terminar con la impunidad de los crímenes internacionales¹⁵⁵.

Cryer, *Prosecuting International Crimes* (2005), pág. 171; de otra opinión Kleffner, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), pág. 86. – Los Estados partes, en todo caso, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 70, pfo. 4 a) del Estatuto de la CPI, deben modificar sus preceptos penales sobre crímenes en contra de la administración de justicia, para extender su protección a la administración de justicia por parte de la Corte Penal Internacional.

152
153

Cfr. Werle, *Juristenzeitung* 2001, pág. 885 y ss.
Para más detalles sobre la implementación del derecho penal internacional material, véase *Escher/Kreicker* (editores) (tomos 1-2) y *Escher/Sieber/Kreicker* (editores) (tomos 3-6). *National Prosecution of International Crimes*, que contiene informes sobre los siguientes Estados: Alemania (tomo 1, 2003); Finlandia, Polonia, Suecia (tomo 2, 2003); Croacia, Austria, Serbia y Montenegro, Eslovenia (tomo 3, 2004); Costa de Marfil, Francia, Italia, España, América Latina (tomo 4, 2005); Canadá, Estonia, Grecia, Israel, Estados Unidos (tomo 5, 2005); Australia, China, Inglaterra y Gales, Rusia y Bielorrusia, Turquía (tomo 6, 2005), así como, en el tomo 7, la panorámica comparativa de *Kreicker*, *Völkerstrafrecht im Ländervergleich* (2006); véase también *Bergsmo/Harlem/Havashli* (editores), *Importing Core International Crimes Into National Criminal Law* (2007); *Kress/Lattanzi* (editores), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, tomo 1 (2000). Sobre la adaptación del derecho penal alemán al derecho penal internacional, cfr. el número marginal 336 y ss.

Para más detalles sobre las diversas formas de implementación doméstica y las opciones de los Estados, cfr. el número marginal 317 y ss.

Acercas de las consecuencias de esta armonización parcial de los ordenamientos jurídicos internos, así como de la coexistencia entre derecho penal internacional e interno, cfr. número marginal 314 y ss.

154
155

B) DEFINICIÓN, FUNCIÓN Y LEGITIMACIÓN

81. *Akavan, Payan*: Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities? *American Journal of International Law* 95 (2001), pág. 7 y ss.; *Ambo, Kai/Steiener, Christian*: Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene, *Juristische Schulung* 2001, pág. 9 y ss.; *Ambo, Kai*: Möglichkeiten und Grenzen völkerstrafrechtlichen Rechtsgüterschutzes, en: Neubacher, Frank/Klein, Anne (editores), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts? – Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichte* (2006), pág. 111 y ss.; *Bassiouni, M. Cherif*: The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework, en: *Bassiouni, M. Cherif* (editor), *International Criminal Law*, tomo 1, 2ª edición (1999), pág. 3 y ss.; *Bassiouni, M. Cherif*: The Philosophy and Policy of International Criminal Justice, en: Vhorah et al. (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), pág. 65 y ss.; *Beling, Ernst*: Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität (1896); *Bommer, Felix*: Strafzwecke im Völkerstrafrecht, en: MünK, Hans J. (editor), *Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung* (2008), pág. 29 y ss.; *Briet-Schäfer, Alvine*: Der Internationale Strafgerichtshof, *Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik* (2001), pág. 21 y ss.; *Cassese, Antonio*: *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 3 y ss.; *Cryer, Robert/Friman, Hakan/Robinson, Darrel/Wilmshurst, Elizabeth*: An Introduction to International Criminal Law and Procedure (2007), pág. 1 y ss.; *Diogenmann, Oliver*: Staatsverbrechen und internationale Justiz, *Archiv des Völkerrechts* 45 (2007), pág. 382 y ss.; *Faver, Tom J.*: Restraining the Barbarians: Can International Criminal Law Help? *Human Rights Quarterly* 22 (2000), pág. 90 y ss.; *Fassbender, Bardo*: Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 30 (2003), pág. 1 y ss.; *Gardocki, Lech*: Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, 2ª parte: Rechtliche Probleme der Übernahme völkerrechtlicher Verbrechen in das staatliche Strafrecht, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* 30 (1989), pág. 129 y ss.; *Gardocki, Lech*: Über den Begriff des Internationalen Strafrechts, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 98 (1986), pág. 703 y ss.; von *Hirsch, Andrew*: Der Rechtsbegriff und das "Harm Principle", *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2002, pág. 2 y ss.; *Ipsen, Knut*: Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Völkerstrafrecht, en: Ipsen, Knut (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §§ 39-42; *Fletcher, George P.*: The Grammar of Criminal Law – American, Comparative and International, Volume One: Foundations (2007); *Fronza, Emanuela*: Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 2007, pág. 121 y ss.; *Gierhake, Katrin*: Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre (2005); *Gierhake, Katrin*: Zur Legitimation des Völkerstrafrechts, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, pág. 354 y ss.; *Jäger, Herbert*: Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts, *Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte*, en: Hinkel, Gerd/Stuby, Gerhard (editores), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, *Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen* (1995), pág. 325 y ss.; *Jäger, Herbert*: Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzeptes, *Theoretische Aspekte der Einsetzung eines UN-Kriegsverbrechertribunals*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1993, pág. 259 y ss.; *Jeschek, Hans-Heinrich*: Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, *Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen* (1952), pág. 190 y ss.; *Jeschek, Hans-Heinrich*: Verbrechen gegen das Völkerrecht, *Deutsche Landesberichte zum IV. Internationalen Kon-*

groß für Rechtsvergleichung in Paris 1954 (1955), pág. 351 y ss.; *Jeschek, Hans-Heinrich: International Crimes*, en: Bernhardt, Rudolf (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), pág. 1119 y ss.; *Jeschek, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición (2002), pág. 124 y ss.; *Kittichaisaree, Kriangsak: International Criminal Law* (2001), pág. 3 y ss.; *König, Kai Michael: Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationalen Strafrechts* (2003); *Lagodny, Otto: Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), pág. 800 y ss.; *Müller, Christina: Völkerrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (2003), pág. 413 y ss.; *Ninua, Salif: An International Concurrence Collective?*, *A Durkheimian Analysis of International Criminal Law*, *International Criminal Law Review* 7 (2007), pág. 561 y ss.; *Oehler, Dietrich: Internationales Strafrecht*, 2ª edición (1983), número marginal 2; *Robinson, Patrick: The Missing Crimes*, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, tomo 1 (2002), pág. 497 y ss.; *Rodman, Kenneth A.: Darfur and the Limits of Legal Deterrence*, *Human Rights Quarterly* 30 (2008), pág. 529 y ss.; *Schabas, William A.: An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª edición (2007), pág. 82 y ss.; *Schwarzenberger, Georg: The Problem of an International Criminal Law*, 3 Current Legal Problems (1950), pág. 263 y ss.; *Szurek, Sandra: Historique, La Formation du Droit International Pénal*, en: Ascensio, Hervé/Décaux, Emmanuel/Pellet, Alain (editores), *Droit International Pénal*, (2000), pág. 7 y ss.; *Triffler, Otto: Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg* (1966), pág. 25 y ss.; *Triffler, Otto: Völkerstrafrecht im Wandel?*, en: Vogler, Theo (editor), *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag* (1985), pág. 1477 y ss.; *Triffler, Otto: Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht*, en: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (editores), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, *Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen* (1995), pág. 169 y ss.; *Triffler, Otto: Der ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit*, en: Gössel, Karl Heinz/Triffler, Otto (editores), *Gedächtnisschrift für Zipf* (1999), pág. 493 y ss.; *Tomuschat, Christian: Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), pág. 335 y ss.; *Verdross, Alfred/Simma, Bruno: Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3ª edición (1984), § 430 y ss.; *Werle, Gerhard: Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), pág. 808 y ss.; *Wilczki, Peter: Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht* (Bundesrepublik Deutschland), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 99 (1987), pág. 455 y ss.

I. Concepto de derecho penal internacional y crimen de derecho penal internacional

82. El derecho penal internacional comprende todas las normas de derecho internacional que directamente fundamentan, excluyen o de cualquier otro modo regulan una responsabilidad penal¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Esta (estricta) definición cuenta hoy en día con el apoyo mayoritario de la doctrina de habla alemana. La expresión *Völkerstrafrecht* (derecho penal internacional) empleada por

83. En consecuencia, la pertenencia de un tipo penal al derecho penal internacional requiere de tres condiciones: en primer lugar, la norma debe describir un injusto imputable individualmente¹⁵⁷ y amenazar con una pena como efecto jurídico; en segundo lugar, la norma debe ser parte del ordenamiento jurídico internacional; y en tercer lugar, la punibilidad debe existir con independencia de la recepción del tipo delictivo en el orden jurídico estatal.

84. Los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión son crímenes de derecho internacional¹⁵⁸. Estos así llamados “crímenes fundamentales” (*core crimes*)¹⁵⁹ son los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”¹⁶⁰, y están sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional¹⁶¹. La cuestión de si

vez primera por *Beling*, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität* (1896), pág. 40 y s., logró imponerse especialmente gracias a *Jeschek*. Resulta fundamental, *Jeschek, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 8 y s., así como *Triffler*, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg* (1966), pág. 21. Para más antecedentes respecto de las publicaciones en lengua alemana, cfr. *Werle, Völkerstrafrecht*, 2ª edición (2007) número marginal 81, nota 153.

¹⁵⁷ El principio de culpabilidad es la base del derecho penal internacional. Ya el Tribunal Militar Internacional había declarado, “[...] well settled legal principles, one of the more important of which is that criminal guilt is personal, and that mass punishments should be avoided”. TMI, sentencia de 1 de octubre de 1946, en: *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting in Nuremberg, Germany*, parte 22 (1950) pág. 469. Cfr. también *Cassese, International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 587 y s.; *Jeschek, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 374.

¹⁵⁸ Cfr. *Brownlie, Principles of Public International Law*, 7ª edición (2008), pág. 587 y ss.; *Jeschek*, en: Bernhardt (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), 1119, pág. 1120 y ss.; *Triffler*, en: Vogler (editor), *Festschrift für Jeschek* (1985), 1477, pág. 1485 (“tipos delictivos clásicos de un derecho penal internacional”); *Triffler*, en: Gössel/Triffler (editores), *Gedächtnisschrift für Zipf* (1999), 493, pág. 507 y ss.; *Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), §§ 439 y ss. Tomando como base un concepto amplio del derecho penal internacional, *Cassese, International Criminal Law*, 2ª edición (2003), pág. 24, incluye junto a los crímenes mencionados en el texto también la tortura fuera de los conflictos armados, así como los ataques sistemáticos contra la población civil y “algunas formas extremas” (“*some extreme forms*”) de terrorismo internacional.

¹⁵⁹ Sobre el concepto “crímenes fundamentales”, cfr. *Kress*, en: Grünzner/Potz (editores), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2ª edición (2006), tomo 4, III 27 número marginal 8, y *Zimmermann, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998), 47, pág. 48.

¹⁶⁰ Cfr. pto. 4 y 9 del preámbulo y art. 5 del Estatuto de la CPI.

¹⁶¹ La competencia de la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de tipos penales contra su Administración de Justicia (art. 70 del Estatuto de la CPI) aparece frente a ello como una competencia anexa que completa y asegura la competencia principal, que sigue reglas fundamentalmente distintas en lo tocante al procedimiento y criterios de imputabilidad; al respecto *Triffler-Piragoff, Rome Statute* (2008), art. 70 número marginal 1 y ss. Cfr. en cuanto a las normas respectivas en el Estatuto del TPIY (arts. 77 y 91) *Kress*, en: Grünzner/Potz (editores), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, tomo 4, 2ª

otros delitos aparte de los ya considerados dentro de la competencia de la Corte, como el tráfico de estupefacientes o el terrorismo, son punibles directamente por el derecho internacional, es controvertida. En este punto el derecho internacional se encuentra en pleno desarrollo¹⁶². Producto de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, ha vuelto a tener actualidad sobre todo la cuestión de si y bajo qué circunstancias los actos terroristas deben valorarse como crímenes de derecho internacional¹⁶³. Independientemente de la dimensión, en ocasiones considerable, de los delitos terroristas, el terrorismo en cuanto a tal no es un crimen de derecho internacional¹⁶⁴. Las aspiraciones de extender la

edición (2006), III 27 número marginal 8, con referencia a TPIY, sentencia de 31 de enero de 2000 (Tadić, AC), par. 13 y ss. ("The Tribunal does, however, possess an inherent jurisdiction, deriving from its judicial function, to ensure that its exercise of the jurisdiction which is expressly given to it by that Statute is not frustrated and that its basic judicial functions are safeguarded"). – Según algunos de los anteproyectos para un tribunal penal internacional, la competencia material del tribunal debiera haber comprendido, además de los "crímenes fundamentales" del derecho penal internacional, otros crímenes. Cfr. por ejemplo el art. 20 c) del *Proyecto de Estatuto de 1994* y el art. 15 y ss. del *Proyecto de Código de 1991* ("dominación colonial", "reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios", "terrorismo internacional", "tráfico ilícito de estupefacientes"). Al respecto *Toniuschka*, en: Hinkel/Stuby (editores), *Strafgesetze gegen Menschenheitsverbrechen* (1995), 270, págs. 278 y ss.). En la Conferencia de Roma se discutió la inclusión del terrorismo y el tráfico de estupefacientes en la competencia de la Corte, sin embargo, las propuestas correspondientes finalmente no lograron imponerse. En el Acta Final (anexo I E) se señaló tan sólo que la ampliación de la competencia de la Corte será objeto de las negociaciones de una futura "Conferencia de Revisión", según el art. 123 del Estatuto de la CPI, cfr. *Robinson*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), pág. 497 y ss.; Triffterer-Zimmermann, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 5 número marginal 3 y ss.

La piratería, fenómeno que recientemente ha adquirido renovada importancia en el ámbito internacional, no es un crimen de derecho internacional; vid. Cassese, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 12. Es más bien el clásico ejemplo de crimen de derecho interno que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, está sujeto a jurisdicción universal. Vid. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 3 número marginal 93, 96; Cassese, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 28; *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2007), pág. 33; *Garditz*, *Weltrechtsplege* (2006), pág. 294.

Véanse las contribuciones de *Fletcher*, *Weigand*, *Cassese* y *Sassoli*, compiladas en el número especial del *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 891 y ss., editado por Gaeta y Jessberger. Vid. también *Damgaard*, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* (2008), pág. 359 y ss.; *Di Filippo*, *European Journal of International Law* 19 (2003), pág. 533 y ss.

Cfr. *Damgaard*, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* (2008), pág. 363 y ss.; *Jessberger*, en: Deutsches Institut für Menschenrechte (editor), *Menschenrechtliche Erfordernisse bei der Bekämpfung des Terrorismus* (2002), pág. 22 y ss.; *Oeter*, *Die Friedens-Warte* 76 (2001), pág. 11 y ss.; *Vagts*, *European Journal of International Law* 14 (2003), pág. 313 y ss. En el sentido de una punibilidad autónoma de los actos terroristas

competencia de la Corte Penal Internacional a los delitos terroristas no contaron con el respaldo mayoritario en la Conferencia de Roma¹⁶⁵. Aunque los delitos terroristas cumplirán con frecuencia los requisitos típicos de los crímenes de derecho internacional, por ejemplo de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra¹⁶⁶, debe siempre probarse en el caso individual la existencia de los requisitos del crimen de derecho internacional¹⁶⁷.

85. Más allá de las definiciones de los delitos en el Estatuto de la CPI existe aún un determinado ámbito de conductas penalizadas directamente por el derecho internacional consuetudinario¹⁶⁸. Esto vale, por ejemplo, para la punibilidad acorde con el derecho internacional consuetudinario de determinados crímenes de guerra cometidos en guerras civiles, que no fueron incluidos de forma general en el Estatuto de la CPI¹⁶⁹. El Estatuto prevé, de forma expresa, que "Inlata de los dispuesto [...] afectará la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto" (art. 22.3 del Estatuto de la CPI). Este ámbito no se refiere sin embargo a nuevos grupos de delitos, que se extiendan más allá del genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, sino a determinados delitos subyacentes o, en su caso, a hechos individuales de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad.

86. Como rasgo característico, las normas de derecho internacional reclaman validez universal. Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional son un ejemplo de ello. Y si bien teóricamente es posible imaginar que la validez de una norma de derecho penal internacional se limite sólo a una región, esta opción no tiene importancia práctica¹⁷⁰.

bajo el derecho internacional. cfr. Cassese, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 933 y ss.; Cassese, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 162 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. nota 161.

¹⁶⁶ Cfr. al respecto, en detalle, *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 259; *Arnold*, *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism* (2004); *Robinson*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), 497, pág. 520 y ss.; *Triffterer*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 321, pág. 371; cfr. también *Dalut/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1105 y ss.

¹⁶⁷ Existen buenas razones para calificar los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra el World Trade Center como crímenes de lesa humanidad. Cfr. también *Cassese*, *European Journal of International Law* 12 (2001), pág. 993 y ss.; *Toniuschka*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2001, pág. 535 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. también *Triffterer*, en: Gössel/Triffterer (editores), *Gedächtnisschrift für Zipf* (1999), 493, pág. 532 ("El Estatuto de Roma asigna a la Corte una parte de los tipos delictivos del derecho penal internacional").

¹⁶⁹ Por ejemplo, el uso de armas prohibidas. Para más detalles, cfr. los números marginales 979 y 1355 y ss.

¹⁷⁰ Así con razón *Triffterer*, en: Vogler (editor), *Festschrift für Jescheck* (1985), 1477, pág. 1502. En contra: *Becker*, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit* (1996), pág. 59. Posiblemente, también *Jescheck*, en: Bernhardt (editor), *Encyclopedia of Public Inter-*

II. Protección de los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional

87. El derecho penal internacional protege "la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad"¹⁷¹ como los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional¹⁷².

88. Los tres bienes jurídicos protegidos paz, seguridad y bienestar de la humanidad, no pueden distinguirse absolutamente entre sí¹⁷³. Con la paz mundial y la seguridad internacional encontramos dos intereses de la comunidad internacional en el centro del derecho penal internacional, que al mismo tiempo se encuentran en el vértice de la determinación de los fines de las Naciones Unidas¹⁷⁴. Al mismo tiempo, un concepto ampliado de la paz sirve de base al derecho penal internacional. Ésta no sólo comprende la ausencia de enfrentamientos militares entre Estados, sino que también incluye la situación dentro del propio Estado¹⁷⁵. Una amenaza a la paz mundial puede suponerse a partir

national Law, tomo 2 (1995), 1119, pág. 1120 ("a treaty would have to be binding on the great majority of States").

¹⁷¹ Preámbulo pto. 3 del Estatuto de la CPI. En mayor profundidad, *Stade/Clark*, en: Lee (ed.), *The International Criminal Court, The Making of Rome Statute* (1999), 421, pág. 426. La referencia a la paz mundial y a la seguridad internacional se encontraba ya en el primer proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, en el que se sancionaban delitos "contra la paz y la seguridad de la humanidad", cfr. por ejemplo art. 1 del *Proyecto de Código de 1954* v art. 1.1 del *Proyecto de Código* de 1996, donde se utiliza el término "crímenes".

¹⁷² Cfr. Triffterer-Triffterer, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), preámbulo número marginal 9 ("international criminal law is [...] the criminal law of the community of nations, with the function of protecting the highest legal values of this community"). - Cfr. además *Ambo/Steiner*, *Juristische Schulung* 2001, 9, pág. 13; *Jäger*, en: Hinkel/Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen* (1995), 325, pág. 345; *Tomuschat Europa-Archiv* 1994, 61, pág. 62; *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 464.

¹⁷³ Lo mismo ocurre con los propósitos de la Carta de la ONU. Al respecto *Simma-Wolfrum*, *Charta der Vereinten Nationen* (1991), art. 1 número marginal 4.

¹⁷⁴ Art. 1 n° 1 de la Carta de la ONU; cfr. además los arts. 2 n° 6, 11, 12, 18, 39 y ss. de la Carta de la ONU. Para el supuesto de una amenaza a la paz mundial y a la seguridad internacional, se prevé el empleo de distintas medidas colectivas, art. 39 de la Carta de la ONU. Estas pueden incluir también medidas de persecución penal; cfr. supra número marginal 45.

¹⁷⁵ Cfr. al respecto ONU Doc. S/RES/808 (1993) - resolución del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIY; ONU Doc. S/RES/955 (1994) - resolución del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIC, en particular los párrs. 4 y 5 del preámbulo: "Expresando una vez más su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Rwanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifestadas del derecho internacional humanitario, [h]abiendo determinado que esta situación sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales"; ONU Doc. S/RES/1373 (2001) - resolución sobre medidas tras los atentados del 11 de septiembre

de violaciones graves de los derechos humanos en un Estado. En el preámbulo del Estatuto de la CPI se encuentra recogido el bienestar de la humanidad como un aspecto de protección separado junto a la paz y la seguridad¹⁷⁶.

89. El ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional le da al delito una dimensión internacional y lo convierte en un crimen de derecho internacional. Estos crímenes de derecho internacional afectan "a la comunidad internacional en su conjunto"¹⁷⁷. Por esta razón, las normas de derecho penal internacional traspasan el "blindaje de la soberanía estatal"¹⁷⁸.

90. La cuestión de si y en qué medida los crímenes de derecho internacional incluyen al mismo tiempo la protección de bienes jurídicos individuales es controvertida¹⁷⁹. Lo correcto en este caso es diferenciar entre los distintos crímenes de derecho internacional¹⁸⁰.

de 2001; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), § 234; *Tomuschat*, en: Hinkel/Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen* (1995), 270, pág. 291.

¹⁷⁶ Cfr. Triffterer-Triffterer, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), preámbulo número marginal 11; cfr. también *Fassbender*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 30 (2003), 1, pág. 9 y s.

¹⁷⁷ Preámbulo pto. 4 y 9, art. 5.1 del Estatuto de la CPI ("crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", "crimes of concern to the international community as a whole"). Sin desviación objetiva, el art. 1 del Estatuto de la CPI se refiere a "crímenes de trascendencia internacional". Cfr. también TPIC, decisión de 2 de octubre de 1995 (Iadic, AC), parág. 59: "[T]he crimes which the International Tribunal has been called upon to try affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objection to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community". Cfr. además *König*, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz* (2003), pág. 26; *Bassiouni*, en: *Vohrah et al.* (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), pág. 65 y ss.

¹⁷⁸ *Jeschke*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 11; *Bassiouni*, en: *Vohrah et al.* (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), pág. 65 y ss.

¹⁷⁹ Según *Lagodny*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 800, pág. 803, está claro que los crímenes de derecho internacional deben proteger exclusivamente bienes jurídicos supraindividuales. Por el contrario, Triffterer-Triffterer, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), Preliminary Remarks número marginal 21, incluye (también) la protección de los bienes jurídicos individuales. En este sentido, también *Tomuschat*, en: *Cremier et al.* (editores), *Festschrift für Steinberger* (2002), 315, pág. 329 ("Genocide is certainly the worst of all offenses against both human dignity and international peace and security").

¹⁸⁰ En este sentido, también *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 463 y ss. (crímenes contra la humanidad: bien jurídico individual concreto, genocidio: supraindividual). Cfr. también *Gil Gil*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112 (2000), 381, pág. 382 y ss. Vid. números marginales 709 y ss., 797 y ss., 979 y ss.

III. El "elemento internacional" de los crímenes de derecho internacional

91. La relación con los más altos intereses de la comunidad internacional queda establecida en todos los crímenes de derecho internacional a través de un elemento común (el aquí denominado elemento internacional): todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; la responsabilidad por el empleo de esta clase de violencia recae, por regla general, en un colectivo, normalmente en un Estado¹⁸¹.

92. Este contexto de violencia organizada ("Gesamttat"¹⁸²) consiste, en los crímenes contra la humanidad, en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Este hecho global se construye a través de la suma de los actos criminales individuales. Aquí resulta especialmente útil la comparación entre el hecho global y los hechos individuales para describir la estructura del crimen. En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido. En los crímenes de lesa humanidad el hecho global se encuentra situado en la intención del sujeto activo.

93. En los crímenes de guerra, el contexto de violencia organizada corresponde al conflicto armado en cuyo marco los actos criminales deben ser realizados. El conflicto armado está constituido entonces a partir de acciones violentas, criminales y no criminales. En el crimen de agresión, el ejercicio de la violencia organizada como tal es el objeto de la criminalización¹⁸³. En consecuencia, la agresión es un "crimen contra la paz"¹⁸⁴ en su sentido más directo.

94. Los intereses fundamentales de la comunidad internacional —la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad— están protegidos por el derecho penal internacional frente a ataques provenientes de distintas direcciones. En el caso

¹⁸¹ Cfr. al respecto Eisenberg, *Kriminologie* (2005), § 44 número marginal 36 y ss.; Lagodny *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 800, pág. 802; Marxen, en: Luderessen (editor), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, tomo 3 (1995), pág. 220, pág. 227 y s.; Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof* (2003), pág. 412; *Vst. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 458 y s. El hecho de que en los crímenes de derecho internacional normalmente se trate de una criminalidad reforzada por el Estado, (Naucke) es uno de los principales motivos de su extendida impunidad. Hasta hoy, por lo general la integración en el aparato de poder estatal y la soberanía nacional protegen a los autores frente a la sanción penal.

¹⁸² Vid. Werle, *Völkerstrafrecht* (2003), número marginal 80.

¹⁸³ Sobre el núcleo de derecho internacional consuetudinario del crimen de agresión cfr. número marginal 1370 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. art. 6 a) del Estatuto del TMI.

del genocidio, se perturba la paz mundial por medio del ataque (intencional) a la existencia social de un grupo determinado. En los crímenes contra la humanidad la amenaza a la paz, seguridad y bienestar de la humanidad consiste en la violación sistemática o masiva de derechos humanos fundamentales de la población civil¹⁸⁵. La criminalización de las violaciones de las normas y usos de la guerra buscan reducir en lo posible los efectos de un conflicto armado o impedir que resurja¹⁸⁶. Generalmente, los conflictos armados entre Estados perturban la paz mundial. Su punibilidad depende aquí de si las conductas pueden ser consideradas como una guerra de agresión.

IV. Fundamentación del derecho penal internacional y los fines de la pena

95. Con la consolidación del derecho penal internacional, la discusión sobre los fundamentos de su legitimidad ha adquirido más importancia. En primer lugar se plantea la pregunta sobre el fundamento material de una punibilidad basada directamente en el derecho internacional. Para darle respuesta se han desarrollado principios explicativos especialmente de la mano de la concepción kantiana del derecho¹⁸⁷. De acuerdo con ella, existe un injusto penal internacional "en toda lesión substancial de la libertad en las relaciones interpersonales, a través de la cual se niega la validez del derecho mundial general (*das allgemeine Weltrecht*)"¹⁸⁸. El derecho penal internacional es legítimo porque, y en la medida que, la pena compensa tanto la lesión de la libertad en las relaciones interpersonales cuanto la negación del derecho mundial general. Sobre esa base es posible justificar el contenido esencial de los crímenes internacionales¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Cfr. Werle, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 808, pág. 814 y s.

¹⁸⁶ Cfr. sobre esto, también el número marginal 980, y *Tomuschat*, en: Cremer et al. (editores), *Festschrift für Steinberger* (2002), 315, pág. 344 ("Internal violence [is] prone swiftly to spill over into other countries like a contagious disease").

¹⁸⁷ Véase Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005); Gierhake, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, pág. 354 y ss.; Hoffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (1999); Hoffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht* (1999); Köhler, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), pág. 435 y ss.; Merkel, en: Merkel/Wittmann (editores), *Zum ewigen Frieden* (1996), pág. 344 y ss.

¹⁸⁸ Véase Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 297; Gierhake, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, pág. 354 y ss.

¹⁸⁹ Véase Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 286 y ss.; Gierhake, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*

Más difícil ha resultado legitimar crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales¹⁹⁰ y crímenes de guerra que se reducen a la prohibición de ciertos métodos de combate (por ejemplo, el uso indebido de bandera blanca, de acuerdo con el art. 8.2 b) iii) y vii) del Estatuto de la CPI)¹⁹¹.

96. Una segunda pregunta se refiere a la autoridad para imponer el derecho penal internacional. Los órganos de la justicia penal internacional ¿tienen competencia originaria, por derecho propio, o sólo competencia subsidiaria? Tanto razones de principio como de índole práctica hablan a favor de una jerarquía, conforme a la cual la autoridad primordial para la persecución penal radica en los Estados directamente afectados. La competencia de los tribunales internacionales es subsidiaria, es decir, sólo procede en caso de que el Estado afectado deje sin persecución un injusto penal internacional¹⁹². De acuerdo con ello, también tienen, únicamente competencia subsidiaria los Estados cuya autoridad para perseguir crímenes de derecho internacional surge sólo del principio de jurisdicción universal. El principio de complementariedad del Estatuto de la CPI se presenta así como un modelo para la futura asignación de competencias dentro del derecho penal internacional¹⁹³.

97. Con respecto a los fines de la pena, la práctica del derecho penal internacional enfatiza la aplicabilidad de los tradicionales fines de la pena en el campo del derecho penal internacional. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha confirmado, de forma expresa, la relevancia de los argumentos tradicionales de legitimación de la pena para el derecho penal internacional:

"The Trial Chamber is of the view that, in general, retribution and deterrence are the main purposes to be considered when imposing sentences before the International Tribunal [...] [P]unishment for having violated international humanitarian law is, in the light of the serious nature of the crimes committed, a relevant and important consideration. As to the latter, the

2008, 354, pág. 359. Vid. también Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (1999), pág. 372; Merkel, en: Merkel/Wittmann (editores), *Zum ewigen Frieden* (1996), 344, pág. 345.

¹⁹⁰ Véase Köhler, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), 435, pág. 458. Pero véase también Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), 265, pág. 285 y ss.; Gierhake, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, 354, pág. 360.

¹⁹¹ Véase Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 196 y ss.; Gierhake, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, 354, pág. 357.

¹⁹² Para una visión semejante, vid. Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006), pág. 127 y ss. y 293; Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 288 y ss.; Gierhake, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 120 (2008), 379, pág. 396.

¹⁹³ Sobre el principio de complementariedad, cfr. el número marginal 232 y ss.

purpose is to deter the specific accused as well as others, which means [...] persons worldwide from committing crimes in similar circumstances against international humanitarian law. The Trial Chamber is further of the view that another relevant sentencing purpose is to show the people of not only former Yugoslavia, but of the world in general, that there is no impunity for these types of crimes. This should be done in order to strengthen the resolve of all involved not to allow crimes against international humanitarian law to be committed as well as to create trust and respect for the developing system of international criminal justice. The Trial Chamber also supports the purpose of rehabilitation for persons convicted [...]"¹⁹⁴.

98. El castigo de los crímenes de derecho internacional es un mandato de justicia elemental. Inequivocadamente, la idea de la retribución reclama su lugar¹⁹⁵. En primer plano aparece sin embargo el efecto preventivo del derecho penal internacional. Muchas voces afirman que la impunidad de las violaciones de los derechos humanos (*culture of impunity*) es una causa importante para su constante repetición¹⁹⁶. Siguiendo esta argumentación, el Consejo de

¹⁹⁴ TIPY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreskić et al. TC), parág. 848 y s. Así lo resuelve la jurisprudencia de manera constante; véase, por ejemplo, TPIY, sentencia de 30 de marzo de 2004 (Deronjić, TC), parág. 142 y ss.; TPIY, sentencia de 18 de marzo de 2004 (Jokić, TC), parág. 30 y ss.; TPIY, sentencia de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC), parág. 1134 y ss. En sentido similar, vid. *Farer, Human Rights Quarterly* 22 (2000), 90, pág. 91; Werle, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 808, pág. 821 y ss. No es necesario decir que estos fines de la pena se enfrentan a las mismas objeciones fundamentales que se plantean en los ordenamientos internos, lo que no se discutirá aquí. Ofrece argumentos en contra de la extrapolabilidad, Jäger, en Hinkel/Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen* (1995), 325, pág. 339 y ss., según el cual las "justificaciones teóricas no son aplicables a todos [los crímenes de derecho internacional] o sólo podrían ser extrapolables de una forma muy modificada". También en este sentido, TPIY, sentencia de 29 de noviembre de 1996 (Erdemović, TC), parág. 62; *Tullgren, European Journal of International Law* 13 (2002), pág. 561; *Bommer, en: Münk (editor), Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung* (2008), 29, pág. 35 y ss. Sobre la discusión, de forma amplia, Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof* (2003), pág. 413 y ss.; una discusión comparativa se puede encontrar en *Nemitz, Strafrechtsmessung im Völkerstrafrecht* (2002).

¹⁹⁵ Cfr. Werle, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 808, pág. 821; en contra, no obstante, Jäger, en: Hinkel/Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen* (1995), 325, pág. 339 ("especialmente absurda" sería la idea de que en los crímenes masivos fuera posible una retribución); *Jeschke, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 195 considera la justificación bajo el punto de vista de la expiación cfr. también *Lagodny, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 800, pág. 806, para quien sin embargo la justificación del derecho penal internacional ha de buscarse en una "idea retributiva orientada a las víctimas y asentada en los derechos humanos".

¹⁹⁶ Cfr. *Bassiouni, en: Volbrach et al. (editores), Man's Inhumanity to Man* (2003), 65, pág. 119 y ss.; *Vest, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?* (2006), pág. 182 y ss.; Werle, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 808, pág. 821.

Seguridad de las Naciones Unidas declaró, en relación con la institución del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que la persecución y sanción de los responsables contribuiría a impedir posteriores violaciones de los derechos humanos¹⁹⁷.

99. También el Estatuto de la CPI ha confirmado que el castigo de los responsables de crímenes de derecho internacional contribuiría "a la prevención de nuevos crímenes"¹⁹⁸. Esto no sólo se refiere —y ni siquiera en primer lugar— al (discutible) efecto disuasorio del derecho penal internacional¹⁹⁹. Más bien se da prioridad a la creación y afirmación de la conciencia internacional de la existencia de la norma (prevención general positiva). Se trata de la capacidad del derecho penal internacional para contribuir a la estabilización de las normas de derecho internacional²⁰⁰. El castigo de los crímenes más graves contra el derecho internacional debe "hacer que la humanidad tome conciencia de que el derecho internacional es también derecho y que se hace cumplir, en última instancia, también respecto de quien lo infringe"²⁰¹. Finalmente, el derecho

¹⁹⁷ ONU Doc. S/RES/827 (1993).

¹⁹⁸ Preamble pfo. 5.

¹⁹⁹ La prevención general negativa del derecho penal internacional se ve dificultada por su déficit crónico de imperio. Las probabilidades de tener que comparecer ante un tribunal como consecuencia de un crimen de derecho internacional son hasta la fecha pequeñas, (cfr. ya en *Jeschek*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), pág. 194 y s.; "actualmente, el castigo aún depende de una derrota militar". Argumentan de modo similar *Amibos/Stetler*, Juristische Schulung 2001, 9, pág. 13). Acertadamente, la *International Law Association*, Final Report (2000), pág. 3 y s., indicó que ni el anuncio de los aliados en la denominada Declaración de Moscú de 1943, de llevar a todos los criminales internacionales a juicio había inhibido a los nazis ni la correspondiente declaración de los fiscales del Tribunal de Yugoslavia en 1998 inhibió a los autores en Kosovo de cometer nuevos crímenes de derecho internacional. Por el contrario *Farer*, Human Rights Quarterly 22 (2000), 90, págs. 92 y 117 parte del supuesto "that the risk of criminal responsibility could weigh on the decisions of the principals to internal armed conflict".

²⁰⁰ Véase al respecto *Alhavan*, American Journal of International Law 95 (2001), 7, pág. 30; *Amibos/Stetler*, Juristische Schulung 2001, 9, pág. 13; *Dahini/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 994 y s.; *Jeschek*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), pág. 195; *Merkel*, en: Nürnberger Menschenrechtszentrum (editor), Von Nürnberg nach Den Haag (1996), 68, pág. 89; *Neubacher*, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit (2005), pág. 424; *Roht-Arriaza*, en: Roht-Arriaza (editor), Punishment, Redress and Pardon (1995), 13, pág. 16 y s.; *Viel*, Gerichtigkeit für Humanitätsverbrechen? (2006), pág. 181 y ss. Para una visión escéptica, véase *Jäger*, en: Hinkel/Stuby (editores), Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen (1995), 325, pág. 339 y s.; *Möller*, Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof (2003), pág. 413 y ss.

²⁰¹ *Jeschek*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), pág. 195. En el mismo sentido, véase *Bommer*, en: Münk (editor), Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung (2008), 29, pág. 47 y ss. Según TPfY, sentencia de 24 de

penal internacional puede ser capaz también de ejercer una prevención especial en los (potenciales) autores individuales²⁰².

100. Adicionalmente, deben destacarse otros dos efectos específicos del castigo de los crímenes de derecho internacional. El primero se refiere a la función de reconocimiento y averiguación de la verdad, que desempeña el proceso²⁰³. Los representantes de los sistemas represivos suelen controvertir la veracidad de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos. La verificación judicial de que los crímenes de derecho internacional fueron cometidos es un medio eficaz para contradecir aquella negación. Las condenas incluyen un reconocimiento oficial de los crímenes del pasado y del sufrimiento de las víctimas y ayudan a prevenir la falsificación de la historia.

101. El segundo efecto del castigo de los crímenes de derecho internacional es la individualización de la responsabilidad²⁰⁴. Al individualizar la responsabilidad, los juicios dejan en claro que los crímenes de derecho internacional no son cometidos por entes abstractos, como los Estados, sino que siempre suponen la participación de personas naturales. Esta individualización es crucial para las víctimas y sus familias, pues ellas tienen derecho a conocer toda la verdad²⁰⁵. La individualización también ofrece al autor la oportunidad de comprender

marzo de 2000 (Aleksowski, AC), parág. 185 la pena debe, entre otras cosas, expresar "the outrage of the international community at these crimes". Esto lo considera el Tribunal obviamente en el sentido de la prevención general positiva, ya que también la pena debe servir para "make plain the condemnation of the international community of the behaviour in question and show that the international community was not ready to tolerate serious violations of international humanitarian law and human rights law". Cfr. además TPfY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, AC), parág. 290; TPfY, sentencia de 16 de mayo de 2003 (Nivitegeka, TC), parág. 484.

²⁰² Cfr. *Dahini/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 995; *Triffterer*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 114 (2002), 321, pág. 334 y ss.; *Werle*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 109 (1997), 808, pág. 821. Para una visión crítica, véase *Bommer*, en: Münk (editor), Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung (2008), 29, pág. 42 y ss.; *Ninaga*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 27 (2006), 251, pág. 254; *Rodman*, Human Rights Quarterly 30 (2008), 529, pág. 532 y ss.

²⁰³ Cfr. también *Neubacher*, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit (2005), pág. 428 y ss.; *Neubacher*, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 966, pág. 969.

²⁰⁴ Cfr. sobre esto, en el contexto de la macrocriminalidad estatal, *Marxen/Werle*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht (1999), pág. 284; *Werle*, en: Marxen/Mivazawa/Werle (editores), Der Umgang mit Kriegs- und Besatzungsunrecht in Japan und Deutschland (2001), 137, pág. 156.

²⁰⁵ Para una fundamentación de base victimológica, cfr. *Reze*, Grossverbrechen und kriminologische Konzepte – Versuch einer theoretischen Integration (2005), pág. 283 y ss.

su papel en la macrocriminalidad estatal. Por último, la individualización es importante para la sociedad porque niega la idea de una culpa colectiva.

V. *Nullum crimen, nulla poena sine lege en derecho penal internacional*

102. *Anbhos, Kai*: Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law, en: Haveman, Roeloff/Olusanva, Olaoluwa (editores), Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law (2006), pág. 17 y ss.; *Bassiouni, M. Cherif*: Introduction to International Criminal Law (2003), pág. 178 y ss.; *Boot, Machteld*: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes, Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court (2002); *Bronckhorst, Bruce*: comentario al art. 22 del Estatuto de la CPI, en: Triffler, Otto (editor), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article, 2ª edición (2008), pág. 713 y ss.; *Cassese, Antonio*: International Criminal Law, 2ª edición (2008), pág. 36 y ss.; *Cateracci, Mauro*: Nullum Crimen Sine Lege, en: Lattanzi, Flavia, (editor), The International Criminal Court, Comments on the Draft Statute (1998), pág. 159 y ss.; *Esposito, Andrea*: Il Principio di Legalità, en: Lattanzi, Giorgio/Monetti, Vito (editores), La Corte Penale Internazionale (2006), pág. 219 y ss.; *Hauck, Pierre*: The Challenge of Customary International Crimes to the Principle of Nullum Crimen Sine Lege, Humanitäre Völkerrecht – Informationsschriften 2008, pág. 58 y ss.; *König, Kai-Michael*: Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgehalt internationaler Straftat (2003), pág. 185 y ss.; *Kahlil, Milan*: Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht (2009); *Lamb, Susan*: Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, tomo 1 (2002), pág. 733 y ss.; *Olásolo, Héctor*: A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law, Criminal Law Forum 18 (2007), pág. 301 y ss.; *Pangalangan, Raul C.*: comentario al art. 24 del Estatuto de la CPI, en: Triffler, Otto (editor), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article, 2ª edición (2008), pág. 735 y ss.; *Saland, Per*: International Criminal Law Principles, en: Lee, Roy S. (editor), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), pág. 189 y ss.; *Satzger, Helmut*: Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, Juristische Schulung 2004, pág. 943 y ss.; *Schabas, William A.*: Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals, European Journal of International Law 11 (2000), pág. 521 y ss.; *Schabas, William A.*: comentario al art. 23 del Estatuto de la CPI, en: Triffler, Otto (editor), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article, 2ª edición (2008), pág. 731 y ss.; *Shahabuddeen, Mohamed*: Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pág. 1007 y ss.; *Triffler, Otto*: Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg (1962), pág. 92 y ss.

103. En el derecho penal internacional es un presupuesto de la punibilidad que en el momento de comisión del hecho se pueda constatar una norma,

escrita o no²⁰⁶, que fundamente la punibilidad de la conducta²⁰⁷. El principio de vinculación normativa (*nullum crimen sine lege*) también es válido como elemento integrante del derecho internacional consuetudinario en el ámbito del derecho penal internacional²⁰⁸. En particular, este principio exige la determinación de las normas del derecho penal internacional²⁰⁹, aunque de una manera menos estricta que la exigida en el derecho continental europeo; también prohíbe una punición con efecto retroactivo y una punibilidad basada en la analogía²¹⁰. Los principios se refieren fundamentalmente, además de a la descripción de las conductas punibles, a sus consecuencias jurídicas (*nulla poena sine lege*)²¹¹, aunque de forma limitada en cuanto a su determinación: en

²⁰⁶ Sobre la inclusión de derecho consuetudinario no escrito y los principios generales de derecho, en profundidad, Triffler, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg (1962), pág. 124; además, Lamb, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (2002), 746, pág. 749 y ss. Cfr. también número marginal 114.

²⁰⁷ En profundidad al respecto Cassese, International Criminal Law, 2ª edición (2008), pág. 33 y ss.

²⁰⁸ Cfr. Bassiouni, Introduction to International Criminal Law (2003), pág. 198 y ss.; Triffler-Bronckhorst, Rome Statute, 2ª edición (2008), art. 22 número marginal 15; Jescheck, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), 38, pág. 40 y ss.; Lamb, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (2002), 734, pág. 756; Wade, en: Schaffer/Snyder (editores), Contemporary Practice of Public International Law (1997), pág. 210. Parcialmente, se acepta que la validez del principio resulta no del derecho consuetudinario, sino de los principios generales de derecho, así por ejemplo, TPV, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Mucic et al. TC), parág. 402; Triffler, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg (1962), pág. 125 y s.; Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (ONU Doc. S/25704), pto. 34. El principio se encuentra fijado en numerosos acuerdos cfr. por ejemplo, art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7 Convención Europea de Derechos Humanos, art. 99 del III. Convenio de Ginebra. En el espacio jurídico de lengua germana, el principio *nullum crimen* se da a conocer como *Gesetzlichkeitsprinzip* (principio de legalidad) (cfr. por ejemplo, Lackner/Kühl, StGB, 25ª edición (2004), § 1 número marginal 1), denominado en el espacio jurídico de lengua anglosajona como *principle of legality* (Lamb, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (2002), 733, pág. 734; Triffler-Schabas, Rome Statute (1999), art. 23 número marginal 1). Acerca de su desarrollo cfr. König, Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgehalt internationaler Straftat (2003), pág. 186 y ss.

²⁰⁹ Cfr. también Satzger, Juristische Schulung 2004, 943, pág. 944 y s.; Shahabuddeen, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pág. 1007.

²¹⁰ En profundidad sobre estas en detalle complejas concreciones del principio, cfr. Cassese, International Criminal Law (2008), pág. 41 y ss.; sobre su evolución cfr. Bassiouni, Introduction to International Criminal Law (2003), pág. 182 y ss.; König, Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgehalt internationaler Straftat (2003), pág. 186 y ss.

²¹¹ Cfr. Anbhos, en: Haveman/Olusanva (editores), Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law (2006), 17, pág. 23 y s. En contra sin embargo, Cassese, International

el derecho penal internacional no se fijan marcos penales lo suficientemente estrictos²¹² como para satisfacer el sentido que, por ejemplo, el derecho penal alemán da al principio²¹³.

104. Sobre todo en el Juicio de Nuremberg, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* mostró su importancia práctica. El Tribunal Militar Internacional explicó (y afirmó) la punibilidad de los crímenes contra la paz en el momento de comisión de los hechos a raíz de la alegación, por parte de la defensa, de que se habría violado el principio de irretroactividad penal²¹⁴.

105. También los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda han confirmado repetidas veces la validez de este principio²¹⁵. Sin embargo los Tribunales *ad hoc* han interpretado el principio *nullum crimen sine lege* de forma muy amplia. Según su punto de vista, el principio se respeta si el comportamiento está prohibido por una regla de derecho internacional consuetudinario y para el autor era previsible que la violación de la prohibición de derecho internacional consuetudinario pudiera generar responsabilidad penal individual. La jurisprudencia normalmente afirma la previsibilidad cuando se trata de graves violaciones del derecho internacional humanitario²¹⁶. De ese modo, los Tribunales *ad hoc* derivaron a partir del derecho internacional consuetudinario, como un crimen de guerra sancionable en forma individual, el infundir terror en la pobla-

Criminal Law (2008), pág. 51, quien considera —partiendo de una concepción demasiado estricta— que el principio *nulla poena* no sería válido en el derecho penal internacional.

212 A saber, el Estatuto de la CPI contempla penas de privación de libertad de hasta 30 años o cadena perpetua. Adicionalmente, la CPI puede imponer una multa, así como puede ordenar el decomiso de los bienes patrimoniales que proceden de los crímenes, cfr. art. 77 Estatuto de la CPI. No obstante, el art. 23 del Estatuto da la CPI excluye por ejemplo, la imposición de penas de privación de libertad de 40 años (como ha pronunciado el TPIY contra Jelisić, cfr. TPIY, sentencia de 5 de julio de 2001 (Jelisić, AC)), así como la imposición de otras sanciones no previstas en el Estatuto de la CPI.

213 Cfr. por ejemplo *Jeschke/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª edición (1996), pág. 133 y ss.

214 TMI, sentencia de 1 de octubre de 1946, en: *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, parte 22* (1950), págs. 444 y ss. ("In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice"). Sobre la argumentación del Tribunal Militar Internacional número marginal 26.

215 Cfr. por ejemplo, TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 92; TPIY, sentencia de 24 de marzo de 2000 (Aleksovski, AC), parág. 126 y ss.; TPIY, sentencia de 20 de febrero de 2001 (Mucic et al., AC), parág. 173; TPIY, decisión de 21 de mayo de 2003 (Milutinović et al., AC), parág. 37 y ss.; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2006 (Galić, AC), parág. 81 y ss. Para una interpretación más estricta del principio de legalidad, véase TPIY, sentencia de 29 de noviembre de 2002 (Vasiljević, TC), parág. 193 y ss.

216 Véase TPIY, decisión de 21 de mayo de 2003 (Milutinović et al., AC), parág. 37 y ss.; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2006 (Galić, AC), parág. 81 y ss.

ción civil²¹⁷, y han afirmado la punibilidad individual de las violaciones graves del derecho internacional humanitario en conflictos armados no internacionales²¹⁸.

106. Ahora el principio se encuentra recogido en los arts. 22 a 24 del Estatuto de la CPI y queda concretado en consonancia con el derecho internacional consuetudinario²¹⁹. Su importancia está subrayada por su ubicación en el texto, encabezando la Parte III "De los Principios Generales de Derecho Penal".

107. El art. 22 del Estatuto de la CPI consagra el principio *nullum crimen sine lege*. Según éste, sólo se impondrá una pena cuando la conducta en cuestión cumpla con los requisitos de algún tipo penal de los mencionados en el art. 5 del Estatuto de la CPI. El art. 22.2 precisa este principio, prohibiendo la analogía como fundamento de la pena. El art. 22.2 del Estatuto de la CPI determina como regla para la (necesaria y admisible) interpretación, que las definiciones de crímenes serán interpretadas de forma estricta²²⁰. El art. 22.3 del Estatuto de la CPI deja claro que las declaraciones de punibilidad conforme al derecho internacional realizadas fuera del Estatuto, en particular las declaraciones de punibilidad conforme al derecho consuetudinario, quedan intactas por las descripciones de los delitos que se realizan en el Estatuto²²¹.

108. El art. 23 del Estatuto de la CPI extiende el principio de legalidad a las consecuencias jurídicas del delito y con ello regula el principio *nullum poena sine lege*. El art. 24 regula los límites temporales de la punibilidad y con ello una parte del principio *nullum crimen*²²². Se prohíbe la punibilidad retroactiva. A este respecto es decisivo el momento de la entrada en vigor del Estatuto, a determinar conforme a lo dispuesto en los arts. 11 y 126 del mismo. De acuerdo con ellos, la fecha que determinará la competencia de la CPI para el enjuiciamiento de un hecho será, por regla general, el 1 de julio de 2002²²³. Si cambia la situación jurídica entre el tiempo de la comisión del hecho y el del castigo de su autor, se aplicará la ley menos grave (*lex mitior*), conforme dispone el art. 24.2 del Estatuto de la CPI²²⁴.

217 TPIY, sentencia de 3 de diciembre de 2003 (Galić, TC), parág. 63 y ss.; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2006 (Galić, AC), parág. 81 y ss.

218 TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 128 y ss.

219 En profundidad sobre la historia de las negociaciones *Lamb*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo I (2002), 734, pág. 746 y ss.

220 Véase CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 133 y 160.

221 Sobre el contexto del art. 22, cfr. CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 303; *Olásolo*, *Criminal Law Forum* 18 (2007), 301, pág. 306 y ss.

222 Sobre la relación entre el art. 22.1 y el art. 24 del Estatuto de la CPI Triffterer-Bronckhull, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 22 número marginal 53.

223 Para el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional que hayan sido cometidos en el territorio o por nacionales de un Estado que haya pasado a ser parte del Estatuto tras el 1 de julio de 2002, es determinante la fecha de la entrada en vigor *para ese Estado*.

224 Cfr. además TPIY, sentencia de 30 de marzo de 2004 (Deronjic, TC), parág. 167 y ss y TPIY, sentencia de 18 de diciembre de 2003 (Nikolić, TC), parág. 157 y ss.

C) EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

109. Bassiouni, M. Chetiff: The Prescribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights, en: Vogler, Theo (editor), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, segunda parte del tomo (1985), pág. 1453 y ss.; Cogan, Jacob Katz: International Criminal Trials: Difficulties and Prospects, Yale Journal of International Law 27 (2002), pág. 111 y ss.; Crawford, James: Revising the Draft Articles on State Responsibility, European Journal of International Law 10 (1999) pág. 435 y ss.; Degan, Vladimir-Djuro: Responsibility of states and individuals for international crimes, en: Yee, Sienho/Tieya, Wang (editores), International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li Haopai (2001), pág. 202 y ss.; Fastenrath, Ulrich: Entwicklung und gegenwärtiger Stand des internationalen Menschenrechtsschutzes, en: Fastenrath, Ulrich (editor), Internationaler Schutz der Menschenrechte, Entwicklung – Geltung – Durchsetzung – Aussöhnung der Opfer mit den Tätern (2000), pág. 9 y ss.; Gaeta, Paola: On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide, European Journal of International Law 18 (2007), pág. 631 y ss.; Gaja, Giorgio: Should all References to International Crimes Disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility?, European Journal of International Law 10 (1999) pág. 365; Hoffmann, Gerhard: Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht (1962); Hoffmann, Rainer: Zur Unterscheidung von Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 45 (1985), pág. 195 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich: Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, en: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (editores), Festschrift für Reinhart Maurach (1972), pág. 579 y ss.; Lattanzi, Flavia: La frontière entre droit international humanitaire et droits de l'homme, en: Decaux, Emmanuel/Dieng, Adama/Sow, Malick (editores), From Human Rights to International Criminal Law, Studies in Honour of an African Jurist, the Late Laity Kama (2007), pág. 519 y ss.; Lillich, Richard B.: International Human Rights, Problems of Law, Policy, and Practice, 2ª edición (1991); Loewenstein, Andrew B./Kostas, Stephen A.: Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), pág. 839 y ss.; McGoldrick, Dominic: The Human Rights Committee, Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights (1994); Meron, Theodor: The Convergence between Human Rights and Humanitarian Law, en: Warner, Daniel (editor), Human Rights and Humanitarian Law, The Quest for Universality (1997), pág. 97 y ss.; Mohr, Manfred: Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Staatenverantwortlichkeit für internationale Verbrechen – Wechselwirkung statt Konfusion, en: Hinkel, Gerd/Stuby, Gerhard (editores), Strafen – Wechselseitigkeit gegen Menschheitsverbrechen, Zum Völkerrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen (1995), pág. 401 y ss.; Morgenbesser, Mischa: Staatenverantwortlichkeit für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (2003); Nolte/Kemper, André: Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law, International and Comparative Law Quarterly 52 (2003), pág. 615 y ss.; Novak, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights (CCPR Commentary) (1993); Oehler, Dietrich: Internationales Strafrecht, 2ª edición (1983), número marginal 2; Pappas, Christoph: Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte

(1996); Partsch, Karl Josef: Human Rights and Humanitarian Law, en: Bernhardt, Rudolf (editor), Encyclopedia of Public International Law, tomo 2 (1995), pág. 910 y ss.; Pocar, Fausto: The Rome Statute of the International Criminal Court and Human Rights, en: Politi, Mauro/Nesi, Giuseppe (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Challenge to Impunity (2001), pág. 67 y ss.; Safferling, Christoph: Towards an International Criminal Procedure (2001); Sassoli, Marco: State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, 84 International Review of the Red Cross (2002), pág. 401 y ss.; Sayapin, Sergey: The International Committee of the Red Cross and International Human Rights Law, Human Rights Law Review 9 (2009), pág. 95 y ss.; Siebert, Karl: Grundlinien des Völkerstrafprozessrechts (1953); Tomuschat, Christian: Gegenwartsprobleme der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (1994); Zimmermann, Andreas: Role and Function of International Criminal Law in the International System After Entry into Force of the Rome Statute of the International Criminal Court, 45 German Yearbook of International Law (2002), pág. 35 y ss.

I. Derecho penal internacional y responsabilidad del Estado

110. El destinatario del derecho penal internacional es cada persona natural individualmente considerada, no el Estado²²⁵. De esta forma, el derecho penal internacional se aparta de la concepción tradicional del derecho internacional, conforme a la cual las consecuencias de una acción contraria al derecho internacional sólo pueden afectar al Estado o a otros sujetos de derecho internacional estructurados de forma similar —según las reglas de la llamada responsabilidad internacional²²⁶— y no al individuo que actúa. El

²²⁵ El derecho penal internacional desconoce la punibilidad de asociaciones de personas. En consecuencia, el poder punitivo de la CPI se encuentra también limitado *ratione personae* a personas físicas. (art. 25.1 ISiGH-Statut). Cfr. en profundidad, Bassiouni, en: Bassiouni (editor), International Criminal Law, tomo 1, 2ª edición (1999), pág. 17 y ss.; Triffier, en: Gosse/Triffier (editores), Gedächtnisschrift für Zipf (1999), 493, pág. 505 y ss. – Indicios de una pena para la organización como persona jurídica se encuentran en el art. 9 del Estatuto del TMI, según el cual el Tribunal Militar Internacional podría declarar a las asociaciones como “organizaciones criminales”. La finalidad de esta construcción no era, sin embargo, el castigo de las asociaciones de personas, sino posibilitar la petición de cuentas a las personas (naturales) por su participación en asociaciones criminales en los procesos sucesivos al Juicio de Nuremberg, sin necesidad de probar en cada caso la existencia de una asociación criminal (cfr. art. 10 del Estatuto del TMI).

²²⁶ Cfr. sobre los principios de la responsabilidad internacional, especialmente de la responsabilidad estatal, el art. 1 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (ONU Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1 (2001): “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional”. La Comisión de Derecho Internacional, mientras tanto, ha prescindido del concepto de responsabilidad estatal previsto en anteriores proyectos, así

derecho penal internacional "encarna arquetípicamente la nueva calidad del derecho internacional, que no se limita ya a regular los asuntos propiamente interestatales, sino que interviene profundamente en la esfera doméstica del Estado"²²⁷.

111. Mientras los crímenes de derecho internacional son cometidos por individuos, los denominados actos ilícitos internacionales lo son por Estados o por sujetos de derecho internacional estructurados de forma similar²²⁸. Un punto en común entre el derecho que se ocupa de los actos ilícitos internacionales y el derecho penal internacional es que ambos tienen como fin imponer la vigencia del derecho internacional. Sin embargo, los mecanismos que se utilizan para alcanzar este fin son diferentes. El derecho penal internacional parte de la base de que toda lesión del derecho internacional puede reconducirse en última instancia a una conducta humana, e impide que el individuo, incluso cuando ha actuado como órgano del Estado, pueda excusarse tras el escudo de la soberanía estatal. En cambio, los principios de la responsabilidad internacional rigen sólo para los Estados y otros sujetos de derecho internacional estructurados de forma similar a los Estados. La responsabilidad por los llamados actos ilícitos internacionales surge a partir de todas las infracciones del derecho internacional que son imputables al Estado. El derecho que regula los actos ilícitos internacionales y el derecho penal internacional que regula los crímenes de derecho internacional se diferencian también por sus efectos jurídicos. Mientras los efectos jurídicos de un acto ilícito internacional apuntan sólo a la reinstauración de una situación conforme con el derecho internacio-

como de la distinción entre "hecho internacionalmente ilícito", "crimen internacional" y "delito internacional". (Cfr. el art. 19.4 del *Proyecto de Artículos sobre responsabilidad de los Estados* de 1976; al respecto *Herdegen* *Völkerrecht* (2000), § 58 número marginal 9). Cfr. sobre el tema *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7ª edición (2008), pág. 443 y ss.; *Crawford*, *European Journal of International Law* 10 (1999), pág. 435 y ss.; *Sassóli*, *International Review of the Red Cross* 84 (2002), pág. 401 y ss.; *Tomuschat*, *Gegenwartigsprobleme der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen* (1994).

²²⁷ *Asi* *Tomuschat*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), 335, pág. 347; cfr. *Zimmermann*, 45 *German Yearbook of International Law* (2002), 35 pág. 37 y ss.

²²⁸ Sobre esta distinción *Brownlie*, *International Criminal Justice and the International Criminal Court* (2003), pág. 14 y ss.; *Cassese*, *International Law*, 2ª edición (2005), pág. 271 y ss.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 995; *Degan*, en: *Yee/Wang* (editores), *International Law in the Post-Cold War World* (2001), pág. 202 y ss.; *Ipsen*, en: *Ipsen* (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), número marginal 1 y ss. previos al § 39; *Jeschke*, en: *Bernhardt* (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), 1119, pág. 1120; *Tiffener*, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg* (1966), pág. 179.

nal²²⁹, los efectos jurídicos del derecho penal internacional tienen un carácter punitivo y preventivo.

112. Si bien los crímenes de derecho internacional por lo general suponen una participación estatal, ésta no es necesaria. Por ello, la responsabilidad internacional del Estado no es una consecuencia automática de la comisión de un crimen de derecho internacional. Sobre este particular, el art. 25.4 del Estatuto de la CPI aclara que "[n]ada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional". Y a la inversa, tampoco un hecho ilícito internacional conduce sin más a la punibilidad conforme al derecho internacional de las personas que intervienen en él²³⁰. Sin embargo, los crímenes de derecho internacional y los actos ilícitos estatales coincidirán muchas veces. Así, por ejemplo, la eliminación de un grupo de la población puede originar tanto la responsabilidad por genocidio de las personas que hayan intervenido en la misma como también la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas o a sus herederos²³¹. También la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro*, ha hecho hincapié en que una "responsabilidad dual" tiene cabida bajo el derecho internacional. En ese caso concreto, sin embargo, la Corte rechazó la solicitud de indemnización de perjuicios elevada por Bosnia-Herzegovina en contra de Serbia y Montenegro por actos de genocidio cometidos en Srebrenica, porque, según la opinión de la Corte, esos crímenes no fueron cometidos por órganos del Estado Serbio o que actuasen bajo sus instrucciones²³².

²²⁹ Cfr. *Ipsen*, en: *Ipsen* (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 39 número marginal 14; *Sassóli*, *International Review of the Red Cross* 84 (2002), 401, pág. 418 y ss.; *Shaw*, *International Law*, 6ª edición (2008), pág. 801 y ss. Según el art. 30 y ss. del *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (nota 234) la responsabilidad internacional ("responsabilidad internacional") por los hechos internacionalmente ilícitos hace surgir una obligación de poner fin a la conducta o situación contraria al derecho internacional y una obligación de reparar.

²³⁰ Así lo expresa el art. 58 del *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (nota 234). De esta forma, los principios de la responsabilidad estatal "se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado".

²³¹ Cfr., por ejemplo, CIJ, sentencia de 11 de julio de 1996 (Case Concerning Application on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *Bosnia-Herzegovina vs. Yugoslavia*), en: ICJ Reports 1996 pág. 13 y s.; vid. además *Morgenbesser*, *Staatenverantwortlichkeit für Völkermord. Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen* (2003). – Las violaciones graves de los Convenios de Ginebra son fuentes de responsabilidad estatal según las normas del derecho internacional general y de responsabilidad individual según el derecho penal; cfr. sobre esta "doble naturaleza" de las normas internacionales *Mohr*, en: *Hankel/Stuby* (editores), *Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen* (1995), pág. 401 y ss.; *Tiffener*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung. Internationale Privatrecht und Europarecht* 30 (1989), 83, pág. 109.

²³² Véase CIJ, sentencia de 26 de febrero de 2007 (Case Concerning the Application of the Convention on Genocide, *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia and Montenegro*), parág. 172 y ss., y 386 y ss.; pero véase el voto particular del juez *Al-Khasawneh*, parág. 30 y ss. y el

II. Crímenes de derecho internacional y otros crímenes de trascendencia internacional

113. Las normas de derecho penal internacional pueden ser aplicadas tanto por tribunales internacionales como por órganos judiciales nacionales.

114. Es necesario separar estrictamente la punibilidad directa conforme al derecho penal internacional de la cuestión de si el derecho (constitucional) de un Estado admite la aplicación directa de tipos penales basados en el derecho internacional consuetudinario o en tratados internacionales. Esto último puede, pero no debe necesariamente ocurrir. La calificación de un delito como un crimen de derecho internacional es independiente de si un ordenamiento jurídico interno de un Estado permite a los tribunales de ese Estado la aplicación directa de las normas (penales) internacionales. Aunque el derecho constitucional de un Estado requiera como fundamento de la imposición de una pena la existencia de una ley escrita²³³, ello no es un obstáculo ni para la clasificación de una conducta como crimen de derecho internacional, ni para su castigo por un tribunal internacional.

voto particular del juez *Mahiou*, parág. 94 y ss. La mayoría de los jueces también rechazó una complicidad en genocidio por parte de Serbia, porque no pudo probarse que las autoridades serbias tuvieran conciencia de que los autores de la masacre de Srebrenica tenían la intención de cometer genocidio (parág. 422 y ss.; pero véase el voto particular del juez *Al-Khasawneh*, parág. 30 y ss.; el voto particular del juez *Bemmoona*, parág. 4 y ss.; la declaración del juez *Keith*, parág. 8 y ss.; el voto particular del juez *Mahiou*, parág. 94 y ss.). Sin embargo, en opinión de la Corte, Serbia violó su deber de prevenir el genocidio, derivado del art. III de la Convención sobre el Genocidio, deber que existe desde que el Estado tenga conocimiento, o haya debido tenerlo, acerca de la presencia de un serio riesgo de comisión de genocidio (parág. 432 y ss.). Con todo, la propia Corte no encontró pruebas de que esta violación, que constituye una mera infracción de deber, por parte de Serbia, tuviese la necesaria relación causal con los perjuicios sufridos (parág. 430 y 462). Sobre la decisión de la CJU, véase *Gaeta*, *Revue générale de droit international public*, 2007, pág. 273 y ss.; *Gaeta*, *European Journal of International Law* 18 (2007), pág. 631 y ss.; *Goldstone/Hamilton*, *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), pág. 95 y ss.

En Alemania, el art. 103.2 de la GG prohíbe la aplicación directa de los tratados internacionales o del derecho internacional consuetudinario. El hecho de que la punibilidad de una conducta no pueda basarse en *normas consuetudinarias*, es consecuencia de la disposición según la cual la punibilidad debe determinarse en una ley alemana. Por lo demás, ya el art. 59.2 de la GG prohíbe a los tribunales alemanes la aplicación del derecho penal internacional basado en *tratados*. Cfr. al respecto *Jeschek/Weigend*, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición (2002), pág. 127.

115. Los crímenes de derecho internacional pertenecen al grupo de los (aquí denominados) crímenes de trascendencia internacional (*international crimes*)²³⁴. La responsabilidad penal directamente fundada en el derecho penal internacional es el criterio diferenciador entre los crímenes de derecho internacional (*crimes under international law*) de otros crímenes de trascendencia internacional²³⁵. Respecto a estos últimos, el derecho internacional no impone directamente —como ocurre en el caso de los crímenes de derecho internacional— una responsabilidad penal, sino que básicamente se obliga al Estado a penalizar determinadas conductas²³⁶. El sujeto que comete un delito de este tipo no infringe, por tanto, una norma penal internacional. La base para la persecución y sanción de estos crímenes de trascendencia internacional, no es, por tanto, el derecho internacional, sino las normas estatales de ejecución. En estos casos se puede a lo sumo hablar de una penalidad indirecta confor-

²³⁴ Esta expresión se corresponde con el lenguaje empleado por el Estatuto de la CPI, donde se indica que es deber de los Estados ejercer su jurisdicción penal sobre las personas responsables de "crímenes internacionales" ("international crimes"). Con ello se hace referencia, más allá de los crímenes bajo la competencia de la CPI, además a otros delitos; cfr. pío. 5 del preámbulo del Estatuto de la CPI. Según los protocolos de las negociaciones, se pensó sobre todo en el terrorismo y el tráfico de estupefacientes; cfr. Triffterer-Triffterer, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), preámbulo número marginal 17. — *Bassiouni* ha analizado el derecho internacional convencional desde una perspectiva jurídica penal, identificando 260 tratados que muestran una relación con el derecho penal. De ellos, 57 declaran expresamente una conducta como crimen de trascendencia internacional; 183 contienen la obligación de los Estados de perseguir o castigar la respectiva conducta; 85 prevén expresamente una criminalización de una conducta; 32 se refieren expresamente a una jurisdicción penal internacional (en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo I, 2ª edición (1999), pág. 47).

²³⁵ Distinguen asimismo entre crímenes internacionales en sentido estricto y en sentido amplio, por ejemplo *Ascensio/Decaux/Pellet* (editores), *Droit international pénal* (2000), pág. 249, ("les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité" y "les autres infractions internationales définies"); *Alibrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafrechtsbarkeit* (1999), pág. 11, nota 14; *Broomhall*, *International Criminal Justice and the International Criminal Court* (2003), pág. 34 y ss.; *Condorelli*, en: *Ascensio/Decaux/Pellet* (editores), *Droit international pénal* (2000), pág. 241; *Nill-Theobald*, "Defences" bei *Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA* (1998), pág. 24; similar *Triffterer*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* 30 (1989), 83, pág. 95 y ss. ("international crimes sensu lato"); *Jeschek*, en: *Bernhardt* (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), 1119, pág. 1120.

²³⁶ Cfr. por ejemplo, el art. 4.1 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 10 de diciembre de 1984 (ONU Doc. A/39/51 (1984)), 165 UNTS (1987), pág. 112 y ss.; "Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura".

me al derecho internacional, a través del ordenamiento jurídico interno del Estado²³⁷. En contraste con los crímenes de derecho internacional, estos otros crímenes de trascendencia internacional pueden clasificarse como crímenes de base convencional ("treaty-based crimes")²³⁸. Esto rige por ejemplo para los delitos de piratería contra el tráfico aéreo²³⁹ y marítimo²⁴⁰, para determinadas

²³⁷ Cfr. también Schwarzenberger, *Current Legal Problems* 3 (1950), 264, pág. 266 y ss. ("International Criminal Law in the Meaning of Internationally Prescribed/Authorized Municipal Criminal Law"); Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), § 430. Bassiouni, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 1, 2ª edición (1999), pág. 32 y ss., quien distingue 25 categorías de "crímenes internacionales." Véase también Kress, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002) 818, pág. 829; Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª edición (2007), pág. 88 y ss.

²³⁸ Cfr. al respecto el *Convenio* (de Tokio) *sobre infracciones y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves*, de 14 de septiembre de 1963 (704 UNTS 1969), pág. 219 y ss.; *Convenio* (de La Haya) *para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, de 16 de diciembre de 1970 (10 ILM 1971), pág. 133 y ss.; el *Convenio* (de Montreal) *para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, de 23 de septiembre de 1971 (10 ILM 1971), pág. 1151 y ss.; cfr. sobre este tema Brownlie, *International Law*, 7ª edición (2008), pág. 321; Dugard, *International Law*, 2ª edición (2000), pág. 146; Leipziger Kommentar zum Straßengesetzbuch-Werle/Jessberger, 12ª edición (2007), Comentario previo al § 3 número marginal 107 y ss. En el derecho alemán se da cumplimiento a las obligaciones impuestas por este *Convenio* sobre todo a través del § 316c del StGB (atentados a la seguridad del tráfico aéreo y marítimo) así como por medio de la aplicación del principio de jurisdicción universal, de conformidad con el § 6 número 3 del StGB.

²³⁹ Cfr. al respecto el *Convenio* (de Ginebra) *sobre Alta Mar* de 29 de abril de 1958 (450 UNTS (1958), pág. 11 y ss.); *Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 (ONU Doc. A/CONF.62/122; 21 ILM 1982), pág. 1261 y ss.; *Convenión para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima* de 10 de marzo de 1988 (27 ILM 1988), pág. 668 y ss.). Al contrario de la mayor parte de otros crímenes internacionales, el crimen de piratería (piracy) no tiene su origen en el derecho internacional convencional, sino en el derecho consuetudinario. Cfr. al respecto Becker, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (1996), pág. 53; Brownlie, *International Law*, 7ª edición (2008), pág. 229 y ss.; Dugard, *International Law*, 2ª edición (2000), pág. 143; Jeschke, en: Bernhardt (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), 1119, pág. 1122.

clases de crímenes vinculados a estupefacientes²⁴¹, para delitos terroristas²⁴², para la falsificación de moneda²⁴³ y para la tortura²⁴⁴.

116. En la doctrina se ha intentado en parte agrupar en una denominación unitaria los crímenes de trascendencia internacional que no son crímenes de derecho internacional en sentido estricto²⁴⁵, empleando expresiones como, por ejemplo, "*delicta iuris gentium*"²⁴⁶, "ilícitos internacionales"²⁴⁷, "crímenes universales"²⁴⁸, o "treaty (based) crimes"²⁴⁹. Cierta confusión provoca la no siempre clara distinción entre los crímenes de derecho internacional, demás crímenes de trascendencia internacional y delitos que, según el derecho internacional,

²⁴¹ Cfr. sobre esto, el *Convenio Único sobre Estupefacientes* de 30 de marzo de 1961 (520 UNTS (1961), pág. 151 y ss.); *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas* de 21 de febrero de 1971 (10 ILM 1971), pág. 261 y ss.; *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* de 30 de diciembre de 1988 (28 ILM 1989), pág. 493 y ss.). Cfr. al respecto Cassese, *International Law*, 2ª edición (2005), pág. 436.

²⁴² Cfr. la *Convención para la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos* de 14 de diciembre de 1973 (13 ILM 1974), pág. 41 y ss.; además, el *Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo* de 27 de enero de 1977 (Serie de Tratados Europeos n° 90 (1977)), que sólo tiene validez regional y está dirigido a mejorar la cooperación; y el *Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo*, de 16 de mayo de 2005 (Serie de Tratados Europeos n° 196 (2005)). Para una perspectiva general de los tratados globales y regionales relativos al terrorismo, véase Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* (2008), pág. 364 y ss. En profundidad sobre la propagación del terror mediante la comisión de crímenes internacionales, número marginal 84 y Oster, *Die Friedens-Warte* 76 (2001), pág. 11 y ss.; sobre las recientes evoluciones a nivel europeo cfr. Stein/Meiser, *Die Friedens-Warte* 76 (2001), pág. 33 y ss.

²⁴³ Cfr. *Convenio para la Represión de la Falsificación de Moneda* de 20 de abril 1929 (112 LNTS, pág. 371 y ss.).

²⁴⁴ Cfr. *Convención sobre la Tortura* de 10 de diciembre de 1984 (ONU Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS (1987), pág. 112 y ss.); al respecto Dugard, *International Law*, 2ª edición (2000), pág. 146.

²⁴⁵ Sumariamente Triffterer, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationale Privatrecht und Europarecht* 30 (1989), 83, pág. 103 y ss.

²⁴⁶ Asi *Albrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafrechtsbarkeit* (1999), pág. 10 y s.; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), § 431.

²⁴⁷ Leipziger Kommentar zum Straßengesetzbuch-Gribbhorn, 11ª edición (1997), Comentario previo al § 3 número marginal 6.

²⁴⁸ Niehoff, *Die von internationalen Strafgerichtshöfen anwendbaren Normen des Völkerrechts* (1999), pág. 8; Nitt-Tiebold, "Delictes" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA (1998), pág. 24.

²⁴⁹ Así en la terminología corriente de las publicaciones de habla anglosajona, cfr. por ejemplo, Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2ª edición (2004), pág. 21; en ese sentido, además, Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 259; Brier-Schäfer, *Der Internationale Strafgerichtshof* (2001), 173; Kress, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 818, pág. 829.

pueden ser castigados conforme al principio de jurisdicción universal, sin que tenga que constatarse una especial relación de la conducta con el Estado concreto²⁵⁰.

117. La relación con la comunidad internacional, que da a los crímenes el carácter de internacionalmente trascendentes y hace de su castigo una cuestión que atañe a la comunidad internacional, surge o bien a partir del ataque a intereses "internacionales", o bien porque la manifestación transfronteriza del crimen hace aparecer como necesaria o, en todo caso, apropiada una acción interestatal coordinada²⁵¹.

118. La relación con la comunidad internacional y la necesidad de la internacionalización de los mecanismos de protección puede resultar, por una parte, de la jerarquía de los intereses afectados; es decir, de que la protección de un bien sea un interés común de todos (o la mayoría) de Estados. Es el objeto del ataque lo que confiere a la conducta una dimensión internacional. Este es el caso, por ejemplo, de los ataques a la paz internacional o de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos fundamentales. A este grupo pertenecen en primer lugar los crímenes de derecho internacional. Estos conciernen a los más altos intereses de la comunidad internacional, globalmente considerada.

119. Por otro lado, la internacionalización puede enraizarse en una necesidad más bien práctica. Consideraciones de utilidad sugieren una internacionalización de la protección penal, a saber, cuando la persecución de un determinado delito por parte del Estado individual aislado no promete éxito alguno²⁵². Aquí es la especial manifestación de la criminalidad, en concreto su comisión transfronteriza, la que hace necesarios el acuerdo y cooperación entre los Estados para la persecución penal. Este aspecto de hacer más efectiva la Administración de Justicia penal se encuentra también en un primer plano en los demás crímenes de transcendencia internacional, como por ejemplo el tráfico transnacional de narcóticos.

120. Finalmente, los supuestos del primer y segundo grupo pueden también coincidir. Este es el caso de la "típica" macrocriminalidad reforzada por el Estado, que generalmente no es adecuadamente perseguida y sancionada por el Estado involucrado en los hechos. Si la comunidad internacional dejara aquí la persecución en manos de la competencia de cada Estado, esta conducta supondría tanto como dejar la persecución de los autores en manos de los propios autores²⁵³. En estos casos, tanto los intereses afectados como la

²⁵⁰ Cfr. por ejemplo, *Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 999, quienes también consideran a las normas que fundamentan la competencia estatal penal con base en el principio de jurisdicción universal como parte del derecho penal de transcendencia internacional. Sobre la facultad punitiva según el principio de jurisdicción universal cfr. número marginal 187.

²⁵¹ Cfr. al respecto *Włódkowski, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 99 (1987), 455, pág. 457; además, *Schabas, An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª edición (2007), pág. 90.

²⁵² Cfr. sobre esto, *Yarnold*, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 1, 2ª edición (1999), 127, pág. 131 v.s.

²⁵³ Cfr. *Lagodny, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 800, pág. 804.

particular forma de comisión del delito son las que determinan la intervención del derecho internacional.

III. Derecho penal internacional, derecho penal supranacional, derecho de cooperación internacional en materia penal, normas sobre la validez y ámbito de aplicación de la ley penal

121. El derecho penal internacional forma parte del derecho penal de transcendencia internacional. Este se entiende hoy predominantemente en un sentido amplio, comprendiendo todos los ámbitos del derecho penal, que muestran una relación con el extranjero²⁵⁴. Bajo esta caracterización global se incluye, además del derecho penal internacional, el derecho penal supranacional, el derecho de la cooperación internacional en materia penal, así como las normas sobre la validez y ámbito de aplicación del derecho penal nacional²⁵⁵. La comprensión tradicional del término, que caracterizaba como "derecho penal internacional" sólo las normas del ámbito de validez del derecho material estatal²⁵⁶, está hoy superada. La moderna acepción de la expresión "derecho internacional penal" tiene un sentido más amplio, y refleja, ante todo, el rápido desarrollo del derecho penal internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente necesidad de diferenciar las distintas disciplinas parciales que se agrupan bajo el concepto de derecho internacional penal.

122. De las mencionadas, la disciplina más próxima al derecho penal internacional es el derecho penal supranacional. A diferencia de aquél, el derecho penal supranacional no se basa sin embargo ni en tratados internacionales ni en el derecho internacional consuetudinario. El derecho penal supranacional

²⁵⁴ En detalle sobre el concepto *Cardocki, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 98 (1986), pág. 703 v.s.; véase además *Jeschke*, en: *Schroeder/Zipf* (editores), *Festschrift für Maurach* (1972), pág. 579; *Lagodny, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), pág. 987; *Oehler*, en: *Seidl-Hohenveldern* (editores), *Lexikon des Rechts*, 3ª edición (2001), pág. 207; *Wetzel/Jessberger, Juristische Schulung* 2001, 35, pág. 36. Este concepto se corresponde con la denominación inglesa *international criminal law*, cfr. *Bassiouni*, en: *International Criminal Law*, tomo 1, 2ª edición (1999), pág. 8; *Cassese, International Criminal Law* (2003), pág. 15 v.s.

²⁵⁵ Cfr. *Jeschke*, en: *Schroeder/Zipf* (editores), *Festschrift für Maurach* (1972), pág. 579.

²⁵⁶ Aún en este sentido *Köhler, Internationales Strafrecht* (1917), pág. 1 (sinónimo de derecho penal interestatal). Acertadamente en contra *Schönke/Schröder-Eser, StGB*, 27ª edición (2006). Comentario previo al § 3 número marginal 1 y s.; *Jeschke/Wegand, Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición (2002), pág. 174; sumariamente, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Werke/Jessberger*, 12ª edición (2007). Comentario previo al § 3 número marginal 2.

tiene su fuente más bien en actos de instituciones supranacionales. Ante el escaso número de instituciones supranacionales dotadas de competencia normativa propia²⁵⁷, no resulta sorprendente que el derecho penal supranacional se encuentre hoy muy poco desarrollado. Las primeras formulaciones serias de un derecho penal supranacional se pueden apreciar en el marco de la "europeización del derecho penal"²⁵⁸.

123. El derecho de la cooperación internacional en el ámbito del derecho penal comprende las regulaciones sobre medidas transnacionales para el cumplimiento del derecho, especialmente las relativas a la extradición de criminales, la asistencia en la ejecución de la pena, la transferencia de procedimientos y otras formas de cooperación jurídica, como la asistencia mutua para diligencias de prueba o para acciones de investigación²⁵⁹. A diferencia del derecho penal internacional, las reglas sobre asistencia judicial y extradición tienen una naturaleza exclusivamente procesal. No obstante, se dan numerosos puntos de contacto con el derecho penal internacional. A falta de sus propios órganos ejecutivos, los tribunales penales internacionales son sobre todo dependientes de la cooperación de los Estados (la denominada cooperación vertical)²⁶⁰. Sin embargo, la mayoría de los casos de asistencia judicial consisten en cooperación entre Estados (la denominada cooperación horizontal). En este ámbito, la asistencia judicial se fundamenta, con frecuencia, en acuerdos interestatales.

124. Por el contrario, las normas sobre el ámbito de aplicación de la ley penal tienen una naturaleza puramente estatal, pues se ocupan de responder a la cuestión de cuándo un hecho está sujeto a la jurisdicción penal estatal y

²⁵⁷ Sobre el término de la institución supranacional Epping, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 6 número marginal 15 y s.

²⁵⁸ En todo caso, hasta la fecha no es posible constatar un derecho penal europeo en el sentido de un derecho penal supranacional. En profundidad sobre el tema, *Corskens/Pradel*, *European Criminal Law* (2002); *Hacker*, *Europäisches Strafrecht*, 2ª edición (2007), pág. 5 y s.; *Satzger*, *Europäisierung des Strafrechts* (2001), pág. 57 y ss. Cfr. también *Jeschke/Weigend*, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición (2002), pág. 195 y ss.; *Jung*, *Juristische Schulung* 2000, pág. 417; *Tiedemann*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, pág. 23 y ss.

²⁵⁹ Cfr. en detalle al respecto *Grützmeyer/Pötz*, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2ª edición (2006); *Schönburg/Lagodny/Gless/Hackner*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4ª edición (2006); *Popp*, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* (2001). Cfr. también las contribuciones de *Bassiouni*, *Poncet*, *Gidly-Hart*, *Müller-Rappard*, y *Spinellis*, compiladas en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 2, 2ª edición (1999), pág. 191 y ss.

²⁶⁰ Cfr. por ejemplo art. 86 y ss. del Estatuto de la CPI. Para más detalles sobre la cooperación estatal con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cfr. *de los Reyes*, en: *Dcaux/Dieng/Sow* (editores), *From Human Rights to International Criminal Law* (2007), pág. 55 y ss.

cuáles son las normas penales aplicables al proceso penal²⁶¹. Es posible distinguir varios principios que fundamentan una jurisdicción extraterritorial: el principio de nacionalidad o personalidad activa, el principio de personalidad pasiva, el principio de protección, el principio de administración vicaria de justicia y el principio de jurisdicción universal²⁶². Este último es además relevante en el ámbito del derecho penal internacional, en la medida que establece la jurisdicción de los tribunales nacionales para la persecución y castigo de crímenes de derecho internacional²⁶³.

IV. Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos

125. El origen y desarrollo del derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos se encuentran estrechamente unidos. La raíz común se halla en el derecho internacional humanitario²⁶⁴. Los derechos humanos (fuente de derechos individuales) y las normas del derecho penal internacional (fuente de responsabilidad individual) eran en un principio ajenos al derecho internacional tradicional centrado en el Estado. La catástrofe de la Segunda Guerra Mundial ayudó a la progresión tanto del derecho penal internacional como de la protección de los derechos humanos. Con miras a la caracterización del individuo, el derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos son dos caras de una misma moneda: cada persona natural es destinataria de derechos (humanos) y deberes (acciones u omisiones calificadas penalmente) internacionales.

²⁶¹ Cfr. *Schönke/Schröder-Eser*, *StGB*, 27ª edición (2006), comentario preliminar §§ 3-7; *Oehler*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (1983), especialmente número marginal 111 y ss.; *Werle/Jeschberger*, *Juristische Schulung* 2001, págs. 35 y ss., 141 y ss.; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch: Werle/Jeschberger*, 12ª edición (2007), Comentario previo al § 3. En detalle sobre el principio de universalidad número marginal 187 y ss.

²⁶² Para más detalles, véase *Blakesley*, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 2, 2ª edición (1999), pág. 33 y ss.; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 336 y ss.

²⁶³ Cfr. el número marginal 187 y ss.

²⁶⁴ Sobre la relación, todavía no aclarada por completo, entre la protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario *Lautzi*, en: *Dcaux*, *Dieng y Sow* (editores), *From Human Rights to International Criminal Law* (2007), pág. 519 y ss.; *Meron*, en: *Warner* (editor), *Human Rights and Humanitarian Law* (1997), pág. 97 y ss.; *Partsch*, en: *Bernhardt* (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), pág. 910 y ss.; *Sayaprit*, *Human Rights Law Review* 9 (2009), pág. 95 y ss.

1. La protección de los derechos humanos a través del derecho penal internacional

126. El derecho penal internacional es (también) un instrumento para la protección de los derechos humanos. Reacciona ante las lesiones masivas de los derechos humanos fundamentales²⁶⁵. El derecho penal internacional ofrece una respuesta al fracaso de los mecanismos tradicionales de protección de los derechos humanos.

127. Respetar y hacer cumplir los derechos humanos es en primer lugar una tarea estatal: los derechos humanos deben cumplirse en cada Estado, y no entre Estados²⁶⁶. El que los Estados se sirvan de los mecanismos del derecho penal para hacer cumplir los derechos humanos, aún más, el hecho de que en ocasiones estén obligados a ello²⁶⁷, no modifica el que particularmente en los casos de las violaciones más graves de los derechos humanos, las víctimas se encuentran, con frecuencia, efectivamente desprotegidas. Esto sucede sobre todo cuando las violaciones de los derechos humanos emanan de los propios Estados. En este caso, la protección en el nivel estatal es inoperante. La internacionalización de la protección de los derechos humanos —por ejemplo, a través de la creación de sistemas interestatales de vigilancia— es un paso adelante para remediar esta situación²⁶⁸.

²⁶⁵ Cfr. sobre las referencias a los derechos humanos en el derecho penal internacional *Tonuschat*, en: Hankel/Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschenrechtsverbrechen* (1995), 270, pág. 283 ("violación masiva de los valores básicos de la persona humana"); Werle, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 808, pág. 815 y s.

²⁶⁶ Fastenrath, en: Fastenrath (editor), *Internationaler Schutz der Menschenrechte* (2000), 9, pág. 39.

²⁶⁷ Entretanto se reconoce ampliamente que de los instrumentos de protección de los derechos humanos se deriva la obligación del Estado no sólo de investigar (cfr. sobre esto Jessberger, *Kritische Justiz* 1996, pág. 290), sino también de castigar a los autores de graves violaciones de los derechos humanos, cfr. *Ambos*, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen* (1997), pág. 163 y ss. En detalle, cfr. el número marginal 199.

²⁶⁸ En general, sobre la coexistencia de los sistemas de protección extrajudiciales, cuasi judiciales y judiciales: Pappas, *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte*, (1996), pág. 6 y ss. Cabe mencionar aquí, por un lado, los mecanismos universales de protección del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre los que se cuentan los procedimientos sobre la base de informes (art. 28 y ss. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y el derecho de presentar comunicaciones individuales (cfr. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (ONU Doc. A/63/16 (1966); 999 UNTS (1967), pág. 171 y ss.). Junto a ellos existen mecanismos regionales de protección, sobre todo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 32 y ss. del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, Serie de Tratados Europeos n° 5 (1950) págs. 14 y ss.). Procedimientos de asuntos entre Estados y demandas individuales) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 33, 44 y s. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 ILM (1970), pág. 673 y ss).

128. El hecho de que el derecho internacional criminalice de forma directa determinadas violaciones especialmente graves de los derechos humanos, refuerza a nivel internacional la existencia de mecanismos de protección no penales. El derecho penal internacional interviene en el conflicto entre soberanía estatal y protección de los derechos humanos a favor de la humanidad. Complementa y asegura²⁶⁹ de esta forma los demás instrumentos de protección de los derechos humanos y sirve (en este sentido) a la protección de los derechos humanos²⁷⁰. El derecho penal internacional es entonces doblemente subsidiario: por un lado, frente a los mecanismos estatales y, por otro, frente a mecanismos "civiles" o extrapenales.

129. La función protectora de los derechos humanos del derecho penal internacional resulta especialmente clara en los crímenes de lesa humanidad²⁷¹. En ellos se prevén penas para los ataques sistemáticos o masivos a derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad de desplazamiento y el derecho a la dignidad humana. Con ello queda de manifiesto que la idea de humanidad es la base de la protección de los derechos humanos y del derecho penal internacional²⁷². El concepto ampliado de paz que sirve de base al derecho penal internacional²⁷³ conecta la protección de los derechos humanos con el derecho penal internacional, también respecto de los demás crímenes internacionales.

130. Sin embargo, no toda lesión de los derechos humanos, ni tampoco toda lesión grave de los derechos humanos fundamentales, es punible directamente

²⁶⁹ El derecho penal internacional y la Administración de Justicia internacional aparecen en este contexto no solo como uno más de los mecanismos de protección. Más bien, los mecanismos de vigilancia existentes han cobrado nuevo peso, mediante la posibilidad de hacer llegar los resultados de sus pesquisas a la CPI; en este sentido Pocar, en: Politi/Nesi (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (2001), 67, pág. 73. Cfr. Bassiouni, en: Vogler (editor), *Festschrift für Jesscheck* (1985), pág. 1453 ("ultima ratio modality of protection"); Buergenthal, *International Human Rights* (1995), pág. 271 ("giving it teeth"); Fastenrath, en: Fastenrath (editor), *Internationaler Schutz der Menschenrechte* (2000), 9, pág. 46; Pocar, en: Politi/Nesi (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (2001), 67, pág. 70; Triffterer, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 827, pág. 866.

²⁷⁰ En el *Proyecto de Código* de 1991 (art. 21) todavía se denominaba a los crímenes contra la humanidad "violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos". Cfr. *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 271 y ss.; *Manske*, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen gegen die Menschheit* (2003), pág. 214 y ss.; *Meron*, *The Convergence between Human Rights and Humanitarian Law* (1997), 97, pág. 100.

²⁷¹ Al respecto vid. el número marginal 88.

²⁷²

²⁷³

por el derecho internacional²⁷⁴. Más bien, sólo una pequeña parte de los derechos humanos reconocidos goza de protección por medio del derecho penal internacional. La criminalización de su violación, directamente por el derecho penal internacional, es el nivel de protección más alto que pueden alcanzar los derechos humanos²⁷⁵. También para el derecho penal internacional rige el principio según el cual la utilización del derecho penal como herramienta sólo es admisible como *ultima ratio*, es decir, cuando el resto de mecanismos de protección (nacionales e internacionales) fracasan.

131. La relación de los derechos humanos y el derecho penal internacional sería sin embargo comprendida si se la entendiere como una vía de dirección única²⁷⁶. También la evolución del derecho penal internacional irradia el contenido y estado de las garantías fundamentales. Con ello, el derecho penal internacional realiza una importante contribución al refuerzo y desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos²⁷⁷.

2. Los derechos humanos como límite del derecho penal internacional

132. La protección de los derechos humanos legitima al derecho penal internacional y al mismo tiempo limita su aplicación. Al igual que el derecho penal nacional²⁷⁸, también el derecho penal internacional está sujeto a los límites impuestos por los derechos humanos. Esto es válido tanto en cuanto a

²⁷⁴ Cfr. *Kittichaisaree*, *International Criminal Law* (2001), pág. 4; *Bassiouni*, en: *Vogler* (editor), *Festschrift für Jescheck* (1985), 1453, pág. 1466 y s. desarrolla criterios para determinar qué derechos humanos deben ser protegidos a través del derecho penal.

²⁷⁵ Cfr. *Bassiouni*, en: *Vogler* (editor), *Festschrift für Jescheck* (1985), 1453, pág. 1455, quien diferencia distintos niveles de protección de los derechos humanos. En la actualidad, la protección penal se limita a los denominados derechos humanos de la primera generación (sobre el término *Herleigen*, *Völkerrecht*, 7ª edición (2008), § 47 número marginal 6). Crítico frente a la jerarquización de los derechos humanos vinculada a su criminalización selectiva se manifiesta *Pocar*, en: *Pollitt/Nesi* (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (2001), 67, pág. 72.

²⁷⁶ Sobre las relaciones recíprocas entre derecho penal internacional y protección de los derechos humanos cfr. *Kittichaisaree*, *International Criminal Law* (2001), pág. 56 y s.

²⁷⁷ Cfr. al respecto, *Pocar*, en: *Pollitt/Nesi* (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (2001), pág. 67 y ss.; *Tomuschat*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), 335, pág. 347 ("la adopción del Estatuto de Roma [puede ser valorado] como un gran logro de los esfuerzos internacionales para reforzar el Estado de derecho y los derechos humanos"); cfr. también *Buergerthal*, *International Human Rights in a Nutshell*, 2ª edición (1995), pág. 271 y s. ("The caselaw [of the ICTR] will [...] strengthen the normative framework of this branch of international human rights law").

²⁷⁸ Cfr. por ejemplo *Jescheck/Weigend*, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición (2002), pág. 11 y s.

la expansión del poder punitivo en general, como, y principalmente, en cuanto a las normas de procedimiento: también el acusado de un crimen de derecho internacional tiene derecho a un proceso penal justo, que se corresponda con los principios y estándares de los derechos humanos²⁷⁹.

V. Derecho penal internacional y derecho procesal penal internacional

133. Al igual que en el derecho penal estatal, también en el derecho internacional existe la distinción entre las normas penales materiales y las del derecho procesal penal. Mientras que el derecho penal internacional (material) establece los requisitos de la responsabilidad penal, el marco punitivo, las formas de pena permitidas y los criterios para decidir qué pena se aplicará, el derecho procesal penal internacional recoge las normas que deben seguirse para punir una acción como crimen de derecho internacional²⁸⁰. El elemento característico para el derecho procesal penal internacional, junto a la pertenencia de sus disposiciones al ordenamiento jurídico internacional²⁸¹, es su relación objetiva con los crímenes de derecho internacional. El ordenamiento procesal de los Tribunales Penales Internacionales está más cerca, en general, del modelo del procedimiento acusatorio²⁸², el procedimiento desarrollado en el Estatuto de la CPI, entre tanto, muestra claros rasgos del procedimiento

²⁷⁹ Este efecto limitador se ha vuelto muy claro en el caso *Lubanga* seguido ante la Corte Penal Internacional. Para más detalles, cfr. número marginal 264 y ss.

²⁸⁰ Cfr. sobre el derecho procesal aplicado por los tribunales internacionales *Amibos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 8 número marginal 20 y ss.; *Cassese*, *International Criminal Law* 2ª edición, (2008), pág. 378 y ss.; *Cogan*, *Yale Journal of International Law* 27 (2002), pág. 111 y ss.; *Safferling*, *Towards an international Criminal Procedure* (2001); *Schulz*, *International criminal procedure: A clash of legal cultures* (2010, en prensa); *Zahar/Schulz*, *International Criminal Law* (2008), pág. 275 y ss.; *Zappalà*, *Human Rights in International Criminal Proceedings* (2003); en particular sobre la defensa ante los tribunales internacionales cfr. las contribuciones compiladas en *Bohlander/Boed/Wilson* (editores), *Defense in International Criminal Proceedings* (2006). Para más detalles sobre el procedimiento ante la Corte Penal Internacional cfr. número marginal 257 y ss.

²⁸¹ Esta cualidad la comparte el derecho procesal penal internacional sin embargo con numerosas normas que se refieren a la forma del procedimiento penal nacional, por ejemplo las garantías procesales en el art. 6 Convención Europea de Derechos Humanos.

²⁸² En mayor profundidad sobre las características de este modelo y su recepción por la Administración de Justicia penal internacional *Alexis*, en: *Dekaux/Dieng/Sow* (editores), *From Human Rights to International Criminal Law* (2007), pág. 461 y ss.; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 353 y ss.; *Schulz*, *International Criminal Procedure: A Clash of Legal Cultures* (2010, en prensa).

inquisitivo reformado, caracterizado por el principio de investigación judicial²⁸³.

134. Si bien el derecho procesal penal internacional sirve a la realización del derecho penal internacional material, no puede en ningún caso considerarse que el derecho penal internacional sólo se realiza a través de procesos penales internacionales, ya que esta tarea corresponde en primera línea a los Estados²⁸⁴. La investigación de los hechos, la determinación de la culpabilidad y de la pena, así como su ejecución, se llevan a cabo conforme a las reglas previstas para ello a nivel estatal. En este ámbito, el derecho procesal penal internacional cumple, a lo más, una función como norma de distribución de competencias, por ejemplo a través del principio de complementariedad conforme al art. 1 del Estatuto de la CPI. El ámbito propio de aplicación del derecho procesal penal internacional es sólo la Administración de la Justicia penal por tribunales interestatales, como por ejemplo la Corte Penal Internacional.

135. También para el derecho procesal el Estatuto de la CPI ha supuesto un fuerte avance. El derecho procesal y el derecho penal material son regulados unitariamente en un mismo cuerpo legal²⁸⁵. Las detalladas Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI complementan y concretizan las normas contenidas en el Estatuto. Las disposiciones del derecho procesal penal internacional pueden clasificarse en normas de derecho procesal orgánico, normas de procedimiento y normas de ejecución de las sentencias²⁸⁶. Por último, también tienen carácter procesal, a fin de cuentas, las disposiciones que regulan la cooperación internacional en asuntos penales²⁸⁷, que a corto plazo adquirirán una importancia primordial para el funcionamiento de la Administración de Justicia internacional.

136. La delimitación entre normas materiales y procesales no siempre es tarea fácil en el ámbito del derecho penal internacional. A modo de ejemplo, tanto en el Estatuto de la CPI como en las correspondientes normas en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, los tipos penales están regulados, según el tenor literal de las respectivas disposiciones, como normas de competencia²⁸⁸. Sin embargo, con razón se los califica como "tipos delictivos", ya que el

²⁸³ En profundidad, Cassese, *International Criminal Law* 2ª edición (2008), pág. 371 y ss.; *Selution*, *International Criminal Procedure: A Clash of Legal Cultures* (2010, en prensa).

²⁸⁴ En profundidad al respecto números marginales 226 y 314 y s.

²⁸⁵ La normativa se refiere a todos los aspectos del procedimiento: normas orgánicas (por ejemplo art. 1, art. 5, art. 34 y ss.), procedimiento de investigación (art. 14 y ss., 53 y ss.), el juicio propiamente tal (art. 62 y ss.), procedimiento de recursos (art. 81 y ss.), cooperación internacional y asistencia judicial (art. 86 y ss.) y ejecución de la pena (art. 103 y ss.).

²⁸⁶ En profundidad al respecto número marginal 236 y ss.

²⁸⁷ Cfr. por ejemplo, art. 86 y ss. del Estatuto de la CPI.

²⁸⁸ Así, art. 5.1 del Estatuto de la CPI extiende la "competencia de la Corte" a "los siguientes crímenes"; cfr. también arts. 1, 2 y 3 del Estatuto del TPIY: "El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas [...]".

hecho de que delimiten el ámbito de competencia presupone la punibilidad material de las conductas tipificadas²⁸⁹.

D) FUENTES E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

137. *Becker, Astrid*: Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (1995), pág. 59 y ss.; *Borsari, Ricardo*: Diritto Punitivo Sovranazionale Come Sistema (2008), pág. 255 y ss.; *Brownlie, Ian*: Principles of Public International Law, 7ª edición (2008), pág. 3 y ss.; *Bruer-Schäfer, Aline*: Der Internationale Strafgerichtshof, Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik (2001), pág. 90 y ss.; *Burghardt, Boris*: Die Vorgesetzungsverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem – Eine Untersuchung zur Rechtsprechung der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda (2008), pág. 27 y ss.; *Caracciolo, Ida*: Applicable Law, en: Lattanzi, Flavia/Schabas, William A. (editores), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, tomo I (1999), pág. 211 y ss.; *Cassese, Antonio*: The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations, en: Yee, Siemho/Tieya, Wang (editores), International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li Haopai (2001), pág. 43 y ss.; *Cassese, Antonio*: International Criminal Law, 2ª edición (2008), pág. 13 y ss.; *Costi, Matteo/Fronza, Emanuele*: Le Fonti, en: Amati, Enrico et al., Introduzione al Diritto Penale Internazionale (2006), pág. 67 y ss.; *Delmas-Marty, Mireille/Fronza, Emanuele/Lambert-Abdelgawad, Elisabeth* (editores), Les Sources du Droit International Pénal (2004); *Fastenrath, Ulrich*: Lücken im Völkerrecht, Zu Rechtscharakter, Quellen, System/zusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts (1991); *Fronza, Emanuele/Matarino, Ezzequiel*: Die Auslegung von multilingualen straffrechtlichen Texten am Beispiel des Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 118 (2006), pág. 171 y ss.; *Gornig, Gilbert*: Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerlichem Strafrecht, Neue Justiz 1992, pág. 4 y ss.; *Heintschel von Heinegg, Wolff*: Die weiteren Quellen des Völkerrechts, en: Ipsen, Knut (editor), Völkerrecht, 5ª edición (2004), § 16; *Jia, Bing Bing*: Judicial Decisions as a source of international law and the delict of duress in murder or other cases arising from armed conflict, en: Yee, Siemho/Tieya, Wang (editores), International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li Haopai (2001), pág. 77 y ss.; *Kitichaisaree, Kiatangsak*: International Criminal Law (2001), pág. 44 y ss.; *Koch, Arnd*: Über den Wert der Verbrechenselemente ("Elements of Crimes") gem.

²⁸⁹ Cfr. sobre la clasificación de las definiciones de crímenes en el Estatuto de la CPI, por un lado *Tamussen*, Die Friedens-Warte 73 (1998), 335, pág. 337 ("la descripción de los tipos penales de los crímenes [determina] no sólo la competencia del tribunal, sino que están concebidos como derecho penal material"), por otro lado, *Triffterer*, en: Gossel/Triffterer (editores), Gedächtnisschrift für Zipp (1999), 493, pág. 532 ("El Estatuto de Roma no crea derecho penal internacional material. Es la 'ley de organización judicial' para la Corte Penal Internacional permanente").

Art. 9 ISIGH-Statut, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2007, pág. 150 y ss.; Kress, Claus: Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts, Die Bewertung von Tötungen im Nötigungsnotstand durch die Rechtsmittelkammer des Internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien im Fall Erdemovic, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999), pág. 597 y ss.; Meron, Theodor: Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law (1989), págs. 1 y ss., 136 y ss.; Meron, Theodor: The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law, American Journal of International Law 90 (1996), pág. 238 y ss.; Meron, Theodor: Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court, en: von Hebel, Herman/Lammers, Johan G./Schukking, Jolien (editores), Reflections on the International Criminal Court (1999), pág. 47 y ss.; Paust, Jordan: Customary International Law: Its Nature, Source and Status as Law of the United States, Michigan Journal of International Law 12 (1990), pág. 59 y ss.; Pellet, Alain: Applicable Law, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, tomo 2 (2002), pág. 1051 y ss.; Saland, Per: International Criminal Law: Principles, en: Lee, Roy S. (editor), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), 189, pág. 213 y ss.; Schabas, William A.: The UN International Criminal Tribunals (2006); Schabas, William A.: An Introduction to the International Criminal Court, 3ª edición (2007), pág. 82 y ss.; Simma, Bruno/Paulus, Andreas: Le Role Relatif Des Différentes Sources Du Droit International Pénal, en: Ascensio, Hervé/Decaux, Emmanuel/Pellet, Alain (editores), Droit International Pénal (2001), pág. 55 y ss.; Stuckenborg, Carl-Friedrich: Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Völkerstrafrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2007, pág. 80 y ss.; Verdross, Alfred/Simma, Bruno: Universelles Völkerrecht, 3ª edición (1984), pág. 321 y ss.; Wade, Daniel L.: A Basic Guide to the Sources of International Criminal Law, en: Schaffer, Ellen G./Snyder, Randall J. (editores), Contemporary Practice of Public International Law (1997), pág. 189 y ss.; Zahar, Alexander/Sluiter, Göran: International Criminal Law (2008), pág. 79 y ss.

I. Fuentes del derecho penal internacional

138. Como parte del ordenamiento jurídico internacional, el derecho penal internacional surge de las fuentes del derecho internacional²⁹⁰. Entre éstas se cuentan los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios generales de derecho reconocidos en los principales siste-

²⁹⁰ Cfr. Cassese, International Criminal Law, 2ª edición (2008), págs. 4 y 14; Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 997; Kress, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999), pág. 597; Simma/Paulus, en: Ascensio/Decaux/Pellet (editores), Droit International Pénal (2001), pág. 55; Triffterer, Dogmatische Untersuchungen zum materiellen Völkerstrafrecht (1966), 35, pág. 128. Cfr. además, TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundjija, TC), parágrafo 190 y ss. Crítico respecto de la práctica de determinar el derecho aplicable en el derecho penal internacional, a partir de las fuentes de derecho internacional, Bantekas, International Criminal Law Review 6 (2006), pág. 121 y ss.

mas jurídicos del mundo²⁹¹. No como fuentes normativas, sino como fuentes para determinar las reglas de derecho, se consideran las decisiones judiciales y la doctrina sobre derecho internacional²⁹². Son asimismo de importancia las decisiones de los tribunales nacionales en aplicación del derecho internacional²⁹³.

139. Los reparos acerca de si las normas de derecho penal internacional cumplen realmente con los requisitos de claridad y reconocibilidad propios de las leyes penales han perdido el sustento con la entrada en vigor del Estatuto de la CPI²⁹⁴. Hoy las normas del derecho penal internacional están formuladas en el Estatuto de la CPI con una claridad que se acerca a la de los ordenamientos jurídicos nacionales. Una mayor precisión alcanzan las disposiciones del Estatuto complementadas con las de los Elementos de los Crímenes, así como con las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la CPI. Con ello, el desarrollo del derecho penal internacional, que puede describirse someramente como mezcla de derecho internacional consuetudinario y codificación parcial en tratados internacionales que se influyen recíprocamente, ha alcanzado un nuevo estadio en su consolidación.

140. La codificación del derecho consuetudinario no escrito significa un avance considerable en cuanto a la claridad y reconocibilidad de las normas²⁹⁵. La mayor facilidad

²⁹¹ Las fuentes jurídicas del derecho internacional se mencionan en el art. 38.1 del Estatuto de la CIJ. Según esto, la CIJ aplica: "a. las convenciones internacionales [...]; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; [v] 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 [...]". Cfr. al respecto Brownlie, Principles of International Law, 7ª edición (2008), pág. 3; Heintschel von Heinegg, en: Ipsen (editor), Völkerrecht, 5ª edición (2004), número marginal 2 previo al § 9. Los principios generales de derecho como fuente de derecho internacional son, según la opinión mayoritaria, una fuente subsidiaria frente al derecho convencional y consuetudinario, y sólo serán utilizadas cuando ninguna norma apropiada pueda extraerse de estas fuentes, así Brownlie, Principles of Public International Law (7ª edición 2008), pág. 16. Cfr. sobre el estado de la discusión Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, tomo I/1, 2ª edición (1989), pág. 63 y Kammerhofer, European Journal of International Law 15 (2004), 523 pág. 541 y ss.

²⁹² Cfr. art. 38.1 d) del Estatuto de la CIJ.

²⁹³ Así, por ejemplo, TPIY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreskić et al. TC), parágrafo 541.

²⁹⁴ Sobre el problema del grado de determinación de las normas de derecho penal internacional cfr., por ejemplo, Satzger, Juristische Schulung 2004, pág. 443 y ss.; Stühelbuden, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pág. 1007 y ss.

²⁹⁵ Aunque, precisamente en lo que se refiere a disposiciones individuales del Estatuto de la CPI, la alusión de Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3ª edición (1984), § 593 al efecto obstaculizador de la codificación en el derecho internacional mediante "adopción de

en la determinación del contenido y límites de las normas penales escritas equilibra ampliamente los posibles perjuicios que pudieran derivarse de la fijación de las normas en el Estatuto de la CPI para el ulterior desarrollo del derecho penal internacional²⁹⁶.

1. Tratados internacionales

141. Hasta la entrada en vigor del Estatuto de la CPI, para el derecho penal internacional los tratados internacionales eran de importancia sólo en ciertos ámbitos. Hoy, con el Estatuto de la CPI, un tratado internacional multilateral es la fuente normativa central del derecho penal internacional.

142. En el derecho penal internacional es posible reconocer un estrecho engranaje entre normas convencionales y consuetudinarias. Numerosos tratados en el ámbito del derecho penal internacional codifican, expresa o incidentalmente, el derecho consuetudinario existente. Este es, por ejemplo, el caso de los tipos penales en el Estatuto de la CPI²⁹⁷. Las disposiciones del tratado le otorgan a las normas consuetudinarias contornos más nítidos. En otras muchas ocasiones, los tratados internacionales fueron el punto de partida para el desarrollo posterior del derecho internacional consuetudinario. Así ocurrió, por ejemplo, con el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra²⁹⁸. Debido a este engranaje entre el derecho de los tratados y del derecho consuetudinario, quien aplique el derecho debe siempre tomar en consideración ambas fuentes normativas.

2. Derecho internacional consuetudinario

143. A falta de una instancia global de producción de normas, el derecho consuetudinario conserva un papel relevante en el derecho penal internacional, aun después de la entrada en vigor del Estatuto de la CPI²⁹⁹. El derecho

compromisos dilatorios que para la política jurídica carecen de valor, siendo incluso peligrosos", parece absolutamente adecuada. En general, sobre las ventajas e inconvenientes de la codificación del derecho internacional consuetudinario *Cassese, International Law*, 2ª edición (2005), pág. 167 y ss.; *Heintschel von Heinegg, en: Ipsen (editor), Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 16 número marginal 49 y ss.

Especialmente, el art. 10 del Estatuto de la CPI, según el cual las normas del Estatuto dejan intactas "las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto", disminuye adicionalmente el peligro de un "estancamiento" del derecho penal internacional.

²⁹⁶ Cfr. al respecto el número marginal 157.

²⁹⁷ Al respecto TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 98.

²⁹⁸ Cfr. *Cassese, International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 17; *Meron, American Journal of International Law* 90 (1996), 238, pág. 244. Un ejemplo importante es la vigencia de partes amplias del derecho internacional bélico también en conflictos civiles, como fue puesto de relieve por el TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC). - El principio *nullum crimen sine lege* no es contrario a la fundamentación de la punibilidad en el de-

internacional consuetudinario existe, según la definición clásica, cuando se puede constatar que a partir de un convencimiento jurídico (*opinio iuris sive necessitatis*) se origina en la práctica un uso (*consuetudo, repetitio facti*)³⁰⁰.

144. El componente objetivo del derecho consuetudinario es la práctica estatal. Ésta se deduce de la conducta oficial del Estado en su totalidad³⁰¹. Deben considerarse tanto las medidas del legislador o decisiones de sus órganos jurisdiccionales estatales, como los actos oficiales y las declaraciones de los representantes estatales. También puede ser importante la correspondiente práctica convencional. La práctica debe ser uniforme, generalizada y en lo fundamental tener también una cierta duración³⁰². Como indicadores de la práctica y del convencimiento de los Estados partes, la práctica de las organizaciones internacionales contribuye también, de forma indirecta, a la formación del derecho consuetudinario³⁰³.

145. Presupuesto de la valoración de una conducta del Estado como praxis relevante para el derecho internacional consuetudinario es que la conducta

recho consuetudinario, cfr. número marginal 103 y ss. Para un punto de vista crítico, cfr. *Esnerichter, Virginia Journal of International Law* 44 (2003), pág. 5 y ss.

³⁰⁰ Art. 38.1 b) Estatuto de la CIJ: "práctica generalmente aceptada como derecho"; cfr. al respecto *Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), §§ 549 y ss.; instructivo sobre las distintas corrientes de la ciencia jurídica que, en parte, acentúan más el componente objetivo, y en parte sitúan en primer plano el convencimiento jurídico de los Estados; *Roberts, American Journal of International Law* 95 (2001), pág. 757; cfr. también *Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht*, 2ª edición (1994), pág. 76.

³⁰¹ A este respecto, se toman en consideración los actos de todos los poderes del Estado. Cfr. *Brownlie, Principles of Public International Law*, 7ª edición (2008), pág. 6; *Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht*, 2ª edición (1994), pág. 77; *Heintschel von Heinegg, en: Ipsen (editor), Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 16 número marginal 6; *Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), § 559, pág. 581. - Sobre el papel de los sujetos no estatales de derecho internacional público en la formación del derecho internacional consuetudinario, cfr. TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC) parág. 108 y ss.

³⁰² Cfr. *Brownlie, Principles of Public International Law*, 7ª edición (2008), pág. 6 y ss.; *Heintschel von Heinegg, en: Ipsen (editor), Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 16 número marginal 4 y ss.; *Kammerhofer, 15 European Journal of International Law* (2004), 523 y pág. 525 y ss.

³⁰³ Cfr. TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC) parág. 133: "Of great relevance to the formation of opinio juris [...] are certain resolutions unanimously adopted by the Security Council"; *Brownlie, Principles of Public International Law*, 7ª edición (2008), pág. 15 ("[A]cceptance by a majority vote constitutes evidence of the opinions of governments in the widest forum for the expression of such opinions"); *Frowein, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 49 (1989), pág. 778 y ss.; *Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht*, 2ª edición (1994), pág. 84 y s. *Paust, Michigan Journal of International Law* 12 (1990), 59, pág. 70 y ss.; *Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), § 566.

tenga vinculación con alguna cuestión de derecho internacional³⁰⁴. Este puede ser también el caso, especialmente tratándose del enjuiciamiento por parte del Estado, a nivel doméstico, de crímenes de derecho internacional. Sin embargo, es dudoso que se pueda extraer alguna consecuencia para el derecho internacional consuetudinario cuando el enjuiciamiento se basa exclusivamente en los tipos penales generales, sin referencia alguna a un precepto jurídico de derecho internacional³⁰⁵.

146. A la práctica estatal se le debe de unir el correspondiente convencimiento jurídico³⁰⁶. Los límites entre convencimiento jurídico y práctica estatal se han venido haciendo claramente más fluidos. En muchas ocasiones, una determinada conducta estatal puede ser considerada, al mismo tiempo, como expresión de práctica y de una correspondiente *opinio iuris*. Los componentes objetivos y subjetivos se confunden, además, cuando la articulación de una convicción jurídica por el Estado se deduce de una práctica estatal³⁰⁷.

147. En la formación del derecho consuetudinario en el ámbito del derecho penal internacional, naturalmente la práctica judicial tiene una importancia destacada; junto a ella desempeña una importante función la práctica verbal de los Estados, expresada en declaraciones oficiales³⁰⁸. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia así lo ha expresado en su sentencia fundamental en el caso *Tadić*³⁰⁹.

³⁰⁴ Cfr. *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen, *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), § 16 número marginal 6.

³⁰⁵ Cfr., en un sentido similar, *Dahini/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, tomo I/1, 2ª edición (1989), pág. 58.

³⁰⁶ Una muestra de *opinio iuris* es por ejemplo la interpretación jurídica expuesta por el gobierno norteamericano como *Amicus Curiae* en el proceso contra Tadić ante el TPIY: "That statement articulates the legal views of one of the permanent members of the Security Council on a delicate legal issue; on this score it provides the first indication of a possible change in *opinio iuris* of States"; cfr. TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 83. Cfr. también *Kammerhofer*, 15 *European Journal of International Law* (2004), 523, pág. 532 y ss.

³⁰⁷ Al respecto *Herdegen* *Völkerrecht*, 7ª edición (2008), § 16 número marginal 3.

³⁰⁸ Cfr. al respecto *Kress*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 111 (1999), 597, pág. 602; *Meron*, *American Journal of International Law* 90 (1996), 238, pág. 240; *Roht-Arriaza*, en: Roht-Arriaza (editor), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (1995), pág. 40; *Wade*, en: Schaffer/Snyder (editores), *Contemporary Practice of Public International Law* (1997), pág. 208. Sin embargo, la sola referencia a la práctica verbal como prueba de una práctica estatal correspondiente no es, en general, suficiente. cfr. *Danilenko*, *Law-Making in the International Community* (1993), pág. 91.

³⁰⁹ Cfr. TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 99: "In appraising the formation of customary rules or general principles one should therefore be aware that, on account

148. La práctica verbal es importante para el derecho penal internacional debido a una aún persistente y constante falta de disposición de los Estados, no sólo para reconocer las normas penales, sino también para hacerlas cumplir. Existe aún una considerable discrepancia entre las declaraciones de los Estados, con frecuencia favorables al derecho penal internacional, y la práctica en cuanto al ejercicio de la persecución estatal, que suele ser mucho más reticente. No es raro que una norma reconocida en fuente, en la práctica, una extendida actitud de desacato. Sin embargo, no ha de llegarse por esto a la precipitada conclusión de que en el ámbito del derecho penal internacional apenas se ha formado hasta ahora un derecho consuetudinario por ausencia de una praxis estatal. También la conducta estatal contraria a la norma puede confirmarla, por ejemplo si tal conducta va acompañada por intentos de justificación³¹⁰. En tal caso, el Estado del que se trata refuerza la validez de la norma y valora su propia conducta como una violación de ésta.

149. En la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Krstić* se encuentra un procedimiento para determinar normas penales consuetudinarias. El punto de partida del razonamiento de la Sala son las codificaciones de las disposiciones jurídicas consuetudinarias en los tratados internacionales. En segundo lugar se considera la jurisprudencia internacional, por ejemplo, la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, los proyectos pertinentes de la Comisión de Derecho Internacional ("particularly relevant source for the interpretation of Art. 4 [Estatuto del TPIY]"), los informes de otras instituciones internacionales, como por ejemplo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la CPI ("the [Rome Statute] is a useful key to the *opinio iuris* of the States"), así como, finalmente, la legislación pertinente de los Estados³¹¹.

3. Principios generales del derecho

150. De gran relevancia para el derecho penal internacional son también los principios generales del derecho³¹². Se trata de normas jurídicas reconocidas en los grandes sistemas jurídicos del mundo³¹³. Sin embargo, no todas

of the inherent nature of this subject matter, reliance must primarily be placed on such elements as official pronouncements of States, military manuals and judicial decisions".

³¹⁰ Cfr. *Gross*, *Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften* 2001, 162, pág. 166.

³¹¹ Cfr. TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 541 y ss. Para más detalles sobre la evaluación hecha por los tribunales *ad hoc* acerca del derecho internacional consuetudinario, vid. *Burghardt*, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatssystem* (2008), pág. 27 y ss.

³¹² Cfr. *Cassese*, en: Yee-Wang (editores), *International Law in the Post-Cold War World* (2001), pág. 43 y ss.

³¹³ Cfr. TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), parág. 177; *Cassese*, *International Law*, 2ª edición (2005), pág. 188 y ss.; *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen (editor),

las normas jurídicas que se encuentran en la mayoría o en todos los sistemas jurídicos pasan a ser, de forma automática, parte del ordenamiento jurídico internacional como un principio general del derecho. Más bien es necesario un doble requisito. Primero, que la norma jurídica represente un principio jurídico y, segundo, que este principio sea trasladable al ordenamiento jurídico internacional.³¹⁴ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en este sentido ha dicho lo siguiente al respecto:

"Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions: (i) [...] international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world [not only common-law or civil-law States]; (ii) [...] account must be taken of the specificity of international criminal proceedings when utilising national law notions. In this way a mechanical importation or transposition from national law into international criminal proceedings is avoided."³¹⁵

151. Por tanto, los elementos que integran el derecho penal internacional no son propiamente las normas jurídicas en torno a las cuales los grandes sistemas³¹⁶. El campo de aplicación más importante de los principios generales del derecho en el derecho penal internacional se encuentra en la Parte General.

152. La diferenciación entre derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho causa a menudo dificultades, ya que la consolidación de la práctica estatal se encuentra en un flujo constante³¹⁷. Es por eso que precisamente en el ámbito de la Parte General del derecho penal internacional usualmente no puede determinarse si una norma jurídica representa (todavía) un principio general del derecho, o si con base en la correspondiente amplia

Völkerrecht, 5ª edición (2004), § 17 número marginal 1. Tradicionalmente se recurre sobre todo al sistema anglosajón de *common law* y al sistema continental europeo de *civil law*, cfr. *Ambos*, La Parte General de un Derecho Penal Internacional (2005), pág. 40 y s. Para una visión crítica, cfr. *Stuckenberg*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2007, 80, pág. 90. Cfr. *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen (editor), Völkerrecht, 5ª edición (2004), § 17 número marginal 3; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3ª edición (1984), § 602. Cfr. sobre el particular también *Cassese*, International Law (2003), pág. 158; *Noll-Theobald*, „Defences" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA (1998), pág. 389 y ss.; así como *Kress*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999), 597, pág. 609 nota 58.

³¹⁵ TPY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), par. 178.

³¹⁶ Cfr. *Dahm/Delbrück/Wolfgramm*, Völkerrecht, tomo I/1, 2ª edición (1989), pág. 64 ("un principio general que domine todo el ordenamiento jurídico"); *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3ª edición (1984), § 602; cfr. también *Cassese*, International Law, 2ª edición (2005), pág. 188.

³¹⁷ Cfr. *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 9ª edición (2008), pág. 187.

práctica estatal ha pasado a ser ya parte del derecho internacional consuetudinario.

II. Medios auxiliares para la determinación del derecho

153. Medios auxiliares para la determinación del derecho en el ámbito del derecho internacional son las decisiones de los tribunales internacionales y la ciencia jurídica. La información sobre las "doctrinas de los publicistas de mayor competencia" puede recogerse sobre todo en los informes y tomas de posición de las asociaciones de derecho internacional (entre otras, el *Institut de Droit International* y la *International Law Association*) así como de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Además han de considerarse las decisiones de los tribunales nacionales³¹⁸.

III. Fuentes en particular

154. En los apartados siguientes se alude a las más relevantes fuentes jurídicas y medios auxiliares para la determinación del derecho penal internacional.

1. Estatuto de la CPI, Elementos de los Crímenes, Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI

155. El Estatuto de la CPI es una fuente central del derecho penal internacional. Se trata de un tratado internacional, para el que son válidas las reglas generales de interpretación. Las disposiciones del Estatuto son complementadas por los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional³¹⁹.

³¹⁸ Cfr. sobre la autoridad de las decisiones nacionales, *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7ª edición (2008), pág. 23; *Faustenrath*, Lücken im Völkerrecht (1991), pág. 122; *Kress*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999), 597, pág. 603; cfr. también el análisis de la jurisprudencia del TPY realizado por *Nollkaemper*, en: *Boas/Schabas* (editores), International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY (2003), pág. 277 y s.

³¹⁹ Cfr. el comentario a sus disposiciones en *Lee* (editor), The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence (2001).

156. Los Elementos de los Crímenes no son vinculantes³²⁰. Ellos más bien "shall assist the Court in the interpretation and application of article 6, 7 and 8"³²¹. Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI completan y precisan las normas procedimentales que se contienen en el Estatuto. Las Reglas de Procedimiento y Prueba obligan a la Corte y a los Estados Partes³²². En el supuesto de que los Elementos de los Crímenes o las disposiciones de las Reglas de Procedimiento y Prueba contradigan una norma del Estatuto, ésta tiene preeminencia³²³.

157. En general, el Estatuto de la CPI confirma y precisa el derecho penal en vigor según el derecho internacional consuetudinario. En ocasiones, el Estatuto va más allá de la mera copia y sistematización del derecho penal consuetudinario y contribuye así autónomamente al desarrollo progresivo del derecho penal internacional³²⁴. En otras, el Estatuto se queda atrás frente al estado actual del derecho internacional consuetudinario. Este es el caso sobre todo de la criminalización de los medios prohibidos de combate en los conflictos armados no internacionales³²⁵.

158. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha resumido la importancia del Estatuto de la CPI, aun antes de su entrada en vigor, como sigue:

"In many areas the Statute may be regarded as indicative of the legal views, i.e. *opinio juris*, of a great number of States. Notwithstanding article 10 of the Statute, the purpose of which is to ensure that existing or developing law is not limited or prejudiced by the Statute's provisions, resort may be had *cum grano salis* to these provisions to help elucidate customary international

³²⁰ Pero véase CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 128, sosteniendo que "the Elements of Crimes and the Rules [of Procedure and Evidence] must be applied unless the competent Chamber finds an irreconcilable contradiction between these documents on the one hand, and the Statute on the other hand."

³²¹ Cfr. art. 9.1 del Estatuto de la CPI. La inusual combinación de elementos vinculantes y no vinculantes de los tipos delictivos es el resultado de la disparidad de opiniones en la Conferencia de Roma sobre el grado de exigencia que el principio *nullum crimen sine lege* impone en cuanto a la determinación de los tipos penales. La idea de completar la definición de los crímenes contenida en el Estatuto por medio de los Elementos de los Crímenes se remonta a una propuesta de la delegación estadounidense; cfr. Triffterer-Gaálrow/Clark, Rome Statute, 2ª edición (2008), art. 9 número marginal 1 y ss.; Koch, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2007, pág. 150 y ss.

³²² Cfr. Triffterer-Bronckhoff, Rome Statute, 2ª edición (2008), art. 51 número marginal 34 y ss.

³²³ Cfr. art. 51.3 del Estatuto de la CPI en cuanto a las Reglas de Procedimiento y Prueba y el art. 9.3 del Estatuto de la CPI en cuanto a los Elementos de los Crímenes.

³²⁴ Cfr. Clark, en: Poljić/Nesi (editores), The Rome Statute of the International Criminal Court (2001), 75, pág. 79.

³²⁵ En profundidad al respecto número marginal 977.

law. Depending on the matter at issue, the Rome Statute may be taken to restate, reflect or clarify customary rules or crystallise them, whereas in some areas it creates new law or modifies existing law. At any event, the Rome Statute by and large may be taken as constituting an authoritative expression of the legal views of a great number of States"³²⁶.

159. La cuestión de si acaso y hasta qué punto el Estatuto regula un derecho internacional basado originariamente en el tratado o es meramente una constatación declarativa del derecho consuetudinario existente³²⁷, no es bajo ningún concepto de relevancia sólo académica: en cuanto las normas tienen el carácter de derecho consuetudinario, son válidas como derecho internacional general también para Estados no partes en el tratado. A este respecto hay que distinguir: en tanto las reglas del Estatuto de la CPI puedan considerarse como expresión del derecho internacional consuetudinario ya existente, hay que partir de una constatación declaratoria, que corresponde con la voluntad de los Estados partes del tratado. Esta es la situación sobre todo en lo tocante a los tipos de delitos y a algunos aspectos de la Parte General. Aquí las reglas del Estatuto son una prueba de lo que los Estados consideran como derecho internacional consuetudinario. Al contrario, en la medida en que falten modelos a seguir en el derecho internacional consuetudinario, el Estatuto tiene el carácter de instrumento de creación del derecho. Esto sucede sobre todo con las normas procesales. De la naturaleza de la cuestión se deriva, además, que son igualmente constitutivos los preceptos que atañen directamente a la jurisdicción y organización de la Corte Penal Internacional.

2. Estatuto del TPIY y Estatuto del TPIR

160. Los Estatutos del TPIY y TPIR son conjuntos de reglas aprobadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y no tratados internacionales. Según su propia pretensión —si bien ésta no siempre se consigue— son una manifestación del derecho internacional consuetudinario. Naturalmente, la principal significación de los Estatutos ha radicado en servir como fundamento de la jurisprudencia de ambos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*. Además, pueden ser también consulados para la determinación del derecho internacional consuetudinario, a saber, como expresión de conven-

³²⁶ TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), parág. 227.

³²⁷ El hecho de que la incorporación de normas consuetudinarias en un tratado internacional, con adición de otras normas, no es algo inusual, queda demostrado por los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y en los Convenios de Ginebra de 1949. Cfr. al respecto Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3ª edición (1984), §§ 589 y ss.

cimiento jurídico de los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹²⁸.

161. El *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona*¹²⁹ es un tratado bilateral que tiene como objeto el derecho penal internacional. En cuanto al contenido de sus normas, el Acuerdo —de forma similar al Estatuto de la CPI— contiene en parte una confirmación del derecho internacional consuetudinario¹³⁰, siendo en otro tanto fuente original de derecho por medio del tratado.

3. Estatuto del Tribunal Militar Internacional y Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente

162. Las disposiciones del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente conforman, en aquello que concierne al derecho penal internacional material, normas de derecho internacional consuetudinario (Principios de Nuremberg)¹³¹.

163. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres forma parte de un tratado internacional¹³²; al contrario de lo que ocurre con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, dispuesto unilateralmente por la potencia ocupante. Esta clasificación de las reglas del Estatuto del Tribunal Militar Internacional como norma internacional convencional es independiente de la cuestión

¹²⁸ Véase *Burghardt*, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatssystem* (2008), pág. 37 y ss.

¹²⁹ ONU Doc. S/2000/915, anexo I.

¹³⁰ Esto es válido aquí también, sobre todo para los tipos delictivos de los crímenes; cfr. al respecto, el *Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona de 4 de octubre de 2000*, ONU Doc. S/2000/915, pág. 3 ("En reconocimiento del principio de legalidad [...] los crímenes internacionales enumerados son crímenes que se considera tenían tal carácter con arreglo al derecho internacional consuetudinario en el tiempo en que presuntamente se cometieron"). Sin embargo, cfr. *McDonald*, *International Review of the Red Cross* 84 (2002), pág. 121 y ss.

¹³¹ El TPIY recurre al Estatuto del TMI y al Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente como prácticas estatales ("relevant practice"), cfr. TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 288 y ss.; TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), parág. 190 y ss. Cfr. también, *Jeschke*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 415: "[L]a conducta fáctica global de las potencias vencedoras en el marco del Juicio de Nuremberg [...] como prueba de la práctica estatal". Según la opinión del TPIY, el Estatuto del TMI y la Ley n° 10 del Consejo de Control son "treaty provisions which are at the very origin of the customary process". Cfr. TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 290.

¹³² Cfr. el número marginal 14.

controvertida de hasta qué punto, a causa de la falta de inclusión de Alemania entre las partes del Acuerdo, el Tribunal Militar Internacional fue verdaderamente un Tribunal "internacional" o sólo un Tribunal "según el derecho de ocupación"¹³³.

4. Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado

164. La Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado fue un producto del derecho de ocupación¹³⁴. Sin embargo, sus disposiciones sobre derecho penal internacional material se reconocen hoy como expresión de derecho consuetudinario¹³⁵.

5. Convenios de Ginebra, Convención sobre el Genocidio, Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre

165. También son importantes fuentes del derecho penal internacional las normas pertinentes del Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre adoptado en La Haya el 18 de octubre de 1907, de la Convención sobre el Genocidio de 9 de diciembre de 1948 y de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incluidos sus Protocolos adicionales. Muchas de las normas penales contenidas en estos tratados, como por ejemplo las de la Convención sobre el Genocidio, están reconocidas hoy día como derecho internacional consuetudinario¹³⁶.

6. Decisiones de tribunales internacionales

166. El derecho penal internacional aplicable va siendo definido de forma constante por la jurisprudencia de los tribunales internacionales¹³⁷. Especialmente importantes son las decisiones del Tribunal Militar Internacional de

¹³³ Cfr. sobre la (controvertida) naturaleza jurídica del Tribunal Militar Internacional *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (1999), pág. 69 y ss.; *Jeschke*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 148 y ss., 168.

¹³⁴ Cfr. *Jeschke*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 178.

¹³⁵ Cfr. TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 288 y ss.; TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), parág. 190 y ss.

¹³⁶ Cfr. número marginal 705.

¹³⁷ Esto también lo pone de relieve *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 26 y s. Los textos completos de las decisiones de los tribunales actualmente activos se

Nuremberg, las del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, así como las del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Corte Penal Internacional. Las decisiones de estos tribunales representan importantes medios auxiliares de determinación del derecho³³⁸.

167. La vinculación de los tribunales a sus propias decisiones se produce de distintas formas. La Corte Penal Internacional puede basar sus decisiones en "principios y normas de derecho respecto de las cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores"³³⁹, pero sin embargo no está obligado a hacerlo. Más rígida es la vinculación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda a sus precedentes. A este respecto, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha declarado: "[i]n] the interests of certainty and predictability, the Appeals Chamber should follow its previous decisions, but should be free to depart from them for cogent reasons in the interest of justice"³⁴⁰. Con esto, la Cámara parte de la base de una tendencia común a todos los tribunales, consistente en no desviarse —en la medida de lo posible— de sus decisiones anteriores³⁴¹. Como regla, la Cámara de Apelaciones seguirá por tanto la *ratio decidendi* de sus decisiones anteriores. Las decisiones de la Cámara de Apelaciones son jurídicamente vinculantes para las Cámaras de Primera Instancia³⁴², pero éstas no están vinculadas a las decisiones de las demás Cámaras de Primera Instancia³⁴³. Carecen de efecto vinculante para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, las sentencias de otros tribunales internacionales, como por ejemplo el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg³⁴⁴ o la Corte Internacional de Justicia³⁴⁵.

encuentran en Internet; cfr. <http://www.icc-cpi.int>; <http://www.icty.org> (visitadas en diciembre de 2009).

338 Cfr. *Antibos*, La Partie General de un Derecho Penal Internacional (2005), pág. 42 y ss.; *Ila*, en: Yee/Wang (editores), *International Law in the Post-Cold War World* (2001), 77, pág. 93 y ss.; *Kress*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1999), 597, pág. 603.

339 Art. 21.2 del Estatuto de la CPI.

340 TPIY, sentencia de 24 de marzo de 2000 (Aleksowski, AC), parág. 107. Cfr. sobre el particular *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 27.

341 TPIY, sentencia de 24 de marzo de 2000 (Aleksowski, AC), parág. 97: "[A] general trend in both the common law and civil law systems, whereby the highest courts, whether as a matter of doctrine or of practice, will normally follow their previous decisions".

342 TPIY, sentencia de 24 de marzo de 2000 (Aleksowski, AC), parág. 113.

343 TPIY, sentencia de 24 de marzo de 2000 (Aleksowski, AC), parág. 113; TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2001 (Kordić y Čerkez, TC), parág. 163.

344 TPIY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreskić et al., TC), parág. 540.

345 TPIY, sentencia de 20 de febrero de 2001 (Delalić et al., AC), parág. 24: "Although the Appeals Chamber will necessarily take into consideration other decisions of international courts, it may, after careful consideration, come to a different conclusion".

7. Resoluciones y decisiones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, así como informes del Secretario General de las Naciones Unidas

168. Las decisiones de los órganos de organizaciones internacionales expresan el convencimiento jurídico de los Estados participantes y contribuyen de esta forma a la formación y confirmación del derecho internacional consuetudinario³⁴⁶. Un ejemplo significativo para el derecho penal internacional es la resolución 95 de 11 de diciembre de 1946, con la que la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de Nuremberg³⁴⁷. Asimismo, las decisiones del Consejo de Seguridad son expresión del convencimiento jurídico de sus miembros. De especial relevancia para el derecho penal internacional son sobre todo el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la ex Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que fueron aprobados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La toma de posición de algunos Estados individuales en relación con la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha de utilizarse como *travaux préparatoires* en la interpretación de las reglas de los Estatutos³⁴⁸.

169. Los Informes del Secretario General de las Naciones Unidas en relación con la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*³⁴⁹ deben considerarse como una interpretación auténtica en la aplicación de los Estatutos, siempre que no contradigan sus normas³⁵⁰.

346 Cfr. el número marginal 144.

347 Cfr. ONU Doc. A/RES/195 (1946): "The General Assembly [...] affirms the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal"; así como *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1038 y ss.

348 Cfr. TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 303; TPIY, sentencia de 20 de febrero de 2001 (Delalić et al., AC), parág. 131.

349 Cfr. el Informe del Secretario General de 3 de mayo de 1993 (ONU Doc. S/25704) y el Informe del Secretario General de 4 de octubre de 2002. (ONU Doc. S/2000/915); cfr. también número marginal 48.

350 Al respecto en profundidad TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 294 y ss. ("authoritative interpretation").

8. Proyectos y decisiones de la Comisión de Derecho Internacional

170. Los informes y proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas³⁵¹ son medios auxiliares para la determinación del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, y tienen por ello una influencia considerable en el desarrollo del derecho penal internacional. Como especialmente significativo para el derecho penal internacional material aparece el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*), presentado en distintas versiones. En palabras del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se trata de "an authoritative international instrument which, depending upon the specific question at issue, may (i) constitute evidence of customary law, or (ii) shed light on customary rules which are of uncertain contents or are in the process of formation, or, at the very least, (iii) be indicative of the legal views of eminently qualified publicists representing the major legal systems of the world"³⁵².

9. Proyectos y decisiones de asociaciones académicas internacionales

171. De gran importancia como medios auxiliares de determinación del derecho son además los trabajos de grandes asociaciones académicas (privadas) del ámbito del derecho internacional y del derecho penal, como la Association Internationale de Droit Pénal, la International Law Association o el Institut de Droit International.

10. Decisiones de tribunales nacionales

172. En el ámbito del derecho penal internacional, los tribunales nacionales tienen una doble función para la determinación del derecho. Por un lado, son manifestación tanto del convencimiento jurídico como de una práctica estatal y pueden así crear normas consuetudinarias de una práctica estatal y contribuir a la cristalización de principios generales del derecho³⁵³. Por otro lado, las decisiones de los tribunales nacionales pueden ayudar a determi-

³⁵¹ Cfr. sobre el mandato de la Comisión de Derecho Internacional nota 71 en número marginal 40.

³⁵² TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), parág. 227; la sentencia se refiere en concreto al Proyecto de Código de 1996.

³⁵³ Cfr. el número marginal 147.

nar el contenido de las normas del derecho penal internacional como medios auxiliares de determinación del derecho³⁵⁴.

173. Para la formación de normas penales de derecho internacional consuetudinario son sobre todo de importancia los (pocos) procesos penales llevados a cabo por tribunales nacionales en los cuales se ha hecho expresa referencia al derecho penal internacional. Entre ellos cabe destacar las decisiones adoptadas por los tribunales de ocupación y por el Tribunal Superior de la Zona Británica sobre la base de la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado en el período inmediato de posguerra³⁵⁵. En tiempos posteriores, cabe aludir a los casos *Eichmann*, *Barbie*, *Demjanjuk*, *Touvier* y *Finta*³⁵⁶.

11. Legislación estatal

174. Como expresión del convencimiento jurídico y al mismo tiempo como práctica estatal, también los actos de legislación estatal conforman el derecho penal internacional. Lo anterior ocurre, por ejemplo, respecto de los actos de recepción de las normas penales internacionales en el derecho estatal (por ejemplo el Código Penal Internacional alemán)³⁵⁷.

³⁵⁴ Cfr. TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), parág. 190 y ss. Sin embargo, el Tribunal reflexiona al respecto (parág. 194): "one should constantly be mindful of the need for great caution in using national case law for the purpose of determining whether customary rules of international criminal law have evolved in a particular matter".

³⁵⁵ Cfr. el número marginal 33 y ss.

³⁵⁶ Objeto de estos procesos fueron los crímenes cometidos durante el Tercer Reich: *Eichmann*, Israel, District Court of Jerusalem, sentencia de 12 de diciembre de 1961, en: *International Law Reports* 36 (1968), pág. 1 y ss., Supreme Court, sentencia de 29 de mayo de 1962, en: *International Law Reports* 36 (1968), pág. 277 y ss.; *Barbie*, Francia, Cour de Cassation, sentencia de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984 y 20 de diciembre de 1985, en: *International Law Reports* 78 (1988), pág. 125 y ss., Cour de Cassation, sentencia de 3 de junio de 1988, en: *International Law Reports* 100 (1995), pág. 330 y ss.; *Demjanjuk*, USA, Court of Appeals, sentencia de 31 de octubre de 1985, en: *International Law Reports* 79 (1989), pág. 534 y ss.; *Touvier*, Francia, Cour d'Appel de Paris, sentencia de 13 de abril de 1992, en: *International Law Reports* 100 (1995), pág. 338 y ss., Cour de Cassation, sentencia de 27 de noviembre de 1992, en: *International Law Reports* 100 (1995), pág. 357 y ss.; *Finta*, Canadá, Ontario Court of Appeal, sentencia de 29 de abril de 1992, en: *International Law Reports* 98 (1994), pág. 520 y ss., Canada Supreme Court, sentencia de 24 de marzo de 1994, en: *International Law Reports* 104 (1997), pág. 284 y ss.

³⁵⁷ Cfr. al respecto TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 132 ("Attention should also be drawn to national legislation designed to implement the Geneva Conventions"). Cfr. también el número marginal 78 y ss.; sobre el Código Penal Internacional alemán cfr. el número marginal 334 y ss.

12. Manuales militares

175. En el ámbito del derecho internacional bélico, los manuales militares utilizados por numerosos Estados son una importante expresión del convencimiento jurídico y de la práctica estatal³⁵⁸.

IV. Interpretación

176. La aplicación de tratados internacionales de derecho penal internacional requiere siempre de la interpretación de las disposiciones a aplicar. A este respecto resulta válido para el derecho internacional lo mismo que para las normas legales en el interior del Estado. Las normas centrales para la interpretación de los tratados internacionales se contienen en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969³⁵⁹. Como expresión de derecho consuetudinario³⁶⁰, estas normas de interpretación no sólo han de ser consultadas para la interpretación del Estatuto de la CPI, sino también para la interpretación "of any other norm-creating instrument"³⁶¹, es decir, por ejemplo para la interpretación de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruan-
da³⁶².

³⁵⁸ Cfr. TPiY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 83 ("German Military Manual"), parág. 130 y ss. Sobre la obligatoriedad jurídica de tales manuales militares cfr. *Green*, *Canadian Yearbook of International Law* 27 (1989), 167, pág. 180 y s.

³⁵⁹ 1155 UNTS (1969), pág. 331 y ss. Art. 31: "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado [...].". Art. 32: "Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifestamente absurdo o irrazonable". Cfr. sobre la validez de la Convención de Viena como derecho internacional consuetudinario: CIJ, sentencia de 12 de noviembre de 1996 (Case Concerning Oil Platforms Iran vs. USA), en: ICJ Reports 1996, pág. 803, parág. 23.

³⁶⁰ TPiY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 303. *Kittichaisaree*, *International Criminal Law* (2001), pág. 46.

³⁶¹ Cfr. por ejemplo TPiY, sentencia de 24 de febrero de 2000 (Aleksovski, AC), parág. 98; *Cassese International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 15 y s.

177. Por ello, también en el derecho penal internacional es de aplicación, en esencia, el canon clásico³⁶³ de los métodos de interpretación³⁶⁴. El punto de partida de la interpretación es el sentido ordinario ("ordinary meaning") del texto³⁶⁵. Han de tomarse en consideración también el contexto sistemático, es decir, otros acuerdos o tratados entre las partes contratantes, así como el objeto y fin tanto de la norma del tratado como del tratado en su conjunto (art. 31 de la Convención de Viena). En la interpretación del Estatuto de la CPI hay que considerar a este respecto, por ejemplo, los Elementos de los Crímenes. La interpretación histórica, esto es, la ponderación de los materiales de las negociaciones, por lo general extensos en el derecho internacional, se encuentra regulada como "medio de interpretación complementario", ordenada subsecuentemente a la interpretación gramatical, teleológica, y sistemática (art. 32 de la Convención de Viena). Sólo alcanza una importancia autónoma cuando la aplicación de los demás mecanismos de interpretación no conduce a ningún resultado claro o lleva a un resultado abiertamente absurdo o irrazonable ("unreasonable").

178. Junto al criterio de interpretación principal del efecto útil, la interpretación a la luz de los fines del tratado y de su fomento permanente³⁶⁶, el derecho penal internacional conoce además dos reglas específicas de interpretación. Primero, siempre que las normas de los tratados tengan origen en una norma de derecho consuetudinario deben ser interpretadas de conformidad con la correspondiente norma de derecho consuetudinario (el aquí denominado principio de interpretación conforme al derecho consuetudinario)³⁶⁷. En palabras del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

³⁶³ Cfr. por ejemplo Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 3ª edición (1999), número marginal 359 y ss.; *Jeschek/Weigend*, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición (2002), pág. 161 y ss. Cfr. también *LaFare/Scott*, *Criminal Law*, 4ª edición (2003), pág. 85 y ss.

³⁶⁴ Así, por ejemplo, TPiY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 71 y ss., diferencia entre "literal", "teleological" y "logical and systematic interpretation". TPiY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Mucić et al., TC), parág. 158 y ss., aplica la "literal rule", la "golden rule" y la "mischief rule of interpretation".

³⁶⁵ A este respecto, ninguno de los idiomas oficiales del Estatuto de Roma puede tener preferencia sobre los demás. En caso de duda, no es suficiente referirse sólo a la versión inglesa; es necesario, más bien, tener en cuenta las seis versiones oficiales de Estatuto. Para más detalles, vid. *Fronza/Malarno*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 118 (2006), pág. 927 y ss.

³⁶⁶ Al respecto *Herdegen Völkerrecht*, 7ª edición (2008), § 15 número marginal 32.
³⁶⁷ Cfr. *Kittichaisaree*, *International Criminal Law* (2001), pág. 45.

"[...] in case of doubt and whenever the contrary is not apparent from the text of a statutory or treaty provision, such a provision must be interpreted in light of, and in conformity with, customary international law"³⁶⁸.

179. Sobre todo en el ámbito del derecho penal internacional bélico es importante, como segunda regla específica de interpretación, tomar en consideración las normas de prohibición del derecho internacional en las que se origina la norma penal (aquí denominada, interpretación conforme a una norma de prohibición). La accesoriidad al derecho internacional humanitario y a las correspondientes normas de prohibición incide de modo determinante en la interpretación. Algo similar ocurre en cuanto los crímenes de derecho internacional se basan en garantías de derechos humanos³⁶⁹.

180. El nexo de unión entre norma de prohibición y norma penal puede ser sin embargo más o menos estrecho, según el caso. Mientras que en los crímenes de lesa humanidad su origen en los derechos humanos es sólo difusamente reconocible, en el ámbito de los crímenes de guerra la estrecha relación con el derecho internacional humanitario es evidente. Los tipos delictivos son (con el efecto jurídico de la prohibición), en parte desde hace tiempo, parte integrante del derecho positivo. Sólo se añade el efecto jurídico de la sanción penal³⁷⁰.

181. Mientras que en el derecho convencional, el desafío para quien aplica la norma jurídica es su interpretación, la dificultad en el derecho internacional consuetudinario (no escrito) consiste, en primer lugar, en la identificación de la norma jurídica como tal³⁷¹.

³⁶⁸ TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 287. Los redactores del Estatuto del TPIY tenían la intención de moverse en el marco del derecho internacional consuetudinario, en cuanto no se aparten expresamente de él, cfr. TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parágs. 287 y 296.

³⁶⁹ La estrecha conexión entre derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos (al respecto número marginal 125 y ss.) se confirma, aunque con ligeros matices divergentes, en el art. 21.3 del Estatuto de la CPI; según el cual la aplicación e interpretación del derecho penal internacional (con más exactitud: "del derecho de conformidad con el presente artículo") "deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Como el caso *Lubanga* puso de relieve, esta disposición es importante sobre todo para los derechos del imputado, especialmente su derecho a un juicio justo, vid. CPI, decisión de 14 de diciembre de 2006 (*Lubanga Dyilo*, PTC), parág. 37; CPI, decisión de 13 de junio de 2008 (*Lubanga Dyilo*, IC), parág. 77 y ss.; CPI, sentencia de 21 de octubre de 2008 (*Lubanga Dyilo*, AC), parág. 46 y ss.

³⁷⁰ Al respecto en profundidad número marginal 959 y ss.

³⁷¹ También la norma jurídica consuetudinaria requiere ser interpretada, cfr. *Faustmann*, *Lücken im Völkerrecht* (1991), pág. 206 y s., con más referencias.

V. Determinación del derecho por la Corte Penal Internacional

182. El art. 21 del Estatuto de la CPI contiene una regulación especial para la determinación del derecho por la Corte Penal Internacional. En él se establecen las clases y rango de las fuentes normativas determinantes para la CPI³⁷². Las fuentes normativas del art. 21 del Estatuto de la CPI no se diferencian de las ya descritas fuentes normativas del derecho internacional general por los tipos de fuentes del derecho, sino por su jerarquización y precisión³⁷³.

183. El art. 21 del Estatuto de la CPI contiene una doble jerarquización: por un lado, en el mandato de aplicación se diferencia entre una norma obligatoria (pfo. 1) y una norma facultativa (pfo. 2). Por otro lado, dentro del pfo. 1 se ordenan jerárquicamente tres grupos de fuentes jurídicas. Finalmente, en el pfo. 3 se encuentra una regla general de interpretación y de aplicación.

184. Según el art. 21 del Estatuto de la CPI, la principal fuente jurídica es el propio Estatuto. Éste es complementado por los Elementos de los Crímenes y por las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI³⁷⁴. En segundo término, el derecho penal internacional se deduce de acuerdos internacionales, así como a partir de otras normas de derecho internacional ("principios y normas de derecho internacional")³⁷⁵ incluido el derecho internacional de los conflictos armados. A las normas de derecho internacional en este sentido pertenece el

³⁷² Sobre la historia del origen de la norma cfr. *Saland*, en: *Lee* (editor), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute* (1999), 189, pág. 213 y ss. No está claro si el art. 21 del Estatuto de la CPI es, como el art. 38 del Estatuto de la CIJ, expresión del derecho internacional consuetudinario y si por lo tanto sus disposiciones son determinantes también para el derecho penal internacional en general. En este sentido se pronuncia sin embargo Trifunier-McAuliffe de *Guenan*, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 21 número marginal 6 ("first codification of the sources of international criminal law"). Para *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 15, el orden de las fuentes establecido en el art. 21 del Estatuto de la CPI se corresponde con aquel válido en general para el derecho penal internacional.

³⁷³ Cfr. al respecto *Pellet*, en: *Cassese/Gaccia/James* (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 2 (2002), 1051, pág. 1076 y ss.

³⁷⁴ La primacía del Estatuto de la CPI frente a los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba no resulta del art. 21.1 del Estatuto de la CPI, sino del contexto general, cfr. art. 9.3, art. 51.5 del Estatuto de la CPI. Al respecto *Caracciolo*, en: *Lattanzil Schabas* (editores), *Essays on the Rome Statute*, tomo 1 (1999), 211, pág. 226; *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª edición (2007), pág. 195.

³⁷⁵ Cabe distinguir los aquí mencionados principios del derecho internacional de los principios generales de derecho en el sentido del art. 38.1 c) del Estatuto de la CIJ; cfr. *Faustmann*, *Lücken im Völkerrecht* (1991), pág. 125.

derecho internacional consuetudinario³⁷⁶; no así, por el contrario, los principios generales del derecho³⁷⁷. Sólo en el supuesto de que el Estatuto de la CPI y demás formas de derecho internacional convencional y consuetudinario se mostrasen ineficaces ("en su defecto"), según el art. 21.1 c) del Estatuto de la CPI, habrá de acudir también al derecho estatal. Esto ocurre en forma de principios generales del derecho "que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo"³⁷⁸. De especial importancia es el derecho de los Estados que "normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen"³⁷⁹. Una especificación sobre los Estados referidos, como la contenida en los proyectos preliminares³⁸⁰, no aparece en el texto del art. 21 del Estatuto de la CPI. Por tanto, conforme a las reglas generalmente reconocidas en cuanto al ámbito de aplicación del derecho penal, se considerará el derecho del Estado de comisión del delito, así como el del Estado de nacionalidad del autor y el de la víctima. Por el contrario, la competencia penal facultativa según el principio de jurisdicción universal no es suficiente³⁸¹.

185. El art. 21.2 del Estatuto de la CPI dispone una clara renuncia a la vinculación prejudicial estricta (*stare decisis*), propia del derecho anglo-americano. Según esta disposición, la Corte *puede* basarse en anteriores decisiones, sin embargo no está obligada a hacerlo. Las decisiones de la Corte no tienen pues un efecto de precedente en sentido estricto³⁸².

³⁷⁶ Cfr. *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 3ª edición (2007), pág. 196.

³⁷⁷ En el mismo sentido véase *Pellet*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 2 (2002), 1051, pág. 1071 ("exclusively to customary international law", 1073); div. en sin embargo *Caracciolo*, en: Lattanzi/Schabas (editores), *Essays on the Rome Statute*, tomo 1 (1999), 211, pág. 227 y *Antbos*, *La Parte General de un Derecho Penal Internacional* (2005), pág. 35 y s., para quienes los principios generales de derecho deben comprenderse bajo el art. 21.1 b) del Estatuto de la CPI.

³⁷⁸ Cfr. Triffterer-McAuliffe de Guzman, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 21 número marginal 14 y ss. La importancia del derecho nacional para la jurisprudencia de la CPI fue objeto de fuertes controversias en la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma. Al respecto *Saland*, en: Lee (editor), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute* (1999), 189, pág. 213 y s.

³⁷⁹ La contradicción que mediante esta adición surge con la postulada "generalidad" de los principios es un ejemplo típico del carácter compromisorio del Estatuto de la CPI, que, a veces, se impone a costa de la consecuencia lógica y sistemática.

³⁸⁰ Al respecto Triffterer-McAuliffe de Guzman, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 21 número marginal 18.

³⁸¹ Ya que, de otro modo, todo Estado "normalmente" tendría competencia penal, y el art. 21.1 c) del Estatuto de la CPI quedaría vacío de contenido; no es correcto, por tanto, lo sostenido por Triffterer-McAuliffe de Guzman, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 21, número marginal 18.

³⁸² Sobre los efectos vinculantes de las decisiones del TPIY cfr. el número marginal 167.

E) ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL

[EXTRACTO]

FUENTE: Quintano Ripollés, Antonio: Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, tomo I (1955), pag. 408 y ss.

Article 6. The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

a) Crimes against Peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

b) War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

c) Crimes against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of

Artículo 6. El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el Artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, tendrá competencia para juzgar y castigar a las personas que actuando en favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación.

Los siguientes actos, o uno cualquiera de ellos, son crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual:

a) Crímenes contra la paz: es decir, planeamiento, preparación, [iniciación o ejecución de una guerra de agresión o 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;

b) Crímenes de guerra: es decir, violaciones de las leyes y [...] costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares;

or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

c) Crímenes contra la humanidad: es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos son responsables de todos los actos realizados por toda persona en ejecución a tales planes.

Article 7. The official position of the defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.

Article 8. The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

Artículo 7. La posición oficial de los acusados, sea como jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo.

Artículo 8. El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no librará al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere.

F) ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA EL LEJANO ORIENTE

[EXTRACTO]

FUENTE: Pignatelli y Meca, Fernando: El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios (2003), pág. 71 y ss.

Article 5. Jurisdiction Over Persons and Offences. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offences which include Crimes against Peace.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

a) Crimes against Peace: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

b) Conventional War Crimes: Namely, violations of the laws or customs of war;

c) Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan.

Artículo 5. Jurisdicción sobre Personas y Delitos. El Tribunal tendrá la facultad de procesar y castigar criminales de guerra del Lejano Oriente que tanto individualmente o como miembros de organizaciones estén acusados de delitos que incluyan Crímenes contra la Paz.

Las siguientes acciones, o cualquiera de ellas, son crímenes competencia de la jurisdicción del Tribunal para los que habrá responsabilidad individual:

a) Crímenes contra la Paz: Es decir, el planeamiento, la preparación, el inicio o la realización de una guerra de agresión, declarada o declarada, o de una guerra violando leyes internacionales, tratados, acuerdos o garantías, o la participación en un proyecto común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de lo anterior;

b) Crímenes de Guerra Ordinarios: Es decir, violaciones de las leyes y usos de la guerra;

c) Crímenes contra la Humanidad: Es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación de otras acciones inhumanas cometidas contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por causas políticas o raciales en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen de la jurisdicción del Tribunal, violando o no las leyes nacionales del país donde son perpetrados. Dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o en la ejecución de un plan en común o conspiración para cometer cualquiera de los crímenes anteriores, son

responsables de todas las acciones llevadas a cabo por cualquier persona en la ejecución de dicho plan.

Article 6. Responsibility of Accused. Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

Artículo 6. Responsabilidad y Acusado. En ningún caso, ni por el cargo oficial de un acusado, ni por el hecho de que un acusado actúe obedeciendo órdenes de su gobierno o de superior, serán suficientes por sí mismos para librar a tal acusado de responsabilidad por cualquier crimen por el que esté procesado, pero tales circunstancias podrían ser consideradas en atenuación de la pena, si el tribunal determina que en justicia se requiere.

G) LEY N° 10 DEL CONSEJO DE CONTROL ALIADO [EXTRACTO]

Article II. 1. Each of the following acts is recognized as a crime:

(a) Crimes against Peace. Initiation of invasions of other countries and wars of aggression in violation of international laws and treaties, including but not limited to planning, preparation, initiation or waging a war of aggression, a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.

(b) War Crimes. Atrocities or offenses against persons or property, constituting violations of the laws or customs of war, including but not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose, of civilian population from occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity.

(c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.

(d) Membership in categories of a criminal group or organization declared criminal by the International Military Tribunal.

2. Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was

(a) a principal or;

(b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or;

(c) took a consenting part therein or;

(d) was connected with plans or enterprises involving its commission or;

(e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or;

(f) with reference to paragraph 1 (a), if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country.

3. Any persons found guilty of any of the crimes above mentioned may upon conviction be punished as shall be determined by the tribunal to be just. Such punishment may consist of one or more of the following:

(a) Death.

(b) Imprisonment for life or a term of years, with or without hard labor.

(c) Fine, and imprisonment with or without hard labour, in lieu thereof.

(d) Forfeiture of property.

(e) Restitution of property wrongfully acquired.

(f) Deprivation of some or all civil rights.

Any property declared to be forfeited or the restitution of which is ordered by the Tribunal shall be delivered to the Control Council for Germany, which shall decide on its disposal.

4. (a) The official position of any person, whether as Head of State or as a responsible official in a Government Department, does not free him from responsibility for a crime or entitle him to mitigation of punishment.

(b) The fact that any person acted pursuant to the order of his Government or of a superior does not free him from responsibility for a crime, but may be considered in mitigation.

In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect of the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment.

H) PRINCIPIOS DE NUREMBERG

FUENTE: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 5º período de sesiones, 5 de junio a 29 de julio de 1950.

Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción.

Principio II. El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

Principio III. El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

Principio V. Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

Principio VI. Los delitos enunciados a continuación son punibles, como delitos, en derecho internacional:

a) Delitos contra la paz:

- i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
- ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).

b) Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar; la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Delitos contra la humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales

o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

Principio VII. La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional.