

# LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO INTERNACIONAL EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

José B. ACOSTA ESTÉVEZ

## SUMARIO:

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. I. LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS INTERNACIONALES, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1. La tipificación internacional de los delitos internacionales. 2. El Estatuto de Roma y las condiciones esenciales inherentes al sistema jurídico penal. 3. La costumbre internacional y las normas consuetudinarias penales. 3.1. El origen consuetudinario de los delitos internacionales. 3.2. La costumbre internacional y el principio de legalidad penal. 3.2.1. El principio de legalidad en sentido amplio y el principio de jurisdicción. 3.2.2. La interacción costumbre-tratado. a) Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. b) El Estatuto de Roma. 3.2.3. La elaboración jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de legalidad criminal y penal. 4. Los delitos internacionales extramuros del Estatuto de Roma. II. LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-TÉCNICA DE DELITO INTERNACIONAL EN EL ESTATUTO DE ROMA. 1. El concepto jurídico técnico de delito internacional. 2. Los elementos del delito en el Estatuto de Roma. 2.1. La acción. 2.2. La tipicidad. 2.3. La antijurisdicción. 2.4. La culpabilidad. III. CONSIDERACIONES FINALES.

*Un DELITO es un pecado... Y, por tanto, puede consistir no sólo en la **perpetración** de un hecho, o en pronunciar palabras que la ley prohíbe, o en la **omisión** de lo que la ley ordena, sino también en la intención o propósito de trasgredirla.*

**Thomas Hobbes\***

## PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La jurisdicción de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) y de la Corte Penal Internacional (CPI) está acotada por unos límites subjetivos –el sujeto autor del delito– cuyo análisis conecta con la particular situación del individuo ante el Derecho internacional. Situación que debe contemplarse desde la doble perspectiva de la subjetividad internacional y de la teoría de la responsabilidad internacional, pues en el fondo

\* HOBBS, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 2002, p. 251.

de la cuestión relativa a los Tribunales Internacionales<sup>1</sup> y a la CPI<sup>2</sup>, en tanto que órganos judiciales encargados de verificar responsabilidades penales internacionales individuales, late el tema de la debatida subjetividad internacional de las personas físicas.

La existencia de una jurisdicción penal internacional solamente se explica ante la existencia de conductas punibles perpetradas por el ser humano, es decir, por la comisión de hechos graves de trascendencia para la sociedad internacional en su conjunto y, *por ende*, generadores de responsabilidad internacio-

1. BOURGON, S., *Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie : avancées jurisprudentielles significatives*, “Un siècle de Droit international humanitaire. Centenaire des Conventions de La Haye. Cinquantenaire des Conventions de Genève”, Bruylant, Bruselas, 2001; CONDORELLI, L., *Le Tribunal Pénal International pour l'Ex Yougoslavie et sa jurisprudence*, Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Aranzadi, 1997; DELGADO CÁNOVAS, J., *Análisis de la legalidad de la creación por las Naciones Unidas de un tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000; FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional (Decisión de la Sala de Apelación de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)*, en REDI (1996), p. 24 y ss.; PELLET, A., *Le Tribunal Criminel International pour l'ex Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?*, en RGDIP, núm. 1 (1994), pp. 7 y ss.; QUEL LÓPEZ, F., *Los efectos de la creación del Tribunal internacional penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español*, en REDI, núm. 1 (1994), pp. 61 y ss.; QUEL LOPEZ, F., *Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario*, en ADI, vol. XIII (1997), p. 471 y ss.; SHARGA, D. y ZACKLIN, R., *The Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, en EJIL, vol. 5 (1994), p. 360 y ss.

2. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002; CARRILLO SALCEDO, J., *La Cour Pénale Internationale: l'humanité trouve une place dans le Droit international*, en RGDIP, núm. 1 (1999), p. 23 y ss.; CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002; CONDORELLI, L., *La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)*, en RGDIP, núm. 1 (1999), p. 7 y ss.; CUERDA RIEZU, A. y RUIZ COLOME, M., *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, en La Ley, 1999, núm. 4724; DAVID, E., *La répression pénale internationale: l'avenir de la Cour Pénale Internationale*, “Un siècle de Droit international humanitaire. Centenaire des Conventions de La Haye. Cinquantenaire des Conventions de Genève”, Bruylant, Bruselas, 2001; DAVID, E., *La Cour Pénale Internationale*, RCADI, vol. 313 (2005), pp. 329 y ss.; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, “Hacia una justicia internacional”, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000; KAUL, H., *La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y alcance*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; PÉREZ CEBADERA, M., *La organización y competencias de la Corte Penal Internacional*, “La Corte Penal Internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; SADAT, L., *The International Criminal Court and the transformation of International Law. Justice for the new Millennium*, Transnational Publishers, Ardsley, 2002; SCHA-BAS, W., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Nueva York, 2001; SUNGA, L., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; TRIFFERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999.

nal penal individual. Estas conductas punibles son perseguidas y, en su caso, penadas por la sociedad internacional a través de los medios dispuestos a tal efecto (jurisdicción internacional penal) pero todo ello de conformidad con el principio de legalidad penal.

Todo sujeto de Derecho internacional es capaz de derechos y obligaciones, por un lado, y de legitimación activa y pasiva, por otro, además de participar en el proceso de elaboración de las normas jurídico-internacionales. Pero no son solamente estos sujetos (Estados y organizaciones internacionales) los únicos destinatarios de tales normas. De esta suerte, existen otras entidades no estatales que, si bien no detentan la categoría de sujetos internacionales, tienen relevancia internacional: los pueblos, los movimientos de liberación, beligerantes e insurrectos, las empresas transnacionales, las organizaciones internacionales no gubernamentales y el individuo. Estas entidades, a pesar de no ser sujetos internacionales, en determinados casos y bajo determinadas circunstancias no sólo son destinatarias de normas internacionales sino que detentan legitimación pasiva y activa. Por consiguiente, actualmente cabe apreciar la aparición en la escena internacional de actores no estatales que están llevando a cabo en la sociedad internacional funciones en diferentes ámbitos que en algunos casos pueden ser consideradas como trascendentales y que obligan a los Estados a actuar ante problemas internacionales<sup>3</sup>. Y, en este contexto, destaca la presencia del ser humano.

Al respecto MIAJA DE LA MUELA señaló que “la contraposición entre sujeto y objeto en la esfera jurídica, como dice LEGAZ<sup>4</sup>, no es lógica, sino ética: significa esencialmente que el hombre, por su peculiar dignidad, no debe ser tratado como objeto de la relación de derecho, pero ello no quiere decir que en cualquier tipo de relación jurídica el ser humano tenga que actuar como sujeto. En Derecho internacional, la doctrina afirmó durante mucho tiempo que el único posible titular de derechos y obligaciones era el Estado, lo que reflejaba una situación real entonces imperante, al excluir al individuo de la personalidad internacional. Cada vez esta exclusión se encontraba más contradicha por algunas situaciones individuales aisladas, pero aun prescindiendo de ellas, lo que no resultaba legítimo era sostener que, al no ser el hombre sujeto de las relaciones internacionales, forzosamente su papel era el de objeto de aquellas relaciones”<sup>5</sup>.

3. DEL ARENAL, C., *Cambios en la sociedad internacional y Organización de las Naciones Unidas*, “Jornadas sobre el cincuenta aniversario de las Naciones Unidas”, Escuela Diplomática, Madrid, 1995, pp. 7 y ss.

4. LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 527.

5. MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho internacional público*, Atlas, Madrid, 1979, p. 253.

Tal circunstancia —la no consideración de la persona humana como mero objeto— no implica la categorización de la persona humana individualmente considerada como sujeto internacional ni, *por ende*, permite sostener la tesis de que es el auténtico sujeto del Derecho internacional en tanto que los Estados son una mera abstracción jurídica resultante de un complejo de individuos<sup>6</sup>, pero confirma que de forma progresiva e irreversible se está avanzando en este terreno, pareciendo imposible un retroceso en esta materia en los tiempos que vivimos.

En este contexto cabe la posibilidad de que la persona humana sea llevada ante órganos judiciales internacionales para responder por la violación de obligaciones internacionales; esto es, determinadas conductas punitivas individuales pueden generar responsabilidad internacional y su autor responder directamente en el plano internacional, siempre que exista una jurisdicción internacional penal a tal efecto<sup>7</sup>: “al determinar la punibilidad internacional de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad como hechos contrario al bien común de la comunidad internacional, los Estados han declarado su carácter internacionalmente reprochable. No obstante, el referido juicio de reproche debe complementarse con un adecuado mecanismo de represión, que permita asegurar el cumplimiento efectivo de las normas del derecho de gentes”<sup>8</sup>. Atendiendo a su respectiva competencia, la responsabilidad internacional penal individual podrá ser depurada en procesos instados ante el TPIY (art. 6 ETPIY), el TPIR (art. 5 ETPIR) y la CPI (art. 25 ECPI) y, de esta forma, los delitos perpetrados no quedaran impunes<sup>9</sup>, entendiéndose por impunidad “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”<sup>10</sup>.

6. SCELLE, G., *Règles générales du Droit de la paix*, RCADI, t. 46 (1933), pp. 339 y ss.

7. VAN DER HEYDTE, F., *L'individu et les tribunaux internationaux*, RCADI, t. 107 (1962), pp. 287 y ss.

8. GRAMAJO, J., *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 40.

9. Sobre esta cuestión, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *La lucha contra la impunidad: la Corte Penal Internacional (comentario)*, Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tribuna Joven. Temas de Relaciones Internacionales y Derecho Internacional, 2001, núm. 10.

10. Informe Final Revisado de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc.

El Estatuto de Roma (ECPI) articula la responsabilidad internacional penal individual generada por la comisión de un hecho punible en su Parte III (arts. 22 a 33)<sup>11</sup>, titulada “De los principios generales de Derecho penal”. Esta Parte está integrada por “una serie de normas de nítido contenido penal material, cuyo alcance no se limita a la descripción de los crímenes de competencia de la Corte, sino que se extiende a la determinación de los principios garantísticos delimitadores del ejercicio del poder punitivo de la Corte, así como los presupuestos que fundamentan la responsabilidad de los sujetos sometidos a su jurisdicción, sin olvidar, además, la relación de penas aplicables”<sup>12</sup>. En consecuencia, el ECPI “contiene un verdadero Código Penal Internacional que contiene lo que en la actualidad se denomina la Parte General en donde se regulan el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el error, las distintas eximentes, etc., y la Parte Especial donde se tipifican los distintos delitos de competencia del Tribunal Penal Internacional. Sin la Parte General no podrían ser aplicados los distintos delitos por el Tribunal Penal Internacional”<sup>13</sup>. Además, se trata de “un compendio de reglas basadas en tradiciones nacionales y prácticas que servirían de marco al juez en su rol al formular el derecho, y que pudieran proveer una concepción coherente de lo que es el Derecho penal”<sup>14</sup>. Estas normas y principios generales de Derecho

UN-ECOSOC-CHR-Subcomisión, 1997 b, p. 19. Sobre esta cuestión, AMBOS, K., *Impunidad y Derecho penal internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

11. Empero, desde un punto de vista sistemático, si bien la Parte III del Estatuto de Roma contempla los principios generales del Derecho internacional penal, cabe señalar que la Parte II también contiene una serie de figuras que debieran estar enmarcadas en la Parte III, así, por ejemplo, el principio *ne bis in idem* o el derecho aplicable. Igual cabe decir del principio de presunción de inocencia ubicado en la Parte IV y, que dada su vertiente material, podría tener lugar en la Parte III, la teoría general de las penas contenida en la parte VII, etc.

12. LAURENZO COPELLO, P., *Hacia la Corte Penal Internacional*, “Crímenes contra la humanidad y genocidio”, Ministerio del Interior, Madrid, 2000, p. 36.

13. HIGUERA GUIMERA, J., *La parte general del Derecho penal contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, “Hacia una justicia internacional”, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 611 y 612. Para AMBOS la “expresión ‘principios generales’ en la Parte Tercera del Estatuto induce a error, pues esta Parte no sólo contiene principios generales en sentido propio... sino también reglas de imputación, es decir, disposiciones para la responsabilidad jurídica penal personal y causas de exclusión de la pena. Además, determinadas disposiciones sobre las que no podía alcanzarse un acuerdo alguno—debido a fin de cuentas a la gran premura de tiempo durante la Conferencia— han sido suprimidas (por ejemplo, un precepto para la acción y para la omisión)” (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 114).

14. SCHABAS, W., *Principios generales del derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (part III)*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 272.

internacional penal<sup>15</sup> permitirán hacer efectiva la responsabilidad internacional penal individual en sede de la CPI, pues introducen límites de orden formal, en especial el *principio de legalidad penal*, o de orden material, como el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* y el *principio de protección mínima*, así como otros límites relativos a la aplicación y ejecución de las penas, tales como el *principio de culpabilidad* o el *principio de la humanidad de las penas*. En este contexto, atendiendo a la perspectiva jurídico material, el delito internacional dispuesto por el ECPI se configura como una *acción* típicamente antijurídica y culpable a la que está señalada una pena. Esta acción equivale a una conducta humana, contraria a lo dispuesto por el tipo penal (antijurídica), *imputable* a su autor y que genera la responsabilidad internacional penal de éste. Para CASSESE<sup>16</sup> el Derecho internacional penal es todavía muy rudimentario, pero no debe desconocerse que el ECPI ha supuesto un importante impulso en la materia.

## I. LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS INTERNACIONALES, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En el ámbito del Derecho internacional el instrumento de tipificación internacional penal por excelencia es el tratado internacional<sup>17</sup>, máxime cuando, al tener un carácter eminentemente formalista, en el mismo se pueden cumplir las garantías –criminal y penal– dispuestas por el principio de legalidad penal en el momento de elaboración de las disposiciones penales. En este sentido, los tratados pueden revestir –al igual que las leyes internas– un elevado grado de

15. Al respecto, WISE, E., *Commentary on Parts 2 and 3 of the Zutphen Intersessional Draft: general principles of criminal law*, Nouvelles Études Pénales, 1998, núm. 3, pp. 43 y ss.; WISE, E., *General Rules of Criminal Law*, Nouvelles Études Pénales, 1997, núm. 13, p. 267 y ss.; ESER, A., *The need for a General Part, commentaries on the International Criminal Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Nouvelles Études Pénales, 1993, núm. 11, pp. 43 y ss.

16. CASSESE, A., *L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, "Crimes internationaux et juridictions internationales", Presses Universitaires de France, París, 2002, p. 143.

17. Entiende DIEZ DE VELASCO que "la inexistencia de un poder legislativo institucionalizado en la Comunidad internacional ha conferido al Tratado internacional una importancia primordial como medio de creación y de codificación tanto de las normas internacionales no escritas como de las que adolecen de falta de precisión por encontrarse dispersas en varios tratados" (DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 144).

objetividad e imparcialidad, garantizando con su redacción abstracta, desvinculada del caso concreto, la unidad y la igualdad en la aplicación del Derecho, es decir, “un tratado internacional constituye en principio una fuente relativamente fiable y clara y sus disposiciones pueden ser muy precisas”<sup>18</sup>. Se trata de Derecho escrito, resultante de un procedimiento formal, que se circunscribe al ámbito de los Estados partes del tratado. La tipificación internacional penal dispuesta por los tratados, si bien tutela intereses de la sociedad internacional, no alcanza en principio a la sociedad internacional en su conjunto.

Si bien es cierto que la tipificación internacional penal queda enmarcada en la esfera del tratado internacional de que se trate, no debe obviarse que dicha tipificación convencional puede, a través de la interacción entre tratado y costumbre, producir efectos de cristalización o surgimiento de normas internacionales penales de carácter general en los supuestos en que aún no se ha consolidado su vigencia en este ámbito<sup>19</sup>. Así, pues, la tipificación contenida en los tratados puede constituir tanto el punto de partida de nuevas normas internacionales penales de carácter consuetudinario como la cristalización de una norma consuetudinaria en vías de formación. A título de ejemplo, el ECPI, en tanto que tratado internacional multilateral, no sólo define por vez primera en la historia el delito de lesa humanidad en su artículo 7, sino que la misma conlleva la cristalización de este delito como norma consuetudinaria general. En este sentido cabe advertir la existencia de determinados delitos internacionales, tipificados en convenios internacionales, pero cuya consolidación en la esfera consuetudinaria general resulta todavía objeto de discrepancias. Delitos tales como el terrorismo, tráfico de drogas o atentados graves contra el medio ambiente. La tipificación de éstos en un tratado internacional similar al ECPI supondría dotarlos de una *opinio iuris* generalizada y, por consiguiente, la cristalización de los mismos como normas consuetudinarias o de carácter general.

18. MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público. Parte general*, Trotta, Madrid, 1999, p. 256.

19. HUESA VINAIXA, R., *El “Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia” y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, “Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1994”, Tecnos, Madrid, 1995, p. 163. Al respecto, escribe LIROLA DELGADO que todas las categorías de delitos recogidas en el Estatuto de Roma tienen, en cuanto tales, una base consuetudinaria, el análisis del alcance que el Estatuto les ha dado, suscita la cuestión relativa a determinar los supuestos en los que éste se limita a declarar normas consuetudinarias ya existentes, y en los que estaríamos ante un efecto cristizador o incluso generador de nuevas normas consuetudinarias (LIROLA DELGADO, I., *La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, Escuela Diplomática, Madrid, 2000, p. 54).

Por otra parte, la inclusión de los principios de Derecho internacional penal<sup>20</sup> en los tratados conlleva su consolidación en el seno internacional, pues “es obligado reconocer que el ECPI refleja un esfuerzo meritorio en el ámbito de la consolidación e incluso el desarrollo progresivo de los principios del Derecho internacional penal. En especial merecen ser destacados el artículo 25, que caracteriza la responsabilidad penal individual y distingue, por fin, entre las diversas formas de participación en un crimen internacional; el artículo 27, que confirma la irrelevancia del cargo oficial a los efectos de limitar la responsabilidad internacional de quien lo ocupe o haya ocupado; el esfuerzo de precisión del artículo 28, relativo a la responsabilidad penal derivada de la omisión de un deber de actuar; la afirmación rotunda de la imprescriptibilidad del artículo 29, y, por último, el artículo 31, que detalla, como nunca antes, las circunstancias eximentes de responsabilidad penal”<sup>21</sup>.

Desde la perspectiva de los procedimientos de elaboración de normas, el tratado se configura como el más idóneo para la creación de normas internacionales penales, siempre que contemple las condiciones necesarias del sistema jurídico penal y, de esta forma, sea conforme al principio de legalidad penal. Además, como ha ocurrido con el ECPI, la vía convencional no sólo permite sistematizar las dispersas disposiciones internacionales preexistentes en la materia internacional penal, sino aportar nuevas innovaciones y contribuir a la codificación del Derecho internacional<sup>22</sup>. Por tanto, los tratados se presentan como los instrumentos más eficaces para combatir, en el marco del principio de la legalidad penal, la impunidad de los autores de los delitos de más grave trascendencia para la sociedad internacional en su conjunto.

Finalmente, no debe olvidarse que el tratado internacional es un instrumento esencialmente *consensual*, esto es, un *consensus ad idem* derivado normalmente de una negociación<sup>23</sup> en la que las partes negociadoras consensúan tanto el contenido como las consecuencias jurídicas del tratado. Y, en este sentido, “el tratado vincula a los Estados porque éstos han consentido en vincularse por él”<sup>24</sup>. Esta circunstancia es relevante porque la materia que engloba el De-

20. Al respecto, PLAWSKI, S., *Etude des principes fondamentaux du Droit international pénal*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1972.

21. PIGRAU SOLÉ, A., *Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, Escuela Diplomática, Madrid, 2000, p. 72.

22. Al respecto, CONDORELLI, L., *La Cour...*, cit., p. 9.

23. REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 29.

24. REUTER, P., *Introducción al derecho de los tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 38.



recho internacional penal está vinculada, *per se*, a la soberanía del Estado<sup>25</sup> y un tratado, como por ejemplo el ECPI<sup>26</sup>, se constituye en un condicionante de dicha soberanía<sup>27</sup>. De ahí, la conveniencia de tipificar las disposiciones internacionales penales por vía convencional, pues permite a los Estados decidir si aceptan o no el tratado internacional. En fin, “la universalidad y la heterogeneidad de la Comunidad Internacional contemporánea han conducido a que el ‘tratado’ sea la única fuente que es reconocida plenamente y sin reservas por todos los Estados. De ese modo, la codificación del Derecho internacional por medio de tratados internacionales es el mecanismo fundamental de consolidación del ordenamiento jurídico internacional en nuestra época”<sup>28</sup>.

### 1. *La tipificación internacional de los delitos internacionales*

El principio general de la autonomía del Derecho internacional para la calificación de un hecho ilícito internacional, que rige la materia de responsabilidad internacional, se puede aplicar también a los hechos punibles que generan la responsabilidad internacional del individuo en tanto que éste principio es una manifestación del principio general del Derecho internacional que afirma la primacía de este ordenamiento jurídico sobre el Derecho interno; principio general que está presente en diferentes campos del Derecho internacional<sup>29</sup> y permite la responsabilidad internacional tanto de los Estados como del individuo.

La responsabilidad internacional penal del individuo requiere, a modo de corolario, el *principio de autonomía de la tipificación penal* de Derecho internacional, pues “constituye la auténtica base de cualquier construcción teórica de un

25. Sobre esta cuestión, CASSESE, A., *Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?*, “Crimes internationaux et juridictions internationales”, Presses Universitaires de France, París, 2002, pp. 13 y ss.

26. Escribe ESCOBAR HERNÁNDEZ que “la nueva Corte Penal Internacional se instituye a partir de un Tratado internacional multilateral (el Estatuto de Roma), dejando así constancia explícita del objetivo perseguido: conseguir una jurisdicción penal internacional construida sobre la base de la voluntad libremente expresada de los Estados, que, por esta vía, goce del más amplio margen de legitimación social” (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *El Estatuto...*, cit., p. 500). Y, puntualiza GUTIÉRREZ ESPADA, “Tratado”, pues, nos vale; eso sí, rogando porque el grado de participación que el mismo genere sea bastante para asegurar su eficacia, pero esto es algo que el tiempo lo dirá” (GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional (TPI) (Roma, 1998)*, “Hacia una justicia internacional”, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, p. 564).

27. CARRILLO SALCEDO, J., *La Cour...*, cit., p. 24.

28. MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho...*, cit., pp. 256 y 257.

29. Al respecto los artículos 27 y 46.1 de la Convención sobre Derecho de los tratados de 1969.

Derecho internacional penal e incluye, implícitamente, la asunción de la existencia de un conjunto de bienes jurídicos propios de la Comunidad internacional que el Derecho internacional debe proteger. Se entiende, por tanto, que el Derecho internacional impone a los individuos deberes que trascienden su sometimiento al orden estatal, lo que comporta la admisión de la primacía del Derecho internacional penal sobre el estatal, en caso de contradicción entre ambos<sup>30</sup>.

La tipificación de un hecho punible internacional significa que éste ha de estar descrito y determinado con precisión pero, además, el destinatario del mismo es la persona humana y no el Estado. En palabras de JESCHECK, la tipificación internacional implica la existencia de “auténticos tipos penales que afectaran a la persona individual directamente y sin la mediación del Derecho estatal, de manera que constatan la punibilidad de la infracción sin necesidad de que interviniera el legislador estatal”<sup>31</sup>. Como escribe QUEL LÓPEZ, “el punto de partida para la articulación del Derecho internacional penal no es otro que la tipificación penal autónoma de los crímenes susceptibles de ser sancionados desde el orden internacional. En efecto, la responsabilidad penal directa de los individuos frente a normas internacionales, exponente de una evidente limitación de la soberanía jurisdiccional de los Estados, debe basarse en la positivación de un conjunto de principios y normas que garanticen la existencia plena del sistema y constituya el fundamento incontestable del principio de legalidad penal internacional”<sup>32</sup>. Esta tipificación internacional autónoma, que conlleva que la responsabilidad internacional penal individual surja directamente del Derecho internacional con independencia de que exista una tipificación interna<sup>33</sup>, deberá tener presente las particularidades propias de los procedimientos de producción de normas internacionales, resultantes del carácter descentralizado del ordenamiento jurídico internacional, y conjugarlas con el principio de legalidad penal.

30. PIGRAU SOLÉ, A., *Elementos de Derecho internacional penal*, “Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz”, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 161 y 162. Al respecto, CARREAU, D., *Droit international*, Pédone, París, 1994, pp. 41 y ss.

31. JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal*, Comares, Granada, 1993, p. 109.

32. QUEL LÓPEZ, F., *La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados*, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, Madrid, 2000, p. 80.

33. La consecuencia del principio de tipificación internacional autónoma conlleva que, por ejemplo, la aplicación del principio de jurisdicción universal por los órganos judiciales de los Estados no esté condicionada a la tipificación interna del delito internacional. En este sentido el artículo 15.2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional”.

Atendiendo a la práctica internacional cabe advertir la existencia de numerosos tratados internacionales, así como resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que disponen conductas delictivas<sup>34</sup>, esto es, comportamientos prohibidos y punibles respecto del autor de los mismos. Así, cabe citar la prohibición de actos como la falsificación de moneda<sup>35</sup>, la esclavitud<sup>36</sup>, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>37</sup>, el trabajo forzoso<sup>38</sup>, el genocidio<sup>39</sup>, el *apartheid*<sup>40</sup>, los crímenes de guerra<sup>41</sup>, la trata de personas y la prostitución ajena<sup>42</sup>, la piratería en alta mar<sup>43</sup>, el apoderamiento ilícito de aeronaves<sup>44</sup>, actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil<sup>45</sup>, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas<sup>46</sup>, la tenencia de ar-

34. Así, por ejemplo, BASSIOUNI ha localizado 312 tratados internacionales en los que se contempla algún tipo de responsabilidad internacional penal, si bien únicamente en un escaso número de ellos se impone una obligación directamente exigible a la persona humana (BASSIOUNI, M., *A draft international criminal code and a draft statute for an international criminal tribunal*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, pp. 28 y 29).

35. Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda de 20 de abril de 1929.

36. Convención sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926; el Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud, adoptado por la AGNU en 23 de octubre de 1953, y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 30 de abril de 1956.

37. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984.

38. Convenio sobre el trabajo forzoso de 28 de junio de 1930.

39. Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

40. Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 30 de noviembre de 1973.

41. Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, es decir, por el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra; y el Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. Estos Convenios son complementados por los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

42. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución de 21 de marzo de 1950.

43. Convención sobre alta mar de 29 de abril de 1958.

44. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970.

45. Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación de 23 de septiembre de 1971 y Protocolo, de 24 de febrero de 1988, para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional.

46. Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971; Convención Única sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961; Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988.

mas de fuego<sup>47</sup>, determinados actos de terrorismo<sup>48</sup>, los delitos contra personas internacionalmente protegidas<sup>49</sup>, etc. Por tanto, en la actualidad, el tratado internacional es el instrumento por excelencia de tipificación penal internacional.

En concreto, el relator THIAM<sup>50</sup> ha clasificado en tres categorías las conductas punitivas contenidas en los tratados internacionales: 1) delitos de Derecho internacional propiamente dichos o delitos contra los valores de la sociedad internacional; 2) los delitos nacionales que, a través de su tipificación en un tratado internacional, se han convertido en delitos internacionales en orden a su represión; y 3) delitos internos que, a consecuencia de la concurrencia de diferentes circunstancias, pasan a ser delitos internacionales. Ahora bien, como señala HUESA VINAIXA, “estrictamente hablando, no todos los tipos delictivos contenidos en tratados internacionales remiten a delitos o crímenes *internacionales en sentido propio*”<sup>51</sup> y ello es así porque, como observa PIGRAU SOLÉ<sup>52</sup>, la actividad tipificadora internacional de determinadas conductas delictivas responde, en sus orígenes, a dos tipos de motivaciones distintas. Por un lado, en tanto que mecanismo de cooperación internacional<sup>53</sup>, se ha utilizado la técnica convencional para una más eficaz represión de delitos tipificados en los derechos internos que se presentan con componentes de internacionalidad y, en consecuencia, sus efectos perjudiciales alcanzan a distintos Estados a la vez<sup>54</sup>.

47. Convenio europeo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas de fuego por particulares de 28 de junio de 1978.

48. Convenio europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977.

49. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.

50. THIAM, D., *Primer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad*, Doc. A/CN/4/364.

51. HUESA VINAIXA, R., *El “Tribunal...”*, cit., pp. 162 y 163.

52. PIGRAU SOLÉ, A., *Elementos...*, cit., p. 138.

53. Así, por ejemplo, los Estados reunidos en la Conferencia de Roma, mientras reconocían que el tráfico ilícito de narcóticos en algunos casos puede ser suficientemente serio como para amenazar la independencia política de un Estado, algunos Estados insistían en ponderar si semejante actividad debía tratarse más como una cuestión de cooperación interestatal, esto es, sobre todo a nivel bilateral, o a lo sumo como una cuestión de cooperación internacional a nivel regional, antes que una cuestión de cooperación internacional general. En contra de un enfoque global más comprensivo había amplias divergencias entre las culturas, tradiciones y leyes de varios países en lo que respecta a la respuesta apropiada al problema del tráfico ilícito de estupefacientes, el nivel de castigo a consensuar para este tipo de violaciones, y diferentes puntos de vista relativos a la rehabilitación del autor (SUNGA, L: *La jurisdicción ratione materiae de la Corte Penal Internacional (parte II, arts. 5 a 10)*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 238 y 239).

54. Estos delitos internacionales han recibido diferentes denominaciones: delitos transnacionales o transfronterizos (GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 43 y ss.), delitos en sentido amplio (TRIFFTERER, O., *Commentaire a la Question IV. Les crimes*

Por otro, se han tipificado delitos específicamente internacionales (delitos internacionales en sentido propio) en la medida que presuponen, según QUINTANO RIPOLLES<sup>55</sup>, la inclusión del individuo en el Derecho internacional como sujeto activo y pasivo de una infracción y la existencia de delitos que pertenecen en su integridad al Derecho internacional –derivan de él–. Se trata, por tanto, de dos categorías diferentes de delitos internacionales. Desde este punto de vista, los delitos internacionales en sentido propio son aquellos que tienen por finalidad la tutela jurídica de los intereses de la sociedad internacional en su conjunto (p. ej., son constitutivos de conductas punibles que atentan contra la sociedad internacionales su conjunto, en tanto que bien jurídico protegido, los delitos de guerra, el delito de genocidio), frente a los delitos internacionales que son adoptados en orden a la protección, por los Estados parte, de intereses pertenecientes al ámbito de los ordenamientos jurídicos internos en cuyo seno ya están regulados, es decir, se trata de tratados internacionales que contienen materias penales relacionadas con la persona humana, pero su conjunto normativo está dirigido a los Estados parte y, por tanto, el incumplimiento de las obligaciones internacionales de estos tratados generarían la responsabilidad internacional del Estado, pero no una responsabilidad internacional penal individual (p. ej., la falsificación de moneda, la tenencia de armas de fuego).

Así, en el artículo 20 del Proyecto de Estatuto para una CPI de la CDI<sup>56</sup> se estipulaba que la Corte tenía “competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) el crimen de agresión; c) las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados; d) los crímenes de lesa humanidad; e) los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional”. Sobre la base de este texto, cabía distinguir entre “crímenes centrales” (genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión) y “crímenes convencionales” o dispuestos en tratados internacionales<sup>57</sup> (tráfico de dro-

*internationaux et le Droit Pénal Interne*, Revue International de Droit Pénal, 1989, vol. 60, p. 19 y ss.); crímenes de Derecho interno que son de interés internacional (PELLA, V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Baconnnière, Neuchatel, 1964, p. 32); infracción internacional en el que el interés protegido no pertenece al orden internacional pero es común a todos los Estados (LOMBOIS, C., *Droit Pénal international*, Dalloz, París, 1979, p. 34 y ss.).

55. QUINTANO RIPOLLES, A., *Tratado...*, cit., pp. 392 y 393.

56. Doc. A/49/10.

57. Apéndice: crímenes previstos en tratados (Véase el apartado e) del artículo 20). 1. Las infracciones graves: i) del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949, definidas

gas, tortura, toma de rehenes, etc.). En atención a los primeros, un acusado no podía ser declarado culpable a menos que su conducta constituyera un delito de conformidad con el Derecho internacional general (se reconocía de esta forma el origen en la costumbre internacional de tales delitos), mientras que, respecto de los segundos, el acusado sólo podía ser declarado culpable si el tratado en cuestión era aplicable a la conducta de éste<sup>58</sup>. Al respecto, escribe GIL GIL que “en estos delitos que amenazan el orden público o los intereses de varios Estados, o que, por el desarrollo de las técnicas criminales y la internacionalización del crimen necesitan para su represión de la unión de esfuerzos de varios países interesados en la lucha contra los mismos, el bien jurídico protegido por la toma de medidas comunes, no deviene en objeto de una protección penal directa por el Derecho internacional, sino que los Estados se comprometen a reprimir ciertas infracciones de la forma más eficaz posible”<sup>59</sup>. En otras pala-

en el artículo 50 de dicho Convenio; ii) del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 51 de dicho Convenio; iii) del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 130 de dicho Convenio; iv) del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 147 de dicho Convenio; v) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, definidas en el artículo 85 de dicho Protocolo. 2. El apoderamiento ilícito de aeronaves, definido en el artículo 1º del Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 16 de diciembre de 1970. 3. Los crímenes definidos en el artículo 1º del Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 23 de septiembre de 1971. 4. El *apartheid* y los crímenes conexos, definidos en el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973. 5. Los crímenes definidos en el artículo 2º de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973. 6. La toma de rehenes y los crímenes conexos, definidos en el artículo 1º de la Convención Internacional contra la Toma de Rehene, de 17 de diciembre de 1979. 7. El crimen de tortura punible en cumplimiento del artículo 4º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984. 8. Los crímenes definidos en el artículo 3º del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y en el artículo 2º del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, ambos de 10 de marzo de 1988. 9. Los delitos que se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, contemplados en el párrafo I del artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, y que, habida cuenta de la naturaleza de la presunta conducta y (de conformidad con el artículo 2 de la Convención) de la dimensión internacional del tráfico ilícito, constituyen los crímenes más graves.

58. Al respecto, SCHABAS, W., *Principios...*, cit., 2003, pp. 281 y ss.

59. GIL GIL, A., *Derecho...*, cit., p. 45.

bras, las conductas tipificadas por estos tratados no son constitutivas de delitos internacionales en sentido propio, sino que su tipificación a través de normas internacionales genera una extensión extraterritorial de las competencias estatales para su represión<sup>60</sup>.

El núcleo gordiano de la cuestión estriba en establecer qué conductas delictivas tipificadas en los tratados internacionales generan la responsabilidad internacional penal del individuo en la actualidad. La respuesta a esta cuestión es, en principio, clara: la conducta constitutiva de un delito internacional<sup>61</sup> genera responsabilidad internacional penal individual. Empero, seguidamente, cabe preguntar cuáles son los delitos internacionales que generan tal responsabilidad. Atendiendo a la regulación jurídica del régimen de responsabilidad puede señalarse que la comisión de delitos internacionales en sentido propio, en tanto que obedecen a la protección de intereses –bienes jurídicamente protegidos– de la sociedad internacional en su conjunto, generan responsabilidad internacional penal individual, mientras que la comisión de delitos convencionalmente tipificados, en orden a una tutela coordinada por los Estados para la protección de intereses que pertenecen esencialmente a la esfera interna, genera responsabilidad para los Estados (hecho ilícito internacional) como consecuencia de no haber adoptado éste las medidas necesarias para la observancia del Derecho internacional, pero en ningún caso generará responsabilidad internacional penal individual para el autor del mismo. Desde esta perspectiva, la regulación de los delitos internacionales en sentido propio vendrá dada por el *Derecho internacional penal* y no por el Derecho penal internacional (Derecho penal interno).

El ECPI facilita la búsqueda del criterio determinante de qué delitos internacionales generan responsabilidad internacional penal individual. El criterio de la “trascendencia para la sociedad internacional en su conjunto” y “la gravedad de los delitos”<sup>62</sup> permite distinguir entre delitos tipificados en tratados internacionales y delitos internacionales –en sentido propio– que lesionan gravemente los intereses o valores de la sociedad internacional en su conjunto, generando estos últimos responsabilidad internacional penal individual. Dicho de otro modo, en razón del bien jurídico protegido, puede distinguirse entre los

60. PIGRAU SOLÉ, A., *Elementos...*, cit., p. 138.

61. Al respecto, AGO, R., *Le délit international*, RCADI, vol. 68 (1939), p. 419 y ss.

62. Al respecto, LIROLA DELGADO, I., *Reflexiones sobre la competencia material del Estatuto de la Corte Penal Internacional: una visión general*, “Hacia una justicia internacional”, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 660 y ss.; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 12 y 13; PIGRAU SOLÉ, A., *Elementos...*, cit., p. 141.

delitos meramente tipificados internacionalmente y los delitos graves que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

La doctrina mayoritaria sostiene que los delitos internacionales en sentido propio son los que amenazan o lesionan los valores jurídicos internacionales como la paz y/o la seguridad<sup>63</sup> de la sociedad internacional y para ellos se exige una responsabilidad internacional penal inmediata fundada directamente en el Derecho internacional<sup>64</sup>. En atención al criterio expresado, cabe citar como delitos internacionales en sentido propio:

1) Los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, establecen la responsabilidad internacional penal para una serie de actos prohibidos en tanto que susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra (arts. 49, 50, 129 y 146, comunes a los Convenios) y, a su vez, los artículos 50, 51, 130 y 147, comunes a los Convenios, establecen un listado de infracciones graves, que es completada por los artículos 11.4 y 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional. Así, los referidos Convenios tienen por finalidad impedir que los Estados eviten sus responsabilidades, ya que “ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior” (arts 51, 52, 131 y 148 comunes a los Convenios). Por consiguiente, de conformidad con el artículo 1 de los mencionados Convenios, los Estados parte están obligados “a respetar y hacer respetar” las disposiciones contenidas en los mismos en todas circunstancias. A las infracciones graves previstas en estos instrumentos convencionales internacionales le son de aplicación el principio de jurisdicción universal<sup>65</sup>.

2) El artículo 1 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 dispone que “el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional” –y seguidamente añade– que las partes “se comprometen a prevenir y sancionar”<sup>66</sup>. En el Dictamen de 18 de mayo de 1951<sup>67</sup>, el TIJ sostuvo que este Convenio expresaba y contenía principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados al margen de todo vínculo convencional. Igualmente, el TPIR no solo ha reiterado que el delito de genocidio es de naturaleza consuetudinaria

63. PELLA, V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Baconnière, Neuchatel, 1964, p. 32.

64. TRIFFTERER, O., *Commentary...*, cit., pp. 19 y ss.

65. Sobre la criminalización de las violaciones del Derecho internacional humanitario, MERON, T., *International law in the age of human rights*, RCADI, t. 301 (2003), pp. 112 y ss.

66. En conformidad con el artículo 6 será de aplicación el principio de jurisdicción universal.

67. *Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, CIJ, *Recueil* 1951, p. 24 y ss.



y tiene carácter de *ius cogens*<sup>68</sup>, sino que ha sido el primer tribunal internacional en fallar una sentencia condenatoria en esta materia<sup>69</sup> sin que se invocara en momento alguno por la defensa la quiebra del principio *nullum crimen sine lege*.

3) Los delitos internacionales competencia de la CPI –crímenes de guerra, crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión (art. 5 ECPI)<sup>70</sup>– son generadores de responsabilidad internacional penal del individuo. Sin embargo, como afirma SUNGA, “debe tenerse en cuenta que el régimen creado por el ECPI es más estrecho que el que proveen las reglas de derecho internacional general relativas a la responsabilidad penal individual en numerosas formas... Por ejemplo, el ECPI no impone la responsabilidad penal individual por: amenaza de agresión (si bien es posible que pueda incorporarse de alguna manera dentro de la definición del Estatuto de agresión); intervención; dominio colonial; reclutamiento, uso, financiamiento o entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; o tráfico internacional ilícito de narcóticos. Todas estas formas se dejaron a un lado por el Estatuto, si bien en determinada etapa de la CDI había propuesto su inclusión en la jurisdicción de una corte penal internacional permanente<sup>71</sup>. Algunos de estos crímenes incluso reclamaban un nivel de apoyo relativamente mayor por parte de la comunidad internacional en pleno y permanecieron anclados en normas establecidas en tratados preexistentes, y en menor medida, en la costumbre internacional”<sup>72</sup>.

Como puede advertirse, los delitos internacionales en sentido propio tipificados en tratados internacionales, que generan responsabilidad internacional penal individual, tienen como rasgo común su origen consuetudinario y el amenazar la paz y la seguridad internacionales en tanto que bien jurídico protegido

68. *Asunto Kayishema y Ruzindana*, ICTR-97-23-S. Sobre la configuración del delito de genocidio y los TPI, MAISON, R., *Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal International pour le Rwanda*, RGDIP, núm. 1 (1999), pp. 129 y ss.; VERDIRAME, G., *The genocide definition in the jurisprudence of the ad hoc Tribunals*, ICLQ, 2000, núm. 3, p. 578 y ss.

69. Sentencia de 2 de septiembre de 1998 relativa al *Asunto Akayesu*.

70. En el ETPIY se contemplan las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 2 ETPIY), la violación de las leyes o usos de la guerra (art. 3 ETPIY) y el genocidio (art. 4 ETPIY), mientras que el ETPIR recoge el genocidio (art. 2 ETPIR) y las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II a los Convenios (art. 4 ETPIR).

71. Al respecto, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad: Títulos y textos de los artículos adoptados por el Comité de Redacción, Doc. A/CN.4/L.459/Add.I, 5 de julio de 1991.

72. SUNGA, L., *La jurisdicción ratione materiae de la Corte Penal Internacional (parte II, arts. 5 a 10)*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 236 y 237.

por el Derecho internacional penal. Escribe GRAMAJO que “la importancia de la costumbre radica en el hecho de que las conductas calificadas como criminales por el derecho internacional constituyeron una base de consenso para establecer la competencia de la Corte sobre ciertos delitos, pero sin que se llegara a sostener que las normas consuetudinarias tenían, de por sí, virtualidad para tipificar delitos imputables a los individuos”<sup>73</sup>.

Los delitos internacionales en sentido propio tienen un origen consuetudinario, coadyuvando su versión convencional (interacción costumbre-tratado) a determinar (tipificación y taxatividad) el contenido del mismo. En este contexto, la norma consuetudinaria es el origen de todos los delitos internacionales en sentido propio y la *opinio iuris* generalizada –sobre la prohibición en Derecho internacional de determinadas conductas– constituye el soporte de la responsabilidad internacional penal individual resultante de la comisión de dichos delitos. Por el contrario, los delitos tipificados convencionalmente, pero que carecen de la consideración de delitos internacionales en sentido propio, únicamente tienen el alcance limitado del tratado que los contempla.

## 2. *El Estatuto de Roma y las condiciones esenciales inherentes al sistema jurídico penal*

El Derecho internacional, por regla general, se ha limitado a tipificar las conductas delictivas y, ante la inexistencia tanto de normas internacionales que dispongan las penas aplicables como de una jurisdicción internacional penal encargada de depurar responsabilidades, la persecución y el procesamiento de sus autores ha quedado en manos de los órganos judiciales estatales. Esta circunstancia responde a que en el ordenamiento jurídico internacional existe una ausencia de un mecanismo de responsabilidad internacional penal, esto es, no se dan las condiciones inherentes al sistema jurídico penal.

Como ha quedado indicado existen diferentes instrumentos internacionales que tipifican delitos internacionales generadores de responsabilidad internacional penal para el individuo, pero el ECPI es *único* porque contempla las condiciones esenciales inherentes al sistema jurídico penal, es decir, define la conducta punible, prescribe la sanción o pena y establece un órgano jurisdiccional competente para el procesamiento de los autores de las conductas punibles

73. GRAMAJO, J., *El Estatuto...*, cit., p. 160.

tipificadas en el ECPI. De este modo, si bien los tratados internacionales tipifican delitos internacionales no puede decirse lo mismo respecto de:

1) Las consecuencias jurídicas de los mismos, ya que las sanciones no son contempladas. Los tratados internacionales tipifican las conductas delictivas –garantía criminal del principio de legalidad– pero no prefijan las penas aplicables a las mismas, esto es, no contemplan la garantía penal del principio de legalidad: la regla general consiste en remitir la cuestión relativa a las penas aplicables a las disposiciones internas del Estado en el que se sustancia el proceso. Así, por ejemplo, el artículo V de la Convención sobre el genocidio o el artículo 4.2 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

2) Ni tampoco disponen la garantía jurisdiccional o establecimiento de un órgano jurisdiccional internacional competente para conocer de los delitos internacionales tipificados ni el correspondiente proceso a tal efecto. La excepción a esta regla general es el ECPI. Por ello, hasta este momento, podrían aplicarse las palabras escritas por BASSIOUNI respecto de la tipificación realizada en los tratados internacionales: “en suma, reúne en torno a sí todas las dificultades e insuficiencias inherentes al Derecho internacional y, además, presenta los defectos típicos de un enfoque criminalizador asistemático, que agrupa de manera indiscriminada diversas prohibiciones normativas que tienen muy poco en común y que no se encuentran informadas ni por un sistema global ni por reglas generales (por ejemplo, tiene muy poco en cuenta, en relación con las infracciones, las reglas tradicionales de la legalidad, en particular del *nullum crimen nulla poena sine lege*). Así, el Derecho penal internacional, que se pretende una combinación de las características más destacadas del Derecho internacional y el Derecho penal sólo ha conseguido, hasta ahora, combinar sus peores aspectos”<sup>74</sup>.

El ECPI, en primer lugar, tipifica –define– las conductas punibles generadoras de responsabilidad internacional penal individual (arts. 6 a 8 ECPI); es decir, para determinar si un hecho perpetrado es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a los tipos de delito dispuestos en los artículos 6 a 8 del ECPI. La adecuación del referido hecho al tipo se presenta como el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad. Esta circunstancia, además, permite que el ECPI cumpla con los requisitos de *lex praevia*, *scripta* y *certa* proclamados por el principio de legalidad penal. Así, “por lo que se refiere a la necesidad de que los crímenes estuviesen claramente definidos, el ECPI recoge un cambio en relación con el enfoque estrictamente adjetivo

74. BASSIOUNI, M., *Derecho...*, cit., p. 82.

al que respondía el Proyecto de 1994, en el que únicamente se contenía una enumeración de los crímenes, pero no una descripción de los mismos. Frente a este enfoque, el ECPI responde a un esfuerzo sustantivo muy considerable, en el que se centraron buena parte de los trabajos del Comité Preparatorio y de la propia Conferencia Diplomática, en los que, buscando la garantía del principio de legalidad, se llevó a cabo una labor de definición y concreción de los crímenes recogidos en el artículo 5 del estatuto, a saber, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión”<sup>75</sup>.

En segundo lugar, una vez tipificadas las conductas punibles, el ECPI dispone las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas (art. 77 ECPI). La pena, que es la consecuencia jurídica del delito, puede definirse como el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad competente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción<sup>76</sup>. Esta circunstancia comporta que el ECPI sea respetuoso con el principio de legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*).

Por último, en tercer lugar, la tipificación de conductas punibles y sus correspondientes consecuencias jurídicas carecen de sentido si no se dispone de un mecanismo encargado de aplicar jurisdiccionalmente las normas penales internacionales. A tal efecto, el ECPI no sólo crea la CPI (arts. 34 a 52 ECPI) sino que regula el proceso a través del cual se llevará a la práctica tanto su actividad jurisdiccional (arts. 58 a 76 ECPI) como la ejecución de las penas impuestas (arts. 103 a 111 ECPI).

### 3. *La costumbre internacional y las normas consuetudinarias penales*

En la esfera del Derecho penal, la costumbre “no puede fundamentar la responsabilidad criminal, en virtud del axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pero fuera de esa esfera en que se halla prohibida es y puede ser fuente del Derecho”<sup>77</sup>. Por ello, desde la perspectiva de las normas internacionales

75. LIROLA DELGADO, I., *La competencia...*, cit., pp. 52 y 53.

76. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 616.

77. RODRÍGUEZ DEVESA, J., *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 1989, p. 258. En los últimos años, la costumbre, tan denostada por Derecho penal, ha adquirido cierta relevancia. Es cierto que nadie discute que se puedan crear nuevos tipos delictivos a partir de la costumbre (Parte especial), pero un sector actualmente mayoritario de penalistas entiende que respecto de diferentes institutos y figuras jurídico-penales de la Parte general la costumbre

penales, se suscita la cuestión de si la costumbre internacional puede ser origen de delitos internacionales o, por el contrario, existe una suerte de “reserva de tratado” –semejante a la “reserva de ley” en Derecho interno– en dicha materia.

La polémica se centra, pues, en la posibilidad de que una norma internacional consuetudinaria pueda disponer una conducta delictiva y, en atención a la misma, generar una responsabilidad internacional penal individual. Y, seguidamente, en caso de que la costumbre internacional pueda originar delitos internacionales, atendiendo al principio *nullum crimen sine lege*, se plantea la cuestión relativa a su conformidad con el principio de legalidad penal; es decir, la garantía criminal requiere que los delitos estén tipificados y, obviamente, una norma consuetudinaria es Derecho no escrito. Se trata, por tanto, de conductas delictivas no tipificadas y, en principio, atendiendo a la consiguiente falta de precisión, conllevan una vulneración del principio de legalidad penal. En consecuencia, la cuestión consiste en establecer si este planteamiento propio de los ordenamientos jurídicos penales internos concurre en el ordenamiento jurídico internacional.

Sobre esta cuestión escribe BUENO ARÚS que “un penalista desde luego entiende que ello no es posible, por el carácter constitucionalmente garantista que ostenta el principio de legalidad desde la perspectiva de la seguridad jurídica, obligando a restringir la posibilidad de ese efecto creador a las normas escritas de superior rango. Por ello, ni los principios generales, ni la jurisprudencia, ni menos la costumbre, podrían tener el indicado efecto, y han de limitarse a ser normas aplicables para la interpretación o, todo lo más, la integración de normas escritas”<sup>78</sup>. En igual sentido LAURENZO COPELLO entiende que el ECPI “restringe el catálogo de hechos punibles a los estrictos cauces del texto del tratado, sin admitirse otras fuentes de creación de delitos tales como la costumbre internacional o los principios generales del Derecho”<sup>79</sup>. Y sostiene VIDALES RODRÍGUEZ que “no creo que pueda aceptarse que, a diferencia del sistema del *common law*, la infracción de una norma consuetudinaria o de un principio general sirva de fundamento a la imposición de una pena”<sup>80</sup>.

tiene un margen de juego. Sobre esta cuestión y las diferentes materias en las que incide la costumbre, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción...*, cit., pp. 89 y 90; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 67 y ss.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 159 y ss.; etc.

78. BUENO ARÚS, F., *Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998*, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, Escuela Diplomática, Madrid, 2000, p. 122.

79. LAURENZO COPELLO, P., *Hacia...*, cit., p. 40.

80. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, “La Corte Penal Internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 195.

Todos ellos son penalistas y procesalistas –expertos en Derecho interno– y, por consiguiente, en relación a lo indicado puede traerse a colación la siguiente reflexión de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: “comprendo el nerviosismo que debe de apoderarse de un penalista de corte lineal, poco acostumbrado a que se invoque el Derecho consuetudinario. Sin embargo a un internacionalista no le es extraña esta invocación”<sup>81</sup>. Empero, para ser justos, debe señalarse que también algunos iusinternacionalistas son partidarios de la tesis “penalista” y sostienen que “parece claro que ninguna de las fuentes mencionadas podría tener este efecto, y deben valorarse como ‘normas aplicables para la interpretación o, en todo lo más, la integración de las normas escritas’”<sup>82</sup>.

Al respecto cabe recordar que el artículo 10 del ECPI dispone que “nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”<sup>83</sup> y el artículo 22.3 estipula que “nada de lo dispuesto en el presente artículo [*nullum crimen sine lege*] afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto”. A partir de los textos glosados cabe constatar los siguientes extremos: 1) Confirman la tipificación internacional penal autónoma de los delitos internacionales, esto es, al margen de las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos penales de los Estados. 2) Establecen una dualidad jurídica en torno a la tipificación penal internacional compuesta por la tipificación contenida en el ECPI y la tipificación extramuros del mismo resultante del Derecho internacional general y convencional. Y, de esta forma, el ECPI admite la posibilidad de que la costumbre se constituya en origen de delitos internacionales porque se parte de la idea de que en Derecho internacional no existe al respecto “reserva de tratado (ley)” y, en consecuencia, los delitos internacionales pueden tener su origen en la costumbre. En otras palabras, el origen de los delitos internacionales es el Derecho objetivo que incluye tanto el escrito como el no escrito (principio de legalidad en sentido amplio que aparecía recogido en el artículo 13.2 del Proyecto de Código

81. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *El Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional*, “La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 257.

82. LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte...*, cit., p. 113.

83. “Este artículo intenta garantizar que el derecho internacional general permanezca imperturbable por el Estatuto. En este sentido, el texto del artículo 10 deja a los tribunales penales internacionales *ad hoc* que existen, tales como para la ex Yugoslavia y para Ruanda, o aquellos que pueden ser creados en un futuro, explícita libertad –ausente cualquiera otra norma aplicable como podría surgir de sus propios estatutos sobre el punto– para no considerarse a sí mismos obligados por el Estatuto de Roma” (SUNGA, L., *La jurisdicción...*, cit., p. 267).

de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996). 3) Por vía negativa debe indicarse que ninguna disposición del ECPI estipula que únicamente los tratados internacionales son la fuente de los delitos internacionales. Estos artículos estatutarios, entonces, refuerzan la idea de una tipificación en sede consuetudinaria al margen del Derecho internacional convencional.

La tipificación contenida en el ECPI constituye el núcleo esencial de los delitos internacionales, aunque sin duda no son los únicos, pues dicha tipificación no es exhaustiva sino limitada a los delitos internacionales –de base consuetudinaria– sobre los que existe un consenso en la sociedad internacional en su conjunto tanto sobre su naturaleza delictiva como su carácter especialmente grave (delitos más graves de trascendencia internacional).

### 3.1. *El origen consuetudinario de los delitos internacionales*

En la costumbre internacional, o procedimiento *espontáneo*, la norma consuetudinaria se presenta como la resultante del comportamiento de los Estados en sus relaciones con otros sujetos de Derecho internacional. En este sentido, la norma consuetudinaria es el resultado de un proceso social consistente en una práctica generalmente aceptada como derecho por los Estados y, por ello, tal norma consigue su consagración a partir del comportamiento, activo o pasivo<sup>84</sup>, llevado a término de una forma constante, general<sup>85</sup> y uniforme<sup>86</sup> (elemento material) por los Estados<sup>87</sup>, bajo la firme convicción de estar atendiendo a una obligación de carácter jurídico (*opinio iuris* o elemento espiritual)<sup>88</sup>. Este procedimiento normativo, en opinión de GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, constituye el más característico del Derecho

84. *Asunto del Lotus*, CPIJ, Serie A, núm. 10, p. 28 y *Asunto Nottebohm*, CIJ, *Recueil* 1955, p. 4.

85. Sentencia del TIJ de fecha 27 de junio de 1986, relativa al *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (CIJ, *Recueil* 1986, p. 98).

86. *Asunto derecho de asilo*, CIJ, *Recueil* 1950, p. 277 y *Asunto de las pesquerías*, CIJ, *Recueil* 1951, p. 131.

87. Ahora bien, en atención al fenómeno organización internacional operado en la sociedad internacional contemporánea, éstas participan no sólo en la elaboración de costumbre internacionales, sino también en la elaboración de costumbres internas en su seno. A modo de ejemplo, el procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad, cambiado tras la enmienda aportada al artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas en 1965, ha sido generalmente aceptado por los miembros de la Organización y constituye la prueba de una práctica general de la misma (*Dictamen sobre Namibia de 21 de junio de 1971*, CIJ, *Recueil* 1971, p. 22).

88. Sentencias del TPJI de fecha 7 de septiembre de 1927 (*Asunto del Lotus*, CPJ, Serie A, núm. 10, p. 18) y del TIJ de fecha 20 de febrero de 1969 (*Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte*, CIJ, *Recueil* 1969, p. 44).

internacional “por operar en la propia sociedad internacional a partir del comportamiento de un conjunto de estados soberanos. Pues para la creación de una norma consuetudinaria se requiere tanto una convicción jurídica (*opinio iuris*) como una práctica real, esto es, un comportamiento constante y uniforme, en ciertas situaciones, de los estados directamente interesados”<sup>89</sup>.

La costumbre internacional general tiene un ámbito universal y obliga a todos los Estados de la sociedad internacional<sup>90</sup>, excepto a aquellos que se hayan opuesto a la misma, de manera inequívoca y expresa, durante su fase de formación. No obstante, puede plantearse la cuestión relativa a si una costumbre general vincula a los Estados que no han participado en su formación. En respuesta a esta cuestión cabe decir que “el Derecho internacional no exige, para la formación de la costumbre, el consentimiento de los Estados. El silencio basta y vale como aquiescencia”<sup>91</sup>. Por tanto, los Estados que no hayan participado activamente en el proceso de formación de la costumbre, pero que tampoco se hayan opuesto, quedarán vinculados por la norma consuetudinaria.

En el contexto descrito, la norma consuetudinaria internacional general se presenta, ante las limitaciones de las normas convencionales internacionales, como la única susceptible de propiciar la existencia de una regulación internacional penal que abarque la sociedad internacional en su conjunto, pues excepto los Estados que se hayan opuesto expresamente a la misma los demás quedarán vinculados por sus efectos jurídicos. Empero, atendiendo a las garantías criminal y penal del principio de legalidad (*nulla poena sin lege scripta*), los delitos y las penas no pueden tener su origen en la costumbre en tanto que la incertidumbre en la identificación de una norma consuetudinaria implicaría una inseguridad jurídica. Al respecto, observa PASTOR RIDRUEJO<sup>92</sup> que las normas

89. GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2002, p. 129.

90. Al respecto, en los *Asuntos sobre la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte*, el TIJ declaró que “es característico de las normas y obligaciones convencionales que se admita, dentro de ciertos límites, la facultad de formular reservas unilaterales; sin embargo, esto no puede ser así en el supuesto de normas y obligaciones de Derecho general o consuetudinario que, por su misma naturaleza, deben aplicarse en iguales condiciones a todos los miembros de la comunidad internacional y no pueden subordinarse a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por cualquiera de los miembros de la comunidad en su propio beneficio. Por consiguiente, parecería probable que, si por cualquier razón, normas u obligaciones de este tipo se incorporan o se intentan reflejar en ciertas provisiones de una convención, tales provisiones figurarán entre aquellas respecto de las cuales no se confiere o se excluye un derecho de reserva unilateral” (CIJ, *Recueil* 1969, p. 38).

91. CAHIER, Ph., *Cours général de Droit international public*, RCADI, t. 195 (1985), p. 233.

92. PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 23 y 24.



consuetudinarias no ofrecen siempre la claridad y la precisión deseables, y mucho menos si surgen en un grupo social como la sociedad internacional en que el sujeto característico es el Estado que, frecuentemente, se comporta inspirado en motivaciones políticas y no jurídicas, ocasionando una incertidumbre que genera inseguridad jurídica. Por ello, escribe CEREZO MIR que “en el Derecho penal... dada la vigencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la costumbre no puede servir de base para la creación de figuras delictivas”<sup>93</sup>. Ahora bien, en el Derecho internacional penal, donde también rige el principio de legalidad respecto de los delitos y de las penas, ¿puede la costumbre servir de base para la creación de figuras delictivas internacionales?

La respuesta a la cuestión planteada, que no ofrece duda alguna a los iusinternacionalistas, se encuentra en varios textos. En el *Informe al Consejo de Seguridad, de 3 de mayo de 1993, del Secretario General de las Naciones Unidas*<sup>94</sup>, sobre el ETPIY, el Secretario General señala que el *principio de legalidad penal* exige que el Tribunal aplique Derecho internacional humanitario que constituya, sin duda alguna, Derecho internacional consuetudinario, teniendo tal consideración los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949 (art. 2 ETPIY), el IV Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907 (art. 3 ETPIY), el Convenio para la sanción y prevención del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (art. 4 ETPIY) y el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945 (art. 5 ETPI). En relación al Derecho aplicable por el TPIR, en el *Informe presentado por el Secretario General en cumplimiento del párrafo 5 de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad*<sup>95</sup> se estipula que en su ámbito de aplicación se incluye los instrumentos internacionales, independientemente de que sean considerados parte del Derecho internacional consuetudinario o de que hayan consuetudinariamente entrañado la responsabilidad penal individual del autor del crimen.

En la línea seguida, el ECPI, que tipifica delitos internacionales de origen consuetudinario, estipula en su artículo 10 que “nada de lo dispuesto en la presente

93. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 195.

94. Doc. S/25704 de 3 de mayo de 1999, p. 9. “La propia naturaleza de la costumbre impide una definición estricta de la conducta punible, así como no contempla de forma taxativa la sanción aplicable a dicha conducta. Por todo lo antedicho, las normas consuetudinarias parecen, de por sí, insuficientes para tipificar delitos y el respeto por el principio “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” exige la existencia de tipos penales en el sentido del derecho penal moderno, tal como se lo concibe en las naciones cuyos sistemas jurídicos son de matriz romano-germánica” (GRAMAJO, J., *El Estatuto...*, cit., p. 159).

95. Doc. S/1995/134 de 13 de febrero de 1995, p. 12.

parte [De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable] se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”. La frase “normas existentes o en desarrollo<sup>96</sup> del Derecho internacional” es indicadora de que al margen del Derecho internacional del ECPI existe más Derecho internacional. En concreto, un Derecho internacional ya existente y en constante desarrollo. Un Derecho internacional convencional y consuetudinario.

Finalmente, PELLET<sup>97</sup> recuerda que el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sólo proclama el principio de legalidad, sino que en su apartado segundo dispone que “nada de lo dispuesto en éste artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Por tanto, el mismo artículo que “consagra” el principio de legalidad penal en el plano internacional también reconoce la existencia de principios generales de carácter tipificador en el ordenamiento internacional.

Atendiendo a los textos señalados y desde la perspectiva del Derecho internacional, tanto el tratado internacional como la costumbre internacional no sólo son procedimientos susceptibles de crear normas internacionales penales, sino también de establecer tipos delictivos. Y ello es así porque, al no existir en la sociedad internacional ninguna instancia superior a los Estados con poder –legislativo– para crear Derecho, “el consentimiento de cada uno o el consenso común, como expresión de la soberanía estatal, son los elementos básicos para que puedan surgir normas internacionales o establecerse derechos y obligaciones en virtud de actos con eficacia normativa”<sup>98</sup>.

96. Sobre esta cuestión, escribe FERNÁNDEZ SÁNCHEZ “no se que quiere decir exactamente «normas en desarrollo», si son aquellas normas *in fieri* que están en un proceso de definición o formación, como el crimen de agresión que recoge específicamente el Estatuto de Roma aunque está en proceso de definición porque los Estados han querido remitir su definición a un Comité Preparatorio, o las llamadas normas de *soft law* o de derecho en agraz, como, por ejemplo, aquellas contempladas en ciertas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que formalmente no son normas jurídicas pero que implican un grado de compromiso por parte de los Estados o aquellas que vienen reguladas por la *opinio iuris* sin que pueda establecerse el elemento de la práctica, la llamada por René-Jean DUPUY *costumbre salvaje* o incluso aquellas que estando definidas van completándose en función del nivel de desarrollo de los Estados que la aplican, como, por ejemplo, el contenido de lo que supone un juicio justo y equitativo” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *El Derecho...*, cit., p. 259).

97. PELLET, A., *Le tribunal...*, cit., p. 7 y ss., p. 35.

98. GONZÁLEZ CAMPOS, J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso...*, cit., p. 74. Sobre esta cuestión, JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El papel de la noción de consensus en la fundamentación y el concepto del Derecho internacional público*, “O Direito internacional no

A mayor abundamiento, hay que recordar que la costumbre internacional requiere una práctica generalizada, constante y uniforme por parte de los Estados y la presencia de su *opinio iuris*<sup>99</sup> y, a partir de ahí, puede sostenerse que la incriminación de conductas por vía consuetudinaria no reviste un carácter arbitrario pues, la existencia de la costumbre significa que el comportamiento delictivo es reconocido por la mayoría de Estados y, a pesar de no estar recogidos en normas convencionales, ya están positivizados como normas internacionales. En fin, las normas internacionales consuetudinarias son susceptibles de contemplar conductas punibles. Y es que, como escribe RODRÍGUEZ DEVESA, “negar a la costumbre el rango de fuente directa o inmediata del Derecho penal va contra los datos que proporcionan la Historia y el Derecho comparado, porque todo derecho punitivo ha sido en algún momento histórico derecho consuetudinario”<sup>100</sup>.

### 3.2. *La costumbre internacional y el principio de legalidad penal*

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos internos en el ámbito del Derecho internacional la costumbre sí es un procedimiento a través del cual se pueden crear delitos internacionales. Negar tal circunstancia es ir en contra de la evidencia que proporciona la Historia y la realidad jurídica internacional<sup>101</sup>. La cuestión es determinar la compatibilidad del principio de legalidad penal en relación a las normas consuetudinarias internacionales, especialmente en cuanto al principio de tipicidad, pues atendiendo al carácter no escrito de éstas “provocan un cierto margen de inseguridad, ya que una persona podría verse sorprendida por la acusación de haber cometido una infracción derivada

terceiro milenio. Estudos em homenagem do professor Vicente Marota Rangel”, Sao Paulo, 1998, p. 103 y ss.

99. Respecto al requisito de la *opinio iuris*, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ señala que este requisito “ha sido reducido a contenidos de prueba más comprensibles al afirmarse que ‘la existencia de la *opinio iuris* de los Estados se prueba por vía de inducción, tomando como punto de partida la existencia de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por vía de deducción a partir de ideas preconcebidas *a priori*’” (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L., *Derecho internacional y crisis internacionales*, Iustel, Madrid, 2005, p. 49).

100. RODRÍGUEZ DEVESA, J., *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 1989, p. 258.

101. SCHABAS sostiene que “la afirmación de la regla *nullum crimen* excluye toda posibilidad de que la Corte pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios [si bien] de algún modo esta postura es contraria a la tendencia de las persecuciones internacionales de crímenes de guerra, establecida en la jurisprudencia de los tribunales de Nuremberg y La Haya” (SCHABAS, W., *Principios...*, cit., p. 284).

de la costumbre internacional, cuando las normas consuetudinarias no son fácilmente reconocibles por la mayoría de los individuos”<sup>102</sup>.

Las soluciones propuestas por la doctrina son varias, tales como el *principio de juridicidad*, el *principio de legalidad en sentido amplio*, la *legalidad en torno a la interacción entre costumbre internacional y tratado internacional* y, finalmente, la resultante de la *jurisprudencia elaborada en sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH). Esta última, a diferencia de las anteriores, responde a la práctica seguida por el citado órgano judicial y, por consiguiente, no se reduce a una mera elaboración doctrinal sino a la constatación de una realidad jurídica. Estas propuestas, por caminos diferentes, intentan solventar el problema que representa para la costumbre el ser derecho no escrito y la *posible* inseguridad jurídica que ello comporta para los destinatarios de los delitos internacionales creados por este procedimiento. No obstante, antes de abordar la cuestión, cabe recordar que en el plano internacional el principio de legalidad penal responde a una noción autónoma de la noción del mismo contenida en los ordenamientos jurídicos internos. Una noción autónoma que se beneficiaría de una concepción menos positivista del principio que la vigente en los Derechos internos<sup>103</sup>, pues no debe olvidarse que el artículo 15.2 del PIDCP estipula que el principio de legalidad no se opone “al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Y también debe tenerse presente, desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos internos, la diferente configuración del principio de legalidad en el *common law* y en el llamado Derecho continental. En el primero de ellos el principio de legalidad se configura de una forma más “relajada” atendiendo a que no contempla la tipificación, sino que la certeza resultaría de la descripción del comportamiento punible: a título de ejemplo, en Estados Unidos están reconocidos los delitos provenientes del *common law* cuya vigencia es compatible con el principio de legalidad en la medida que se trata de definiciones asentadas en una tradición milenaria casi imposible de modificar<sup>104</sup>.

Finalmente recordar que no hay que confundir la tipicidad con la taxatividad. Son dos cuestiones diferentes si bien enlazadas, pues la taxatividad precisa

102. CUERDA RIEZU, A. y RUIZ COLOME, M., *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, La Ley, 1999, núm. 4724, p. 1718.

103. HUESA VINAIXA, C., *Prólogo* a CAPELLÀ ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 17.

104. HENDLER, E., *El Derecho penal en los Estados Unidos de América*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1992, pp. 28 y ss.

de la tipificación. Una conducta puede estar tipificada pero ello no quiere decir que necesariamente el contenido del tipo penal revista las condiciones exigidas por la taxatividad. La falta del principio de taxatividad, entonces, también puede venir predicada de las conductas tipificadas en tratados internacionales y códigos penales internos. Por ello, no se puede compartir la afirmación de que “hay que rechazar la mera costumbre como fuente del Derecho penal internacional, pues aunque sea posible constatar la preexistencia de una norma consuetudinaria, ésta difícilmente podrá dar cumplimiento al principio de taxatividad o concreta delimitación de la conducta punible”<sup>105</sup>. Obviamente, una cosa es constatar la existencia de un delito internacional de origen consuetudinario y otra muy distinta que el contenido del mismo dispuesto por la norma responda a las exigencias de la taxatividad. Así, atendiendo a esta distinción, la cuestión que se plantea es la relativa a la problemática de la tipificación en relación a los delitos internacionales creados por vía consuetudinaria.

### 3.2.1. *El principio de legalidad en sentido amplio y el principio de juridicidad*

La inexistencia de la ley como “fuente” del Derecho internacional penal hace que en el ordenamiento jurídico internacional no tenga cabida el *positivismo legalista* propio de los ordenamientos jurídicos internos. Y, por ello, como advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando los penalistas sostienen el principio de legalidad en relación a la ley, olvidan que “existe un Derecho (con mayúscula) que tiene otro origen distinto del de la Ley; más simplemente, que la Ley no es el único origen del Derecho..., que *ius* y *lex* no se corresponden y se confunden”<sup>106</sup>. Atendiendo a este planteamiento, el Derecho internacional (con mayúscula) permite la referencia del principio de legalidad respecto del Derecho y no de la ley, máxime cuando en el Derecho internacional no existen “leyes penales”. Esta tesis permite sostener un concepto amplio de este principio en el que tendría cabida la costumbre internacional en tanto que creadora de delitos internacionales. Por ello, BASSIOUNI<sup>107</sup> propone que el principio de legalidad en Derecho internacional penal sea entendido como *nullum crimen sine iure* y, como ha señalado el relator THIAM, “si se entiende

105. GIL GIL, A., *Derecho...*, cit., p. 88.

106. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 93.

107. Al respecto, BASSIOUNI, M., *Crimes against humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992.

por *lex* no el derecho escrito sino el derecho en sentido general de la acepción, el contenido del principio será más amplio y abarcará no sólo la ley escrita sino también la costumbre y los principios generales del derecho”<sup>108</sup>. Finalmente, la jurisprudencia de diferentes órganos judiciales, tanto nacionales como internacionales<sup>109</sup>, aceptan que el principio *nullum crimen sine lege* es respetado aun por reglas no escritas, siempre y cuando la norma sea previsible y asequible. En este contexto puede ubicarse el principio de legalidad en sede internacional, esto es, en el Derecho internacional la ley no es el origen de las normas internacionales, sino que las mismas resultan de los tratados y la costumbre. Por consiguiente, el principio de legalidad tiene como referente el Derecho.

Este sentido amplio del principio de legalidad aparecía recogido en el artículo 13.2 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996: “nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del Derecho internacional o del Derecho nacional”. Al respecto cabe señalar que en el Informe del Comité Preparatorio, sobre el texto del proyecto de estatuto de 1996, este era el primer precepto de la sección de principios generales y se titulaba “*nullum crimen sine lege/irretroactividad*”<sup>110</sup>. Y, a partir de ahí, respecto del principio de legalidad, puede admitirse que “su funcionamiento en el Derecho internacional no parece acomodarse estrictamente a los mismos esquemas que en los sistemas penales internos”<sup>111</sup>. Es imposible en sede jurídico internacional mantener, respecto del mencionado principio, la afirmación de que “no basta con la existencia de una norma, es preciso constatar la existencia de una ley penal”<sup>112</sup>. En Derecho internacional no puede sostenerse la existencia de una “ley penal internacional” –entendida en el sentido del Derecho penal interno– que proclame el principio de legalidad, pero cabe sostener la existencia de una norma (convencional y consuetudinaria) que proclama el principio de legalidad penal. Una norma caracterizada por ser imperativa, proteger un interés esencial de la sociedad internacional y tener efecto *erga omnes*, porque todos los Estados pueden exigir su cumplimiento.

108. THIAM, D., *Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad*, Doc. A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, pp. 37 y 39.

109. Esta jurisprudencia es citada en SCHABAS, W., *Principios...*, cit., p. 281.

110. Informe del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Doc. A/51/10, suplemento núm. 10, vol. I, pp. 43 y 44.

111. LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte...*, cit., p. 12.

112. GIL GIL, A., *Derecho...*, cit., p. 83.

Por otra parte, el principio de legalidad en sentido amplio es un equivalente al “principio de juridicidad”<sup>113</sup> del *common law*<sup>114</sup>. Este principio, que representa básicamente una garantía jurisdiccional, está fundado en el Derecho natural y es aplicado por los jueces ordinarios, llegando a estar por encima del derecho legislado<sup>115</sup>. En el principio de juridicidad concurre el principio de *no retroactividad*, el principio de *taxatividad* y la *prohibición de la analogía*. Este principio, que *no contempla la tipificación* o necesidad de derecho escrito, se centra en la búsqueda de la *certeza* de la norma internacional penal. En concreto, la certeza resultaría de la descripción de la conducta punible, de la no aplicación retroactiva de la norma y la no aplicación analógica. En este contexto, la norma consuetudinaria no sólo tendría cabida como “fuente” creadora de comportamientos punibles (delitos internacionales de naturaleza consuetudinaria), sino que además daría cumplimiento al principio de legalidad en tanto que permite certeza y, por extensión, seguridad jurídica.

En atención a esta articulación, el principio de juridicidad podría parecer el idóneo para resolver el problema que representa para la costumbre internacional el ser derecho no escrito y la *posible* inseguridad jurídica que ello comporta para los destinatarios de los delitos internacionales creados por este procedimiento normativo, pues se soslaya la cuestión de la tipificación y la certeza vendría dada por la descripción de la conducta perpetrada, la no aplicación retroactiva (inexistencia anterior de la descripción de esa conducta como delito) y la no aplicación analógica. En este sentido, el principio de legalidad respondería a un criterio de exclusiva juridicidad (necesidad de un comportamiento punible asentado según la tradición que, en el plano internacional, se correspondería con una *common opinio* de los Estados: la convicción de que la conducta es punible).

La utilización respecto de los delitos internacionales generados por vía consuetudinaria del principio de legalidad en sentido amplio o del principio de juridicidad plantea, según la doctrina penal, una serie de problemas que impiden que se resuelva satisfactoriamente la problemática que encierra la ausencia de tipificación de estos delitos internacionales.

113. Al respecto, RAZ, J., “The Rule of Law and its Virtue”, *Law Quarterly Review*, vol. 33 (1977), pp. 195 y ss.

114. En opinión de DICEY el *rule of law* significa, entre otras cosas, la igualdad ante la ley o la igual sujeción de todas las clases a la ley ordinaria del país, administrada por los tribunales ordinarios (*introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1952, citado en ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 55).

115. MARSHALL, G., *Constitutional theory*, Oxford University Press, Oxford, 1971, pp. 137 y ss.

1) Afirmar respecto de los delitos internacionales el principio de legalidad en sentido amplio o el principio de juridicidad comportaría la existencia de dos concepciones del principio de legalidad en sede internacional. Un principio de legalidad en sentido estricto para las normas internacionales penales resultantes de los tratados internacionales, pues estos cumplirían con el requisito de la tipicidad al ser derecho escrito, y un principio de legalidad en sentido amplio –o principio de juridicidad– respecto de los delitos internacionales resultantes de las normas consuetudinarias. Al respecto, siguiendo la máxima de “quien puede lo más puede lo menos”, podría señalarse que el principio de legalidad en sentido amplio y el principio de juridicidad también podrían ser predicables en relación a los tratados internacionales, tan sólo que los delitos internacionales convencionales estarían reforzados por la tipificación expresa contenida en los tipos penales, es decir, la tipificación jugaría el rol de avalar o confirmar como delito la conducta perpetrada por el sujeto.

2) En relación al principio de legalidad en sentido amplio se argumenta que la aplicación de tal principio conlleva que el origen de los delitos internacionales no se encuentra en la ley sino en el Derecho (con mayúscula) y, en consecuencia, engloba tanto el derecho escrito (convencional) como el derecho no escrito (costumbre) como posibles “fuentes” de los delitos internacionales pero, a pesar de ello, el problema de fondo subsiste desde el punto de vista de la tipificación respecto de los delitos internacionales creados por la costumbre internacional. En otras palabras, el principio de legalidad en sentido amplio acoge en su seno a los delitos de esta naturaleza, pero solamente formalmente porque, desde el punto de vista de la tipificación, no adquiere virtualidad práctica.

3) Al no contener la necesidad de la tipificación, el principio de juridicidad conlleva el problema de que una determinada costumbre puede evolucionar y, en consecuencia, abarcar nuevas situaciones, esto es, por ejemplo, en el delito de genocidio puede evolucionar la *opinio iuris* e incluir en el mismo nuevas conductas punibles (actos delictivos) como podría ser las persecuciones de grupos políticos<sup>116</sup>. Y, de esta forma, se estaría ampliando el concepto de delito de genocidio con el correspondiente menoscabo de la seguridad jurídica.

### 3.2.2. *La interacción costumbre-tratado*

La *interacción costumbre-tratado* se presenta, posiblemente, como la solución más aceptable en orden a resolver el problema que presenta la garantía

116. HUESA VINAIXA, R., *Incrimination universal y tipificación convencional (la paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)*, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, Escuela Diplomática, Madrid, 2000, p. 115.



criminal (tipicidad) del principio de legalidad respecto de los delitos internacionales creados por vía consuetudinaria, pues permite combinar el derecho escrito (tratado) con el derecho no escrito (costumbre). La *interacción entre tratado y costumbre*<sup>117</sup> es fluida porque los efectos del primero sobre la segunda pueden ser declarativos de la costumbre, cristalizadores de la costumbre o generadores de una nueva costumbre<sup>118</sup> y, además, comporta la existencia de reglas convencionales y consuetudinarias con un mismo contenido, si bien con una regulación jurídica diferente. No obstante, de concurrir esta circunstancia, no implica en ningún momento que las primeras suplanten las segundas, pues las reglas de Derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónomas con respecto a las del Derecho internacional convencional, incluso cuando tienen un contenido idéntico<sup>119</sup>.

La interacción se manifiesta mediante la *codificación*, entendiendo por ésta una más precisa formulación y sistematización de las reglas internacionales (art. 15 del Estatuto de la CDI) y, de ahí, su incidencia sobre la cuestión de la tipificación. Asimismo, la codificación del Derecho internacional se configura como un instrumento de consolidación de la paz —“la paz por el Derecho”<sup>120</sup>— (fin perseguido por la tipificación de los delitos internacionales en el ECPI) y, desde esta perspectiva, la misma se presenta como el medio más adecuado para afrontar la cuestión relativa al principio de legalidad en su vertiente criminal de los delitos internacionales generados por vía consuetudinaria.

Escribe REMIRO BROTONS que “a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los *crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad* no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos, pues la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura en un momento dado, hasta que la codificación y sus trabajos preparatorios permiten su más precisa representación, sobre la base, a menudo, de tipos relativamente abiertos; sólo en el plano de las reglas particulares inscritas en los tratados por los que se obligan los Estados (y que son, a su vez, elementos de la práctica y expresión de la *opinio iuris* que coadyuvan a la creación de normas generales)

117. Al respecto, MERON, T., *International law in the age...*, cit., pp. 396 y ss.

118. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958, pp. 17 y ss.

119. *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, CII, *Recueil* 1986, párs. 178 y 179.

120. DAUDET, Y., *Actualités de la codification du Droit international*, RCADI, t. 303 (2003), p. 49 y ss.

la tipicidad internacional se aproxima a la interna (y hasta se subsume en ella, cuando se trata de reglas de aplicación directa)<sup>121</sup>.

En tanto que manifestación de la interacción, la codificación se configura en el medio idóneo para soslayar la dificultad de determinar y formular los delitos internacionales contenidos en las normas consuetudinarias. Como advierte HUESA VINAIXA, “la certeza de las normas consuetudinarias depende hoy, en muy buena medida, de su formulación en los tratados internacionales”<sup>122</sup>. Entonces, la cuestión relativa a la ausencia de tipificación de los delitos internacionales de naturaleza consuetudinaria<sup>123</sup> se resuelve en el ámbito de la interacción de los diferentes procedimientos de producción normativa internacional y, en concreto, mediante la codificación (transformación del derecho no escrito en derecho escrito) que resulta de la misma. La codificación, entonces, permite la progresiva transformación del derecho consuetudinario en derecho convencional, esto es, posibilita la transformación de los delitos internacionales de base consuetudinaria en delitos internacionales convencionales (tipificados) evitando de esta manera la indefinición de los primeros. Empero, como asevera SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “claro está que, en definitiva, todo este proceso reposa en el consentimiento de los Estados que son quienes al final van a convalidar o no el proceso codificador”<sup>124</sup>.

La codificación permite el tránsito del derecho no escrito (costumbre) al derecho escrito (convencional) y, de esta forma, siguiendo a DAUDET<sup>125</sup>, cabe sostener que un sistema codificado supone la edificación de un modelo jurídico racional y coherente<sup>126</sup>, es decir, la codificación puede no reducirse a una simple operación material de escritura del Derecho. Así, el referido autor, distingue entre la codificación en sentido estricto y la codificación *ex novo*. La primera tiene su base en la costumbre (p. ej., en el ámbito de la Convención del Dere-

121. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial*, “El Derecho penal internacional”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 92 y 93.

122. HUESA VINAIXA, R., *El “Tribunal...”*, cit., pp. 181 y 182.

123. El derecho no legislado puede convertirse en presupuesto de normas penales, siempre y cuando desde allí se desprenda en forma determinada posibilidades de intervención penal en la esfera individual (GUERRERO PERALTA, O., *Justicia penal y paz. El largo camino hacia la conformación de una jurisdicción penal internacional*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 59).

124. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L., *Derecho...*, cit., p. 55.

125. DAUDET, Y., *Actualités de la codification du Droit international*, RCADI, t. 303 (2003), p. 32 y ss.

126. Sobre la necesidad de acelerar la construcción de un Derecho internacional a través de la codificación, MAHIU, A., *Le processus de codification du Droit international pénal*, “Droit international pénal”, Pédone, París, 2000, p. 38 y ss.

cho del Mar de 1982 cabe hablar de codificación en sentido estricto respecto de la libertad del alta mar, el derecho de paso inocente por el mar territorial, el régimen jurídico de un buque en un puerto extranjero), mientras que la segunda conlleva la aparición de reglas jurídicas nuevas (p. ej., en el ámbito de la referida Convención cabe citar la zona económica exclusiva o el régimen de los fondos marinos) cuya base no es una costumbre ya preexistente.

Como puede advertirse, la distinción propuesta entre la codificación en sentido estricto y la codificación *ex novo* entronca directamente con los efectos de la interacción entre costumbre y tratado: declarativo, cristalizador y generador. Así, el efecto declarativo se manifestaría en la codificación en sentido estricto, mientras que los efectos cristalizador y generador se corresponderían con la codificación *ex novo*. En este sentido, el ECPI en sus artículos 6 y 8 recoge los delitos internacionales de genocidio y guerra, tipificando una serie de delitos internacionales ya preexistentes en el Derecho internacional consuetudinario (efecto declarativo) y, por tanto, se trata de una codificación en sentido estricto. Respecto del artículo 7 cabe señalar que a través del mismo se plasma por vez primera en un tratado el delito de lesa humanidad y, desde esta óptica, puede sostenerse que se trata de una codificación *ex novo* del mismo en tanto que confirma su existencia como tal (efecto cristalizador). En resumen, la codificación realizada mediante el ECPI proporciona un cauce institucional (la CPI) y procedimental (proceso y procedimiento) a la sustanciación jurisdiccional de dichos delitos.

El efecto *declarativo* conlleva que una costumbre ya existente es recogida y precisada por escrito mediante un tratado multilateral<sup>127</sup>. Asimismo, este efecto contribuye a la precisión del sentido de la práctica (elemento material) y puede ser prueba de la *opinio iuris* (elemento espiritual) de la costumbre. Una vez que el tratado internacional entre en vigor se dará la circunstancia de que “un determinado contenido de conducta rige simultánea y paralelamente en el plano consuetudinario (para los Estados que han seguido cierta práctica concordante con ese contenido de conducta) y en el convencional (para los Estados parte en el tratado que declara la norma consuetudinaria)”<sup>128</sup>. Un ejemplo de efecto declarativo podría ser el relacionado con las violaciones del artículo 3 común a

127. Un ejemplo de este efecto puede contemplarse en el desarrollo que de la institución del alta mar se realiza en la Convención sobre el Derecho del mar de 1982, pues esta institución ya contaba con una regulación consuetudinaria previa.

128. JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La interacción normativa entre costumbre y tratado y entre costumbre y resoluciones de la AG*, “Instituciones de Derecho internacional público”, Tecnos, Madrid, 2003, p. 130.

los Convenios de Ginebra de 1949<sup>129</sup>, recogidas en el artículo 4 del ETPIR y el artículo 8.2, letra c, del ECPI. Asimismo, cabe citar el delito de genocidio, recogido en el artículo 6 del ECPI, por constituir un delito internacional plenamente aceptado por los Estados y proclamado en el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948.

El efecto *cristalizador* supone la consolidación de una norma consuetudinaria en vías de formación (*in status nascendi*) a través de la adopción de un tratado multilateral que recoja el mismo contenido de conducta objeto de práctica consuetudinaria anterior al tratado<sup>130</sup>. El resultado de este efecto es que la norma cristalizada en el plano consuetudinario obliga a todos los Estados que no se hayan opuesto expresamente a la misma y en el plano convencional a todos los Estados partes en el tratado. Un efecto cristalizador podría ser el artículo 7 del ECPI respecto a los delitos de lesa humanidad<sup>131</sup>, pues con anterioridad a este precepto su definición no aparece contenida en tratado internacional alguno: el ECPI es el primer tratado multilateral de alcance general que detalla los delitos contra la humanidad<sup>132</sup>, constituyendo dicho texto convencional la consolidación de la práctica consuetudinaria existente<sup>133</sup>.

El efecto *generador* conlleva que determinadas disposiciones generales contenidas en un tratado originen una norma consuetudinaria si la práctica posterior es de carácter general, constante y uniforme<sup>134</sup>. Esta posibilidad aparece contemplada en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados: “lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un

129. Al respecto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha declarado que no tiene duda “de que esas violaciones generan una responsabilidad criminal individual, con independencia de que se hayan cometido en un conflicto armado, interno o internacional” y añade que “el Derecho consuetudinario internacional impone una responsabilidad criminal por las violaciones serias del artículo 3 común, tal y como es complementado por otros principios generales y reglas de protección de las víctimas de un conflicto armado interno, y por la vulneración de ciertos principios fundamentales y de ciertas reglas relativas a los medios y métodos de combate en conflictos civiles” (Doc. IT-94-1-AR72, párr. 129 y 134).

130. A modo de ejemplo cabe citar los tres primeros artículos del Convenio de Ginebra de 1958, sobre la plataforma continental, que eran la expresión escrita de normas de Derecho internacional general en vías de formación. (*Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte*, CIJ, *Recueil* 1969, párr. 63).

131. Sobre los delitos de lesa humanidad, CAPELLÀ ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

132. FLOWLER, J., *The Rome Treaty for an International Criminal Court: A framework of international justice for future generations*, Human Rights Brief, 1998, núm. 6, p. 2.

133. CONDORELLI, L., *La Cour...*, cit., pp. 9 y 10.

134. *Asunto sobre la competencia en materias de pesquerías*, CIJ, *Recueil* 1969, párr. 74. A modo de ejemplo, el TIJ reconoció este efecto de parte de las reglas sobre lo que posteriormente sería la Zona Económica Exclusiva (*Asunto de las pesquerías*, CIJ, *Recueil*, 1974, párrs. 44 y 53).

tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho internacional reconocida como tal” (art. 38)<sup>135</sup>. El ECPI no contempla como delitos internacionales el *apartheid* ni la tortura, si bien cabe advertir que en el mismo el *apartheid* aparece contemplado entre los delitos de lesa humanidad (arts. 7.1, letra j y 7.2, letra h ECPI) y la tortura aparece entre los delitos de lesa humanidad (art. 7.1, letra f ECPI) y los delitos de guerra (arts. 8.2, letra a, ii y 8.2, letra c, i ECPI). También se introduce por vez primera el delito de desaparición forzada de personas en relación al delito de lesa humanidad (art. 7.1, letra i, ECPI). Estas disposiciones estatutarias podrían ser el origen de una norma consuetudinaria si posteriormente se lleva a cabo una práctica en este sentido. Ahora bien, como puede advertirse, este efecto generador no viene dado respecto de los delitos de lesa humanidad y guerra (ya preexistentes al ECPI), sino en relación a nuevas modalidades de esos delitos, es decir, desde esta perspectiva, los referidos artículos pueden implicar –efecto generador– únicamente una ampliación de las modalidades de conducta de dichos delitos, pero no generan la aparición de nuevos delitos internacionales.

La interacción se presenta, pues, como el proceso que permite dar cumplimiento al principio de legalidad –garantía criminal– respecto de una norma consuetudinaria creadora de un delito internacional en tanto que conjuga la seguridad jurídica y la tipicidad “que permite el texto escrito con el carácter general y obligatorio que le aporta la costumbre. Dicha interacción... combina texto escrito y costumbre”<sup>136</sup>. No obstante, esta afirmación debe ser objeto de matización: 1) La interacción y la codificación permiten constatar la existencia de un delito internacional de origen consuetudinario, pero ello no quiere decir que dicho delito –ni el tipificado en el tratado (se trata de dos regímenes jurídicos diferenciados)– cumplan con los requisitos de taxatividad. Y 2) en tanto que instrumento de cohesión del Derecho internacional, la codificación es el medio más apropiado para ofrecer un armazón –soporte material– al derecho consuetudinario resultante de la costumbre y, por ello, se presenta como el medio más adecuado para “refrendar” los delitos internacionales porque los consolida y clarifica, pero en modo alguno crea una regla de Derecho, ya que ésta existe en el ámbito consuetudinario y sigue subsistiendo con posterioridad a su codificación<sup>137</sup>.

135. Un ejemplo de este efecto podría ser el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 y las conductas punibles por él dispuestas, si bien actualmente su consolidación en la esfera consuetudinaria general es discutible.

136. GIL GIL, A., *Derecho...*, cit., pp. 88 y 89.

137. DAUDET, Y., *Actualités...*, cit., pp. 49, 51, 64 y 66.

a) Los *Estatutos* de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

La combinación de texto escrito y costumbre, en el contexto de los Estatutos del TPIY y TPIR, vendría dada respecto de los delitos de guerra (arts. 2 y 3 ETPIY), recogidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el IV Convenio de La Haya de 1907; el delito de genocidio (arts. 4 ETPIY y 2 ETPIR), proclamado en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948; los delitos de lesa humanidad (arts. 5 ETPIY y 3 ETPIR), originados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y posteriormente aprobados como principios de Derecho internacional en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1993; y, finalmente, las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios (art. 4 ETPIR).

La diferencia del ECPI respecto del ETPIY –y TPIR– puede advertirse al no contener este último ningún intento codificador o tipificador, sino que la competencia *ratione materiae* deriva de la reproducción fiel de tipos penales dispersos. En este sentido, escribe HUESA VINAIXA que “en el artículo 2 (“Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949”) se produce, como dice Pellet, “un extraño *compendium* de los cuatro Convenios a los que, no obstante, el párrafo preliminar de las disposiciones ya reenvía” (Pellet, A: *Le Tribunal Criminel International pour l'ex Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?*, en RGDIP, núm. 1 [1994], pp. 34 y 35). Respecto de las “violaciones de las leyes o usos de la guerra” (art. 3), la técnica es diferente, pues se omite cualquier referencia a los Convenios que las contienen para pasar directamente a su enumeración. Dos observaciones, sin embargo, merece esta disposición: la primera, la sorprendente “apertura” del enunciado de tipos penales en ella comprendido, pues se desprende de su párrafo inicial que tal enunciado no es exhaustivo. Tal opción, aunque no entraña consecuencias graves desde el punto de vista de la determinación de la competencia del Tribunal, sí resulta incongruente con el empeño demostrado en el artículo anterior en reproducir taxativamente todas las violaciones graves de los Convenios de Ginebra. En segundo lugar, se produce un cierto solapamiento –inevitable, dada la técnica seguida– con algunos de los crímenes enunciados en el artículo 2. En cuanto al tercer grupo, los crímenes de genocidio, el artículo 4 del Estatuto atribuye al Tribunal competencia sobre los actos de “genocidio” propiamente dichos y otros actos conexos, reproduciendo la definición que del concepto da el Convenio de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aunque sin mencionarlo expresamente. Finalmente, los “crímenes de lesa humanidad” entran también en la competencia del Tri-

bunal tal y como vienen definidos en el artículo 5 de su Estatuto, definición que encuentra su origen, según señala en su informe el Secretario General, en el estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg, así como en la Ley número 10 del 'Control Council for Germany'. También en este caso nos encontramos, sin embargo, con un enunciado abierto de los actos que han de considerarse crímenes de lesa humanidad, así como un evidente solapamiento con el artículo 2 y también con el artículo 4<sup>77</sup><sup>138</sup>.

Como señala MERON<sup>139</sup>, en el plazo de tiempo transcurrido entre el proceso de Nuremberg y la creación del TPIY puede sostenerse que existía un consenso internacional sobre la legitimidad de los principios de Nuremberg, la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal sobre los crímenes según el Derecho internacional y la necesidad de castigar a los responsables de las violaciones de las disposiciones previstas en el Derecho internacional humanitario, pero es tras los violentos hechos ocurridos en el territorio de la ex Yugoslavia cuando se produjo una sacudida en la conciencia de la humanidad que propició no sólo la creación del TPIY –y posteriormente el TPIR– sino también la plasmación escrita en el Estatuto del referido órgano judicial de los tipos penales de una serie de delitos internacionales –en tanto que competencia *ratione materiae* del tribunal– que hasta el momento se encontraban dispersos en diferentes textos convencionales.

El ETPIY, primero, y el ETPIR, después, marcan el inicio de una aplicación práctica de los principios de Nuremberg y, *por ende*, las primeras medidas que la sociedad internacional adopta en el ámbito del proceso de institucionalización de la justicia internacional penal: la plasmación escrita de los tipos penales de los delitos internacionales en orden a su aplicación por un órgano jurisdiccional internacional para depurar la responsabilidad internacional penal individual directamente en el plano internacional. A través del ETPIY y ETPIR, el Derecho internacional dispone la jurisdicción y competencia de estos órganos judiciales internacionales y, a la vez, contempla determinadas conductas delictivas que lesionan intereses dignos de ser tutelados jurídicamente porque, en fin, su *rol* es juzgar y condenar en caso de culpabilidad, pero también permitir mediante su función jurisdiccional el apaciguamiento social –internacional– y el restablecimiento de la paz<sup>140</sup>.

138. HUESA VINAIXA, R., *El "Tribunal..."*, cit., pp. 182 y 183.

139. MERON, T., *Is the International Law moving towards criminalization?*, *European Journal of International Law*, 1998, vol. 9, pp. 18 y ss.

140. DAUDET, Y., *Actualités...*, cit., pp. 49 y ss.

b) *El Estatuto de Roma*

En el ECPI cabe advertir la existencia de una relación entre el texto escrito y la costumbre. Como señalan CARRILLO SALCEDO<sup>141</sup> y CONDORELLI<sup>142</sup> el referido instrumento convencional, a diferencia de los Estatutos del TPIY y TPIR, define por primera vez de manera sistemática los principales delitos de las personas humanas, codificando y desarrollando el Derecho preexistente en materia de Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los derechos humanos.

Al respecto, cabe advertir que todas las categorías de delitos recogidas en el ECPI tienen, en cuanto tales, una clara base consuetudinaria y el análisis del alcance que el Estatuto les ha dado suscita la cuestión relativa a determinar los supuestos en los que éste se limita a declarar normas consuetudinarias ya existentes, en los que estaríamos ante un efecto cristalizador o incluso generador de nuevas normas consuetudinarias<sup>143</sup>: “en lo que se refiere a las normas del Derecho internacional de fuente consuetudinaria, se ha señalado, en las distintas etapas preparatorias de la Conferencia diplomática de Roma, la importancia de incluir en la competencia de la Corte Penal Internacional los delitos definidos como tales por la costumbre”<sup>144</sup>. De ahí que CRAWFORD<sup>145</sup> sostenga que para concretar la competencia *ratione materiae* de la CPI se haya adoptado como criterio básico la inclusión de delitos internacionales ya existentes en los tratados y el en derecho consuetudinario.

El ECPI tipifica cuatro clases de delitos, a saber: los delitos de guerra, el delito de genocidio, los delitos de lesa humanidad y el delito de agresión (art. 5

141. CARRILLO SALCEDO, J., *La Cour...*, cit., p. 24.

142. CONDORELLI, L., *La Cour...*, cit., p. 9.

143. En relación al Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de 1996 REMIRO BROTONS opina que “son las normas generales del Derecho internacional (cuyas fuentes son esencialmente consuetudinarias) las que definen los crímenes internacionales. De ahí que no figurar en la lista del proyecto no prueba que el crimen no exista como tal para el Derecho internacional, mientras que encontrarse en ella es un consistente medio de prueba de su existencia si concluimos –como creo que se debe, una vez que la Comisión redujo drásticamente, de doce a cuatro, los crímenes contemplados– que los artículos propuestos tienen un carácter eminentemente declarativo o cristalizador de normas generales, esto es, que responden a un enfoque codificador más que de desarrollo progresivo del Derecho internacional” (REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes...*, cit., p. 78).

144. GRAMAJO, J., *El Estatuto...*, cit., p. 158.

145. CRAWFORD, J., *The work of the International law Commission*, “The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary”, Oxford University Press, Oxford, 2002, vol. I, p. 26. al respecto, BOS, A., *From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1996)*, “The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary”, Oxford University Press, Oxford, 2002, vol. I, pp. 48 y ss.



ECPI)<sup>146</sup> y todos ellos son generadores de responsabilidad internacional penal del individuo. Los dos delitos citados en último lugar carecen de un instrumento convencional en el que se disponga su definición. Empero, su inclusión pone “de manifiesto la existencia de una *opinio iuris* sobre el carácter internacional de los crímenes recogidos en el Estatuto y de la conciencia de que los mismos afectan a intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto”<sup>147</sup>. En este sentido, el ECPI ha tipificado dos delitos que tienen una base consuetudinaria indiscutible (delito genocidio y delitos de guerra– y otros dos –delitos de lesa humanidad y delito de agresión– sobre los cuales el ECPI tendría un efecto cristalizador, e incluso podría tener efecto generador de nuevas normas consuetudinarias<sup>148</sup>). Así, ante la inexistencia de ningún tratado internacional sobre delitos contra la humanidad<sup>149</sup> y la inseguridad jurídica que tal situación reportaba –ausencia de tipificación y de pautas sobre las penas aplicables–, como acertadamente señala MERON<sup>150</sup>, el artículo 7 del ECPI, relativo a los delitos de lesa humanidad, constituye la primera formulación comprensiva de

146. En el ETPIY se contemplan las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 2 ETPIY), la violación de las leyes o usos de la guerra (art. 3 ETPIY) y el genocidio (art. 4 ETPIY), mientras que el ETPIR recoge el genocidio (art. 2 ETPIR) y las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II a los Convenios (art. 4 ETPIR).

147. ORIHUELA CALATAYUD, E., *Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales*, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, Escuela diplomática, Madrid, 2000, p. 252.

148. QUEL LÓPEZ, F., *La competencia...*, cit., p. 54.

149. “Este déficit de Derecho penal internacional convencional es un serio obstáculo para la persecución internacional de estos crímenes [de lesa humanidad], pese a su innegable reconocimiento en la costumbre y los principios de Derecho internacional, tal y como lo acredita contundentemente su presencia en los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda... Sin duda, algunos de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad es el Estatuto de Roma están también prohibidos e, incluso, considerados como crímenes internacionales en diferentes convenciones, pero tales instrumentos jurídicos internacionales no los contemplan en su dimensión específica de crímenes contra la humanidad, es decir, como parte de una política de Estado u organización, o bien, si lo hacen, no prevén responsabilidad individual, o carecen de fuerza vinculante suficiente. Tales son los casos de la esclavitud [Convención de la esclavitud de 1926; la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, el comercio de esclavos y las instituciones o prácticas similares a la esclavitud de 1956], la tortura [Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984], la desaparición forzada de personas [Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994] o el apartheid [Convención para la supresión y punición del crimen de apartheid de 1973]” (GÓMEZ-BENITEZ, J., *Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español*, “Derecho penal internacional”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 14).

150. MERON, T., *War crimes law comes of age: essays*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 306.

los delitos de lesa humanidad en un tratado multilateral y, además, desvincula dichos delitos, por un lado, de los conflictos armados internacionales y no internacionales<sup>151</sup> y, por otro, de la discriminación.

Sobre los delitos contenidos en el ECPI, REMIRO BROTONS puntualiza que “de no figurar [en el Estatuto] no prueba que el crimen no exista como tal para el Derecho internacional, mientras que de encontrarse [en el Estatuto] es un consistente medio de prueba de su existencia si consideramos –como creo que se debe– que los artículos propuestos tienen un carácter eminentemente declarativo o cristizador de normas generales, esto es, que responden a un enfoque codificador más que de desarrollo progresivo del Derecho internacional”<sup>152</sup>. Y el TPIY ha declarado que “en muchas áreas el Estatuto puede observarse como un indicativo de puntos de vista legales, esto es, *opinio iuris* de un gran número de Estados... puede recurrirse *cum grano salis* a estas disposiciones para ayudar a dilucidar el Derecho internacional consuetudinario. El ECPI puede tomarse a efectos de restablecer, reflejar o clarificar reglas de costumbre o la cristalización de ellas, considerando que a su paso en algunas áreas crea derecho nuevo o modifica el existente. En otro evento, el ECPI puede ser tomado como una expresión autorizada de los puntos de vista jurídicos de un gran número de Estados”<sup>153</sup>.

En atención a los delitos enumerados, que generan responsabilidad internacional penal para el individuo, podría concluirse que en los mismos concurren las circunstancias, plasmadas en el Preámbulo del ECPI, de constituir “graves crímenes” y tener “trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, amén de su carácter consuetudinario y sustentarse en la *opinio iuris* generalizada acerca de su prohibición por el Derecho internacional<sup>154</sup>. Los delitos internacionales que el Estatuto ha tipificado corresponden al Derecho internacional consuetudinario y, en el fondo, su tarea última reside en salvaguardar la dignidad humana en medio de las situaciones de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado.

Atendiendo a esta circunstancia, el ECPI podría englobarse en la nueva tendencia contradictoria que, según SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, vendría dada por el

151. El artículo 5 del ETPIY dispone que dicho órgano judicial “tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil *durante un conflicto armado, interno o internacional*” (la cursiva es nuestra). En la línea de la CPI se pronuncia el artículo 3 del ETPIR.

152. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho internacional (y su persecución judicial)*, “Problemas actuales del Derecho internacional humanitario”, Universidad de Valencia, Valencia, 2001, p. 106.

153. *Asunto Furundzija*, Caso núm. IT-95-17/1-T, pár. 227.

154. HUESA VINAIXA, R., *El “Tribunal...”, cit.*, p. 163.

hecho de que “mientras que el ordenamiento internacional se moderniza progresivamente mediante su conversión en derecho escrito y en derecho convencional, con las dosis de previsibilidad y precisión que ello implica desde el punto de vista de la técnica jurídica en orden a su aplicación e interpretación, al menos los tratados codificadores y los grandes textos universales están impregnados de y acaso dominados por la costumbre”<sup>155</sup>. En este sentido, el Estatuto contiene un regusto consuetudinario innegable en lo tocante a los delitos internacionales tipificados, los derechos inherentes a las garantías del principio de legalidad y la imputación subjetiva (responsabilidad internacional penal individual).

### 3.2.3. *La elaboración jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de legalidad criminal y penal*

En el ámbito del CEDH el principio de legalidad responde a una noción autónoma resultante de la necesidad de acomodar el término “Derecho”, que contenido en el artículo 7 es utilizado como noción que engloba tanto el derecho escrito como el no escrito (consuetudinario)<sup>156</sup>, con la exigencia de certeza jurídica<sup>157</sup>. En este contexto, según las sentencias relativas a los *Asuntos Sunday Times v. Reino Unido*<sup>158</sup> y *Kruslin et Huvig v. Francia*<sup>159</sup>, el principio de legalidad penal requiere tanto la existencia de una base legal como tratarse de una disposición accesible y previsible. Así, la *accesibilidad y previsibilidad* se constituyen en las condiciones básicas del referido principio.

La accesibilidad, que es entendida como el acceso físico a la disposición que contiene o tipifica el delito y la pena, no plantea problemas respecto a los delitos y las penas dispuestas en los instrumentos internacionales, pues éstos son el soporte escrito de la norma. El problema se plantea respecto del derecho no escrito y, así, la ausencia de “derecho escrito” (la no exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal por el artículo 7 del CEDH) es compensada con la exigencia de previsibilidad en orden a preservar la certeza jurídica. Se

155. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L., *Derecho...*, cit., p. 56.

156. *Asunto Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, sentencia de 13 de julio de 1995, par. 37; *Asunto Sunday Times*, sentencia de 26 de abril de 1979, par. 47; *Asunto Baskaya y Okcuoglu v. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 1999, par. 36; *Asunto Stretetz, Kessler y Krenz v. Alemania*, sentencia de 22 de marzo del 2001, par. 50.

157. BOURGORGUE-LARSEN, L., *La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal*, ADI, vol. XXI (2005), pp. 317 y ss., p. 337 y ss.

158. Sentencia de 26 de abril de 1979, par. 47.

159. Sentencia de 24 de abril de 1990, par. 27.

trata, pues, “de una muy particular versión internacional del principio de legalidad penal”<sup>160</sup>.

La previsibilidad está vinculada a la cuestión del conocimiento de la regla de derecho y, según el TEDH, el requisito de previsibilidad se entiende cumplido cuando “el individuo puede saber... cuales son los actos y omisiones que ponen en marcha su responsabilidad”<sup>161</sup>, es decir, que la norma de naturaleza no escrita venga enunciada con la suficiente precisión como para permitir a cada cual prever las consecuencias que pueden derivarse de su acción u omisión. Ahora bien, la noción de previsibilidad no ha sido concretada por el Tribunal, limitándose su alcance o ámbito de aplicación en función del contenido del texto de que se trate y el número de sus destinatarios<sup>162</sup>.

La sustitución de la no exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal por el artículo 7 del CEDH por la exigencia de una previsibilidad “no concretada” ha sido objeto de crítica. Así, por ejemplo, escribe HUERTA TOCILDO que “se trata de una concepción sumamente relativa de la idea de previsibilidad que, por otra parte, no especifica si ha de entenderse como previsibilidad objetiva, esto es, como posibilidad no actualizada de que cualquier destinatario de la prohibición penal escrita o no escrita tenga acceso a conocerla con tan sólo prestar el debido cuidado (o deber de diligencia), o como previsibilidad subjetiva o posibilidad actualizada de conocimiento de la prohibición por un determinado individuo. Dicho de otra manera: no queda claro si el conocimiento de la prohibición penal ha de ser actual o meramente potencial, si lo previsible ha de serlo para el común de los ciudadanos o para un ciudadano en concreto. La mención de la posibilidad de acudir para alcanzar tal conocimiento a la ayuda de “consejos esclarecidos” no contribuye a despejar las dudas acabadas de expresar, toda vez que no parece compatible con la referencia a la posibilidad de conocimiento de las normas penales por un ciudadano medio que caracteriza a la noción de previsibilidad objetiva. Así las cosas, creo que el criterio habitualmente manejado por la doctrina penal para determinar si una persona ha tenido oportunidad de conocer de antemano el carácter penalmente prohibido de su conducta (o conocimiento potencial de la antijuridicidad), basado en lo que cabría esperar del “hombre medio” perteneciente al mismo círculo social del actor, podría aportar, con todas sus limitaciones, un mayor elemento de

160. HUERTA TOCILDO, S., *El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P7)*, “La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 458.

161. *Asunto Kokkinakis v. Grecia*, sentencia de 25 de mayo de 1993, par. 52.

162. *Asunto Cantoni v. Francia*, sentencia de 22 de octubre de 1996.

determinación que sería francamente beneficioso de cara al cumplimiento de la garantía de seguridad jurídica que secularmente ha venido unida, en forma insoluble, al principio de legalidad penal”<sup>163</sup>.

En relación con la cuestión tratada, según BURGORGUE-LARSEN<sup>164</sup>, sobre la base de la sentencia, de 25 de mayo de 1993, relativa al *Asunto Kokkinakis v. Grecia*, la previsibilidad en materia penal reviste un doble aspecto: una *definición clara* (“el individuo puede saber, con lo dispuesto en la cláusula pertinente”) y una *interpretación razonable del juez* (“y, si resulta necesario, merced a su interpretación por los tribunales, cuales son los actos y omisiones que ponen en marcha su responsabilidad”)<sup>165</sup>. El primer aspecto –una definición clara– comporta dos circunstancias: 1) que el sujeto está en condiciones de entender la cláusula con la ayuda de “consejos aclaratorios”<sup>166</sup> y, de esta manera, no se necesita que sea entendida por todos; y 2) las cláusulas pueden tener una precisión relativa y, por ello, la previsibilidad no significa la certeza absoluta: por cláusula previsible hay que entender cláusula razonablemente previsible, pues la redacción de éstas no puede presentar una previsión absoluta<sup>167</sup>.

En cuanto al segundo aspecto –interpretación razonable del juez–, el TEDH otorga a la jurisprudencia un papel de complemento del derecho escrito: la precisión jurisprudencial rellena las lagunas del derecho escrito, esto es, una cláusula imprecisa puede ser entendida a partir de la interpretación judicial. En este sentido, en el *Asunto Cantoni v. Francia* se declaró una mera tendencia jurisprudencial bastaba para cumplir con el requisito del principio de legalidad.

La definición de la previsibilidad penal por el TEDH es poco clara y el resultado es que la seguridad jurídica parece, en último término, depender de la interpretación del juez. Por consiguiente, la idea-fuerza de sustentar la legalidad criminal y penal del derecho no escrito sobre la denominada previsibilidad penal despierta numerosas dudas entre la doctrina. Así, la cuestión crítica a plantear es si una cláusula represiva imprecisa necesita para ser entendida de la interpretación judicial ¿satisface el principio de legalidad penal?

La respuesta, en principio, parece que debe ser negativa. La punibilidad o no de una conducta dependería de la interpretación realizada por el órgano judicial y, en consecuencia, la persona imputada quedaría al albur de los magistrados, pues el que una cláusula requiera de la interpretación judicial para

163. HUERTA TOCILDO, S., *El contenido...*, cit., pp. 462 y 463.

164. BURGORGUE-LARSEN, L., *La Corte...*, pp. 339 y ss.

165. *Asunto Kokkinakis v. Grecia*, sentencia de 25 de mayo de 1993, par. 52.

166. *Asunto Cantoni v. Francia*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, par. 35.

167. *Asunto Cantoni v. Francia*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, par. 31.

ser entendida significa que requiere más que simples consejos aclaratorios. En otras palabras, el que una cláusula sea entendida a partir de una interpretación judicial conlleva la celebración de un proceso en el que se interpretará la misma, es decir, no se debatirá sobre el fondo (si la conducta de la persona ha violado la cláusula) sino sobre el contenido de la cláusula (si tipifica una conducta delictiva). Y esta situación no es conforma a la garantía criminal del principio de legalidad ya que la persona desconoce el contenido de la cláusula en orden a adoptar una conducta respecto de ella.

Otra posibilidad es que la interpretación judicial sea entendida como “unificación de doctrina jurisprudencial”. Así, una cláusula represiva imprecisa puede haber sido objeto de interpretación judicial y, a partir de ahí, aplicarse respecto de la misma el criterio dispuesto jurisprudencialmente. El contenido exacto de la cláusula vendrá determinado por la interpretación realizada en el foro. Por consiguiente, la cláusula sigue siendo imprecisa para la persona a menos que conozca la doctrina jurisprudencial existente al respecto o bien solicite la ayuda de consejos aclaratorios.

Finalmente, hay que recordar que el artículo 21.2 del ECPI dispone que “la Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. ¿Se está refiriendo este precepto a una interpretación judicial en la línea dispuesta por el TEDH? ¿Podrá la CPI interpretar el tipo delictivo de un precepto impreciso en orden a clarificar su contenido para ser entendido? Estas cuestiones se suscitan sobre todo al pensar que por esta vía la CPI podría ampliar –vía interpretación– los delitos de su competencia al incluir, por ejemplo, en el delito de genocidio nuevos actos delictivos, como podría ser las persecuciones de grupos políticos, no previstos en el Estatuto.

La respuesta a tal cuestión, a menos que la CPI disponga lo contrario, es negativa por varias razones. En primer lugar, el artículo 21 hace referencia al Derecho aplicable por la CPI en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento, esto es, no está pensado respecto del contenido de los tipos penales dispuestos por el Estatuto. En segundo, las conductas punibles están expresamente tipificadas y, en mayor o menor medida, las mismas cumplen con el mandato de taxatividad, sin que sea necesario recurrir a interpretaciones judiciales en orden a esclarecer y determinar su contenido. En tercer lugar, los delitos de la competencia de la CPI, y los actos punibles que los integran, aparecen expresamente dispuestos en el Estatuto, amen de tener la CPI a su disposición los *elementos de los crímenes* (art. 9 ECPI) sobre los que apoyarse a la hora de interpretar y aplicar los delitos de su competencia.

Cuestión distinta, como se indicará al tratar de la taxatividad en el ECPI, es que la CPI interprete, a partir de una disposición que contenga un término de

significado genérico (p. ej. la palabra “grandes” que aparece respecto a diferentes conductas tipificadas en el artículo 8 del Estatuto), el alcance del mismo en orden a fallar una sentencia como condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la conducta prohibida por el precepto requiere que la CPI interprete el término –en relación con el asunto sustanciado– porque se trata de un concepto valorativo y no de un hecho objetivo. No obstante, la exigencia de tipificación se cumple porque la conducta delictiva está prevista y el sujeto puede conocer la misma. En todo caso, la polémica puede venir referida en relación a la cuestión de la taxatividad.

A título de ejemplo, el artículo 8.2, letra a, iii del Estatuto tipifica “el hecho de causar deliberadamente *grandes* sufrimientos”. El sujeto conoce que la conducta de causar deliberadamente sufrimientos esta prohibida y, de perpetrar tal acción, la CPI, sobre la base de la pruebas practicadas, decidirá si su conducta ha sido deliberada, si ha causado sufrimientos y, finalmente, valorará –interpretará– el término “grandes” en relación a los sufrimientos ocasionados por la conducta del sujeto, esto es, al significado genérico dispuesto por el precepto (grandes) le atribuirá un valor concreto respecto del asunto particular. Por tanto, la imprecisión del artículo comentado viene dada por la inclusión de un término valorativo en la conducta tipificada.

#### 4. *Los delitos internacionales extramuros del Estatuto de Roma*

Todos los delitos internacionales que están en el ECPI lo son, pero no están todos los que son. El Estatuto recoge únicamente los delitos internacionales más graves y ello permite entender la existencia de delitos internacionales extramuros del Estatuto que, por no ser graves, quedan al margen de la competencia de la CPI, pues la competencia de ésta “se limitará a los crímenes más graves” (art. 5.1 ECPI). Así, pues, el Estatuto no agota la “relación” de delitos internacionales, sino que su artículo 10 contempla la existencia de conductas punitivas al margen del propio Estatuto, esto es, la tipificación de delitos internacionales en sede del Derecho internacional consuetudinario y convencional.

La circunstancia de que el ECPI no tipifique *todos* los delitos internacionales no significa que éstos no puedan ser calificados de delitos internacionales y, en su caso, cabe su enjuiciamiento por otros órganos judiciales con competencia a tal efecto o por vía de tribunales de justicia internos bajo la cobertura del principio de jurisdicción universal. Esta posibilidad cabe deducirla, como ya se ha indicado anteriormente, del propio Estatuto en tanto que “nada de lo dispuesto en la presente parte [*De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable*] se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o

en desarrollo del Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto” (art. 10 ECPI) y “nada de lo dispuesto en el presente artículo [*nullum crimen sine lege*] afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto” (art. 22.3 ECPI).

A partir de los delitos internacionales tipificados por el ECPI, la incertidumbre se cierne sobre algunas conductas punibles en orden a su calificación como delitos internacionales. Se trata de las contempladas en los siguientes instrumentos: el Convenio sobre la represión y castigo del crimen de *apartheid* de 1973; el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 y el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966. En los convenios mencionados no solo se definen las conductas punibles, sino que además se especifica que, por ejemplo, el *apartheid* una práctica de “crímenes de lesa humanidad” o la discriminación racial “constituye un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y puede perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos, así como la convivencia de las personas”. Por otra parte, cabe advertir que en el ECPI el “crimen de *apartheid*”<sup>168</sup> aparece contemplado entre los delitos de lesa humanidad (arts. 7.1, letra j y 7.2, letra h ECPI) y la tortura aparece tanto entre los crímenes de lesa humanidad (art.7.1, letra f ECPI) como en los crímenes de guerra (arts. 8.2, letra a, ii y 8.2, letra c, i ECPI).

Atendiendo a estas circunstancias, la tortura<sup>169</sup> y el *apartheid* bien podrían englobarse entre los delitos internacionales. Así, como escriben GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, “ciertas normas sobre protección de los derechos humanos, aun habiendo sido creadas por un tratado, han pasado a formar parte del derecho internacional general y, por tanto, poseen un alcance universal ‘al margen de cualquier vínculo convencional’ (Dic-tamen del TIJ sobre *reservas a la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 1948*, CIJ (Recueil 1951, p. 23). Y tal es el caso, junto al genocidio, de las normas que prohíben la esclavitud y el *apartheid*, como se expresó en un anterior proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados, que calificaba estas conductas como ‘crímenes internacionales’”<sup>170</sup>.

168. Respecto a la inclusión de este delito entre los delitos de lesa humanidad, DONAT-CATTIN, D., *Crimes against humanity*, “The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute”, Editoriale Scientifica, Nápoles, 1998, pp. 73 y 74.

169. Respecto a la prohibición de la tortura, el TPIY indicó que en el Derecho internacional general ésta ha adquirido el carácter de norma de *ius cogens* (*Asunto Delalic*, Caso núm. IT-96-21) y genera para los Estados obligaciones *erga omnes* frente a la sociedad internacional por lo que todos ellos tienen el derecho a solicitar su cumplimiento (*Asunto Funrundzija*, Caso núm. IT-95-17/1-T).

170. GONZÁLEZ CAMPOS, J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso...*, cit., p. 769.



Respecto de los Convenios para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, para la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973 y contra la toma de rehenes de 1979, puede sostenerse “que su consolidación en el ámbito consuetudinario general resulta todavía discutible”<sup>171</sup> en orden a calificar como delitos internacionales las conductas punibles en ellos dispuestos. En este contexto, siguiendo a QUEL LÓPEZ, puede sostenerse que “por lo que se refiere a la incidencia de la aplicación de los enunciados criterios de ‘trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto’ y ‘gravedad’ en la determinación de los crímenes que figuran... en el ECPI, se constata en la exclusión de ciertos crímenes –principalmente contenidos en Tratados Internacionales– que, pese a generar la responsabilidad penal del individuo y tener una clara dimensión transnacional, no se han incluido, por no haber alcanzado el consenso necesario acerca del cumplimiento de estos criterios. Esta exclusión afecta fundamentalmente, entre otros, al tráfico de drogas y al terrorismo, que se mencionan en la Resolución E del anexo I del Acta Final de la Conferencia, como crímenes sobre los que habrá que llegar a una definición aceptable y que pueden quedar comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte”<sup>172</sup>. En este sentido, podría traerse a colación la opinión de LESCURE<sup>173</sup> sobre el Derecho aplicable por el TPIY, esto es, la limitación del ECPI a recoger únicamente los delitos internacionales consolidados en el ámbito consuetudinario general responde a la circunstancia de que es un órgano judicial que aplica jurisdiccionalmente el *ius puniendi* de la sociedad internacional en su conjunto y, por consiguiente, es necesario renunciar a la aplicación de aquellos delitos internacionales contenidos en convenios que no forman parte todavía del Derecho consuetudinario.

Los delitos internacionales que eran candidatos a ser contemplados por el ECPI y finalmente no fueron incluidos (p. ej. ciertos actos terroristas y el tráfico de drogas<sup>174</sup>) fue como consecuencia de que actualmente no constituyen “graves crímenes” ni tienen “trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” ni su carácter consuetudinario es indiscutible. Ello provocó una falta

171. HUESA VINAIXA, R., *El “Tribunal...”*, cit., p. 167.

172. QUEL LÓPEZ, F., *La competencia...*, cit., pp. 55 y 56. En igual sentido, LIROLA DELGADO, I., *Reflexiones...*, cit., p. 55.

173. LESCURE, K., *Le Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie*, Montchrestien, París, 1994, p. 98.

174. Los denominados “delitos convencionales” de terrorismo, tráfico ilícito de narcóticos y delitos contra el personal de las Naciones Unidas y asociado, permaneció bajo consideración para su inclusión en el Estatuto de Roma hasta la última semana de la Conferencia (Doc. A/ Conf.183/C.1/L.53, de 6 de julio de 1998).

de consenso en orden a su inclusión<sup>175</sup>. A estas circunstancias se ha añadido que estos delitos “implican un fuerte componente político que rebasa las posibilidades de la discusión sobre un tratado de derechos humanos y derecho humanitario en el contexto de la justicia internacional”. Por ello, no obstante la fuerte presión para que determinados delitos quedaran incluidos en la competencia de la CPI, se llegó a la solución transaccional contenida en una resolución del Acta final de revisar y considerar la posibilidad de inclusión de las conductas de terrorismo y tráfico ilícito de estupefacientes<sup>176</sup>.

En el primer caso, la ausencia de una definición clara de los componentes del terrorismo obligó a su marginación, a pesar de la Convención de las Naciones Unidas sobre esta materia. Los participantes en la Conferencia consideraron que otorgarle a la CPI competencia sobre este delito podría politizarla en alto grado. Una propuesta para incluir actos de terrorismo hubiera corrido en una vía contraria a la aproximación general que se había logrado, consistente en codificar las conductas que habían sido temática del Derecho internacional consuetudinario. En el supuesto del tráfico de drogas, la exclusión estuvo motivada porque, no obstante su naturaleza delictiva bajo la ley penal tradicional, tales conductas no estaban en el contexto de los intereses del artículo 5 del Estatuto.

En todo caso, debe recordarse que los artículos 121 y 123 del ECPI contemplan la posibilidad –una vez transcurridos siete años desde su entrada en vigor– de proponer enmiendas y revisar el Estatuto, respectivamente. En concreto, el artículo 123, que obliga al Secretario General de las Naciones Unidas a convocar una Conferencia Revisora abierta a los Estados parte para examinar las enmiendas al Estatuto, dispone la posibilidad de examinar la lista de los delitos indicados en el artículo 5 (“Crímenes de la competencia de la Corte”). Y, por esta vía, puede ampliarse el catálogo de delitos internacionales dispuesto en el referido artículo 5 del Estatuto, entrando a formar parte de la competencia de la CPI, por ejemplo, los delitos de terrorismo o narcotráfico. Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto “entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación” (art. 121.6 ECPI). Añade este

175. En la encuesta realizada entre los Estados a instancia de la CDI sobre la versión del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1991, la respuesta provocó que la CDI introdujera en la versión del Código de 1996 únicamente los delitos de genocidio, lesa humanidad, de guerra y agresión, omitiendo todo otro delito menos reconocido. Al respecto, Docs. A/CN.4/L.522, de 31 de mayo de 1996; A/CN.4/L.527/Add. 10, de 16 de julio de 1996.

176. GUERRERO PERALTA, O., *Justicia penal y paz. El largo camino hacia la conformación de una jurisdicción penal internacional*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 84 y 85.

precepto, que “la Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un estado Parte que no haya aceptado la enmienda”.

## II. LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-TÉCNICA DE DELITO INTERNACIONAL EN EL ESTATUTO DE ROMA

La responsabilidad internacional penal individual es originada por la comisión de un hecho punible, que es perseguible y, en su caso, susceptible de punición por parte de la sociedad internacional. Así, la referida responsabilidad surge de la perpetración de un delito internacional. En el caso concreto del ECPI, la tipificación de una conducta como delictiva se fundamenta, como se desprende de su Preámbulo, en la concepción de la defensa de los intereses de la sociedad internacional en su conjunto (“constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”), que entiende que determinadas conductas no pueden producirse impunemente (“poner fin a la impunidad”), en tanto que las mismas son contrarias a la propia sociedad internacional. Por tanto, la lista de delitos internacionales dispuesta por el ECPI<sup>177</sup>, con sus penas, es el resultado de lo que la sociedad internacional contemporánea entiende que atenta contra sus intereses, y que atenta en tal grado (“atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”) que merece una respuesta sancionadora.

El objetivo de este apartado es ir más allá de la definición meramente formal de delito para adentrarse en su concepción jurídico-técnica y analizar, desde el texto del ECPI, la concurrencia de los elementos básicos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad). La cuestión reside en determinar si el Estatuto contempla los elementos integrantes del concepto de delito y, en consecuencia, poder afirmar que se está en presencia de un auténtico delito

177. En este sentido, y en un primer momento, los Estatutos del TPIY y TPIR han permitido “tener una idea” de que hechos punibles perpetrados por personas humanas son considerados como delitos internacionales por el Derecho internacional y, por tanto, generadores de responsabilidad penal individual. Sin embargo, esta situación de “incertidumbre” sobre cuáles son los delitos internacionales que generan tal responsabilidad se ha desvanecido con la adopción del ECPI. Por fin, en un texto internacional se “tipifican” los delitos internacionales más graves de trascendencia para la sociedad internacional en su conjunto (Preámbulo y artículo 5.1 ECPI) y, por ello, desde esta perspectiva estatutaria, el delito internacional podría ser definido como *actos punibles de trascendencia internacional que, perpetrados por individuos, constituyen graves violaciones de los valores esenciales de la sociedad internacional en su conjunto* (paz y seguridad internacionales y bienestar de la humanidad).

internacional<sup>178</sup> sobre el cual la sociedad internacional puede ejercitar su *ius puniendi*. A tal fin, se acude a la teoría general del delito y se analiza desde la dogmática el delito internacional dispuesto por el Estatuto para establecer su concepto técnico jurídico. Una vez dispuesto éste, y siempre en el marco del Estatuto, se indican las diferentes clases de delitos y su concurso y el delito continuado. En fin, se pregunta JESCHECK<sup>179</sup> si existe la posibilidad de elaborar tipos penales que afecten de manera individual a la persona humana sin la mediación del Derecho penal estatal o, dicho de otra forma, si hay un principio de responsabilidad penal del individuo ante el Derecho internacional<sup>180</sup>. Esta cuestión es el objeto central de estas páginas.

No obstante, como cuestión previa cabe advertir una circunstancia de carácter *terminológico*. El ECPI, desde una perspectiva terminológica, utiliza el término *crimen* (arts. 1, 5, 7, 8, 9, 11, 13, etc.) en detrimento del término *delito*, es decir, los redactores se decantaron por la expresión perteneciente al *Common Law*. Los términos *crimen* y *delito* coinciden en su esencia, pues la diferencia no es de carácter estructural, sino que viene determinada por el modo de analizar la conducta constitutiva del crimen o delito<sup>181</sup>: por ello,

178. Atendiendo a esta perspectiva, tanto en el delito interno como internacional concurren los mismos elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y, sin embargo, no son lo mismo. El problema reside, especialmente por parte de la doctrina penalista, en la no distinción entre *Derecho internacional penal* y *Derecho penal internacional* y englobar bajo la denominación Derecho penal internacional, en orden a calificarlos como delitos internacionales, todos los comportamientos punibles que contengan un “elemento de extranjería” o sean contrarios a la regulación internacional, e incluso “una serie de infracciones que, sin haber sido calificadas expresamente de internacionales por una fuente en sentido formal, de hecho, bien por razón del hecho jurídico o por el sistema de protección o cualquier otra vía, alcanzan una vertiente internacional” (DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., *Derecho penal internacional y derechos humanos*, “Protección de los derechos humanos en el Derecho penal internacional y español”, Universidad del País Vasco, 1989, p. 18). Como puede advertirse, respecto de la consideración de delito internacional, la no distinción del Derecho internacional penal del Derecho penal internacional comporta que sean computados como iguales tanto una conducta punible tipificada en un instrumento internacional como una conducta punible en la que concurre un elemento de extranjería o posee una vertiente internacional. La primera conducta se enmarca en el Derecho internacional penal, mientras la segunda es propia del Derecho penal internacional o derecho interno que posee una vertiente internacional.

179. JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 1993.

180. Sobre el desarrollo de los esfuerzos de teorización de una dogmática de los elementos de la responsabilidad internacional penal individual, SERENI, A., *Individual criminal responsibility*, “The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute”, 1998, pp. 138 y ss. Citado en GUERRERO PERALTA, O., *Justicia penal y paz. El largo camino hacia la conformación de una jurisdicción penal internacional*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 54.

181. Sobre esta cuestión, FLETCHER, G., *Conceptos básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 145; PIÑA ROCHEFORT, J., *La estructura de la teoría del delito en el*

ambos términos<sup>182</sup> pueden utilizarse indistintamente para referirse a conductas contrarias a las disposiciones contempladas en el ECPI<sup>183</sup>. Empero, en las páginas que siguen se ha optado por la utilización del término *delito*, en detrimento de la voz anglosajona de *crimen*, por varias circunstancias.

Tradicionalmente, en la esfera de la responsabilidad internacional ésta siempre ha venido referida o atribuible al Estado, en tanto que único sujeto de Derecho internacional. Así, la responsabilidad internacional del Estado era generada por la realización de un hecho internacionalmente ilícito cometido por alguno de sus órganos, con independencia de la naturaleza de la obligación internacional violada. Y, en este sentido, la idea de crimen internacional se ha asociado al Estado<sup>184</sup>, prueba de ello son los tratados internacionales que describen comportamientos calificados de crimen internacional, entrañan obligaciones respecto de los Estados y no generan responsabilidad internacional penal de las personas individualmente consideradas. La utilización del término crimen, respecto de la persona humana, puede inducir a confusiones, pues la responsabilidad internacional del Estado y la del individuo no se excluyen mutuamente. En fin, desde esta vertiente, la utilización del término *delito* responde a razones de oportunidad.

*ámbito jurídico del “Common Law”*, Comares, Granada, 2002; SMITH, J. y HOGAN, B., *Criminal Law*, Butterworths, Londres, 2002, pp. 31 y ss.

182. Con motivo de la preparación del Proyecto de un Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947), ante la utilización indistinta de los términos “delito” y “crimen” en los documentos pertinentes, los miembros hispanoparlantes de la CDI señalaron la conveniencia de que la Asamblea General y la propia CDI se pronunciaran sobre esta cuestión en orden a establecer tanto una unidad terminológica como una coherencia conceptual (Doc. A/40/10, suplemento núm. 10, p. 6).

183. No debe olvidarse, por otra parte, que en el ECPI se conjugan –de la mejor manera posible– los sistemas jurídicos continental y anglosajón. Así, “la estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso. Se intentó, pero no fue posible, llegar a soluciones maduras en el plano dogmático y jurídicamente libres de contradicción; tan sólo se logró refundir los diferentes intereses político-criminales de las delegaciones de los Estados en una forma aceptable para todos” (AMBOS, K., *Sobre...*, cit., p. 102).

184. Al respecto, DUPUY, P., *Action publique et crime international de l’État: a propos de l’article 19 du projet de la Commission du Droit International sur la Responsabilité des Etats*, AFDI, 1979, pp. 538 y ss.; DUPUY, P., *Observations sur le crime international de l’État*, RGDIP, núm. 2 (1980), pp. 450 y ss.; GOUNELLE, M., *Quelques remarques sur la notion de crime international et sur l’évolution de la responsabilité internationale de l’État*, “Le Droit international. Unité et Diversité. Mélanges offerts a Paul Reuter”, Pédone, París, 1981, pp. 314 y ss.; GUTIÉRREZ POSE, H., *El Estado y sus agentes en la comisión de crímenes internacionales*, “Estudios de Derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro”, Dnras-Lerner Eds, Córdoba (Argentina), 2002, pp. 577 y ss.; JORGENSEN, N., *The responsibility of States for international crimes*, Oxford university Press, 2000.

Empero, con independencia de lo apuntado en el párrafo precedente, si bien es cierto que a nivel práctico los términos *delito* y *crimen* pueden ser utilizados como sinónimos, desde un punto de vista técnico jurídico, el ECPI contiene delitos y no crímenes. En otras palabras, el Estatuto utiliza la terminología del *common law* (crimen) pero el contenido se corresponde con la forma continental (delito). Esta afirmación se desprende del siguiente planteamiento. En el sistema continental penal el delito es “la acción humana típica, antijurídica y culpable”<sup>185</sup>, mientras que en el *common law* el crimen es “el acto o conducta perjudicial para la comunidad, cuya comisión hace por ley a la persona responsable susceptible de castigo mediante multa o privación de libertad en procedimientos especiales”<sup>186</sup>. Como puede advertirse, desde un punto de vista dogmático, el delito está informado por cuatro elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y el crimen por dos elementos (antijuridicidad y culpabilidad), es decir, tanto la noción de crimen como la de delito contienen los elementos antijuridicidad y culpabilidad, pero no ocurre lo propio con el elemento tipicidad, pues es un elemento ajeno al *common law*<sup>187</sup>.

En este punto cabe recurrir a la *dogmática* o actividad de conocimiento (normativo) del sentido de las normas jurídico penales relativas al delito y a las penas que permite desenvolver su contenido de modo sistemático. Así, establecida la diferencia entre delito y crimen, el análisis dogmático de las normas internacionales penales del ECPI permite constatar que la conducta delictiva en él dispuesta coincide con el concepto de delito, ya que dichas normas internacionales penales contemplan los elementos acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por tanto, aunque el propio Estatuto utilice la expresión anglosajona de crimen, bajo la misma se recoge la noción de delito.

185. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, t. I, pp. 193 y 194.

186. BIRD, R., *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, Londres, 1983, p. 102. El concepto de crimen se configura sobre un elemento objetivo (*actus reus*) y otro subjetivo (*mens rea*) en tanto que responde al aforismo de “un acto no hace a un hombre culpable, a no ser que su mente sea también culpable” (*actus non facit reum nisi mens sit rea*). El elemento objetivo está compuesto por la conducta (incluye la acción) mientras que el elemento subjetivo es la actitud mental que un sujeto tiene respecto a la conducta criminal (elemento objetivo), es decir, desde el punto de vista dogmático, el crimen es un acto humano contrario a derecho (antijuridicidad) realizado por su autor con tal intención (culpabilidad). Sobre la concepción de crimen, SMITH, J. y HOGAN, B., *Criminal...*, cit., pp. 31 y ss.

187. En el *common law* las leyes no desempeñan el mismo papel que en el Derecho continental europeo, pues se consideran por lo común sólo como puntos de apoyo para la praxis, y únicamente la jurisprudencia dice los que es Derecho.

Esta afirmación está sustentada sobre otras dos consideraciones<sup>188</sup> que permiten reafirmar que el ECPI, a pesar de utilizar el término crimen, recoge la noción de delito: 1) En el texto define –tipifica– los denominados delitos internacionales (genocidio –art. 6–, delito de lesa humanidad –art. 7– y delitos de guerra –art. 8–), impidiendo que la actividad jurisdiccional de la CPI sea la encargada de interpretar “libremente” las conductas punibles. Por el contrario, de seguirse realmente la noción de crimen, la CPI gozaría de un amplio margen para interpretar y fijar el alcance de las normas internacionales penales por vía jurisprudencial. 2) El ECPI contempla como única forma de culpabilidad el *dolo*, tanto el inmediato como el eventual, mientras que en el *common law* no existe un concepto correlativo al dolo eventual. Cabe concluir, pues, que en el ECPI existe una discordancia entre el término utilizado (crimen) y el concepto (delito) dispuesto para las conductas punibles por él tipificadas.

### 1. *El concepto jurídico técnico de delito internacional*

Sobre la base de los criterios (“trascendencia para la sociedad internacional en su conjunto” y “la gravedad”) y el ámbito competencial dispuestos por el ECPI, por delito internacional podría entenderse aquellos *actos punibles de trascendencia internacional que, perpetrados por individuos, constituyen graves violaciones de los valores esenciales de la sociedad internacional en su conjunto* (paz y seguridad internacionales y bienestar de la humanidad). Y, en conformidad con el artículo 5.1 del Estatuto, dichos delitos se concretan en el delito de genocidio (art. 6 ECPI), delito de lesa humanidad (art. 7 ECPI), delito de guerra (art. 8 ECPI) y delito de agresión (pendiente de una posterior definición), constituyendo la esfera competencial de la CPI que, en palabras de WECKEL, es “mínima, reducida a un núcleo duro de infracciones internacionales”<sup>189</sup>.

Los medios de comisión o conductas delictivas subsumibles en estos delitos<sup>190</sup>, en tanto que elemento objetivo de dichas conductas, son:

188. Sobre esta cuestión, PIÑA ROCHEFORT, J., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, Comares, Granada, 2002, p. 101.

189. WECKEL, P., *La Cour Penale Internationale*, en *Révue Générale de Droit International Public*, 1998, núm. 4, p. 985.

190. Un análisis de estos delitos internacionales en QUEL LÓPEZ, F., *La competencia...*, cit., pp. 81 y ss.; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte...*, cit., pp. 115 y ss.; SUNGA, L., *La jurisdicción razione materiae de la Corte Penal Internacional (parte II, arts. 5 a 10)*, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 242 y ss.; BOLLO AROCENA, M., *Derecho internacional penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 99 y ss. (lesa humanidad) y 151 y ss. (genocidio).

a) Conductas delictivas subsumibles en el delito de genocidio: la matanza de miembros del grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo (p. ej., tortura, actos inhumanos o degradantes, persecución); el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial (p. ej., la esterilización, la mutilación sexual, la separación de sexos, la prohibición de matrimonios, embarazos forzados, la violación, la reducción de los servicios médicos, la reducción de los alimentos); el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

b) Conductas punibles que pueden englobarse en sede del delito de lesa humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física, la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, la persecución en los extremos del apartado h del artículo 7.1 del Estatuto, la desaparición forzada, el crimen de *apartheid* y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

c) Conductas delictivas susceptibles de ser realizadas en el ámbito del delito de guerra son: homicidio, tortura o tratos inhumanos, experimentos biológicos, atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la privación del derecho a ser juzgado, el confinamiento ilegal, el traslado, la deportación, la toma de rehenes, la destrucción de bienes civiles, traslado de la población civil, el saqueo, la utilización de armas prohibidas, la traición, los métodos de combate prohibidos, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la utilización de escudos humanos, el hacer padecer hambre, el alistamiento o reclutamiento de niños, los experimentos médicos, los experimentos científicos, el apoderarse de bienes del enemigo, la utilización indebida de insignias militares o banderas.

La cuestión a tratar no estriba en la definición de delito internacional, sino en determinar si, desde un punto de vista dogmático, los *actos punibles de trascendencia internacional que, perpetrados por individuos, constituyen graves violaciones de los valores esenciales de la sociedad internacional en su conjunto* contienen los elementos propios del concepto de delito dispuestos por la teoría general del delito.

Atendiendo a una definición formal<sup>191</sup>, el delito sería *toda conducta que el legislador sanciona con una pena*. En este sentido, el artículo 22.1 del ECPI

191. En este sentido, por ejemplo, el artículo 1.1 del Código Penal dispone que “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración” y en su artículo 10 estipula que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por ley”.



hace referencia expresa a “la conducta de que se trate constituya... un crimen de la competencia de la Corte”. Así, en conformidad a este planteamiento general y relacionando el artículo 22.1 del Estatuto con los hechos punibles contemplados en sus artículos 6 a 8, las conductas perpetradas en sede de los mencionados preceptos son constitutivas de delito internacional de la competencia de la CPI. Por consiguiente, formalmente, tiene la consideración de delito toda conducta que aparezca sancionada en el ECPI con una pena y, en este sentido, el artículo 25.3 del Estatuto estipula expresamente que “será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”. Así, una definición formal de delito internacional *seria toda conducta que el Estatuto sanciona con una pena*. Empero, esta definición es del todo insuficiente porque la adopción por el Estatuto del principio de legalidad predetermina todo el sistema por él estructurado y, de esta forma, atendiendo al principio *nullum crimen sine lege*, es imposible establecer un concepto del delito internacional en términos absolutos, como ocurre en la definición formal. En consecuencia, el concepto de delito tiene que estar supeditado al principio de legalidad.

A la luz de lo indicado en el párrafo precedente, la definición de delito internacional debe realizarse atendiendo una perspectiva técnico-jurídica. Esta perspectiva permitirá no sólo establecer el concepto material de delito internacional desde la perspectiva del ECPI, sino también todos los elementos que lo integran. Desde la vertiente técnico-jurídica, el delito se define como una *acción típicamente antijurídica y culpable*, pues en la doctrina penal existe “acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)”<sup>192</sup>. En este contexto, la cuestión estriba en determinar si el ECPI contempla los citados elementos y, *por ende*, el concepto jurídico-técnico de delito, es decir, si el delito internacional es una acción típicamente antijurídica y culpable<sup>193</sup>.

192. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 193 y 194.

193. No obstante, cabe advertir que “con frecuencia las definiciones de delito añaden a las notas de comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, la de que el mismo sea “punible”. Se trata de una característica muy discutida que agruparía ciertas condiciones positivas (“condiciones objetivas de punibilidad”) o negativas (“causas personales de exclusión de pena”, “excusas absolutorias”) que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que se añadirían a la necesidad de antijuridicidad y culpabilidad. Su ausencia no impediría la antijuridicidad ni la culpabilidad, sino sólo la *conveniencia político-criminal* de la pena por otras razones” (MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 130 y 131). Por ello se ha omitido el análisis del elemento “punible”.

## 2. *Los elementos del delito en el Estatuto de Roma*

Los elementos del concepto de delito son la *acción*, la *antijuridicidad*, la *tipicidad* y la *culpabilidad*, encontrándose enmarcados en una relación lógica necesaria<sup>194</sup>: sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable.

### 2.1. *La acción*

El “delito es ante todo un acto humano, una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana, una acción”<sup>195</sup>. La *acción* es un acaecimiento previsto en la legislación penal dependiente de la voluntad humana, es decir, se trata de una conducta o comportamiento *positivo* o *negativo* atribuible a la persona, constituyendo una condición genérica, común a todos los tipos penales, que determinara la relevancia jurídico-penal de las concretas lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicamente protegidos. En consecuencia, el delito internacional es una acción humana en tanto que la acción se presenta como la conducta humana “guiada por la voluntad, que ocasiona una cierta consecuencia en el mundo exterior, consistente en un simple movimiento corporal (mera actividad) o en éste más un resultado (delitos de resultado)”<sup>196</sup>.

En la acción concurre una fase subjetiva y otra objetiva. La primera es la voluntad, que puede exteriorizarse a través del hacer algo prohibido (p. ej., emplear veneno o armas envenenadas –art. 8, letra b, xvii ECPI–, emplear métodos de guerra que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios –art. 8, letra b, xx ECPI–, etc.) o no hacer lo debido (p. ej. no procurar los objetos indispensables para la supervivencia –art. 8, letra b, xv ECPI–). Empero, además de la voluntad, determinados delitos requieren la producción de un resultado –elemento objetivo– del actuar voluntario y susceptible de ser imputado objetivamente a tal conducta (p. ej., “causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles” –art. 8, letra b, iii ECPI–, “causar la muerte o lesiones” –art. 8, letra b, vi ECPI–, “muerte o lesiones graves –art. 8, letra b, vii ECPI–, etc.).

194. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general II*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 23.

195. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 333.

196. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 28.

En conformidad con lo indicado, únicamente podrán ser tipificados aquellos comportamientos humanos que revistan la consideración de *acciones* u *omisiones*. Así, a título de ejemplo de acciones cabe citar el “matar o herir” –art. 8, letra b, xi ECPI–, “emplear veneno” –art. 8, letra b, xvii ECPI–, etc. Respecto a las omisiones pueden citarse a modo de ejemplo el “no procurar” los objetos indispensables para la supervivencia –art. 8, letra b, xv ECPI–, “el no haber ejercido” un control apropiado sobre las fuerzas bajo su mando o “no haber adoptado” todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del delito –art. 28, letra a, ECPI<sup>197</sup>–.

## 2.2. *La tipicidad*

El ECPI tipifica una serie de hechos punibles en materia de genocidio (art. 6 ECPI), lesa humanidad (art. 7 ECPI) y crímenes de guerra (art. 8 ECPI). En los artículos referenciados, el Estatuto tipifica los hechos punibles –más graves– que comportarán para su autor responsabilidad internacional penal individual y, por consiguiente, podrá ser penado de conformidad con el Estatuto (art. 25.2 ECPI). Desde esta perspectiva, el ECPI sería lo que un Código Penal en el ordenamiento jurídico interno. Como escribe FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>198</sup>, el Estatuto dispone definiciones propias, aunque sean copiadas, y no se remite a los distintos tratados internacionales (p. ej., la Convención sobre *la prevención y sanción del delito de genocidio* de 9 de diciembre de 1948) e incorpora una pormenorizada relación de las conductas consideradas como infracciones graves por los Convenios de Ginebra de 1949; asimismo, incorpora nuevos delitos en la esfera de los crímenes de lesa humanidad (deportación o traslado forzado, esclavitud sexual, etc.) no contemplados en tratados internacionales como tales. En fin, observa RODRÍGUEZ CARRIÓN, que “no cabe argumentar que el Estatuto es un cuerpo jurídicamente adjetivo o procesal en la medida en que él mismo ha procedido a la tipificación de los crímenes enumerados en el artículo 5, a excepción del crimen de agresión, aún pendiente de tipificación a efectos de responsabilidad penal individual”<sup>199</sup>.

197. Este mismo sentido cabe advertir en los artículo 7.1 del ETPIY y 6.1 del E TPIR.

198. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *El Derecho...*, cit., p. 251.

199. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales*, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, Escuela Diplomática, Madrid, 2000, p. 175.

### 2.3. *La antijuridicidad*

Un hecho es *antijurídico* cuando es contrario a Derecho. En el conjunto normativo del Estatuto cabe advertir la existencia de normas jurídicas que contienen prohibiciones y mandatos, respaldados por la amenaza de una pena. Este es el caso, por ejemplo, de los artículos 6 a 8 del ECPI, pues su artículo 25.3 estipula que los sujetos autores de la comisión de un delito serán penalmente responsables y podrán ser penados. Por tanto, los hechos que infringen las prohibiciones o mandatos dispuestos por la norma son antijurídicos, es decir, un hecho antijurídico es un hecho prohibido o distinto al ordenado por la norma internacional y, en consecuencia, la antijuridicidad penal es aquella característica imprescindible del delito internacional conforme a la cual para poder estimar que una conducta es delictiva se hace menester que ésta infrinja, sin causa que lo justifique, la prohibición de hacer o de omitir expresada por la norma internacional penal y destruya, menoscabe o ponga en peligro –real o potencialmente– el bien jurídico que con ella se intenta amparar.

El término *antijuridicidad* conlleva la contradicción existente entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico internacional, constituyendo su esencia la ofensa –lesión o puesta en peligro– a un determinado bien jurídico protegido por la norma internacional que se infringe con la comisión de la acción. Así para calificar de antijurídica una determinada conducta es necesario que reúna los caracteres descritos en el precepto que le haya de ser aplicable y, además, que realice el injusto tipificado en él. A ello debe añadirse la ausencia de causas de justificación, pues su concurrencia en el caso concreto elimina el elemento *antijurídico* del delito<sup>200</sup>. Por tanto, la antijuridicidad presupone la existencia de un comportamiento humano (acción) y su tipicidad en el ECPI e implica la ausencia de causas de justificación. Empero, para que el hecho antijurídico sea penado requiere la concurrencia del elemento de culpabilidad.

200. En el artículo 31 del ECPI, relativo a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, se incluye en el apartado 1, letra c, una causa de justificación que eliminaría la antijuridicidad del delito: “actuar razonablemente en defensa propia de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado”.

#### 2.4. *La culpabilidad*

La acción típica y antijurídica ha de ser culpable, esto es, ha de poderse hacer responsable de ella al autor, porque la perpetración de una acción típica y antijurídica no implica de forma automática la imposición de la pena: no hay pena sin culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*). Así, junto a la tipicidad y antijuridicidad es necesaria la concurrencia de la culpabilidad. Actúa culpablemente la persona que perpetra un acto antijurídico tipificado en el ECPI, pudiendo actuar de una manera distinta, es decir, conforme a Derecho. La culpabilidad se configura como el *reproche* personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico y para ello es presupuesto la imputabilidad y la ausencia de causas de exculpación.

El artículo 77.1 del ECPI contempla el elemento culpabilidad al estipular expresamente que la CPI podrá imponer una pena “a la persona declarada culpable”. Empero, además, en diferentes artículos del Estatuto se hace referencia a diferentes presupuestos de la culpabilidad (p. ej., “se propone causarla” –art. 30.2, letra b ECPI–, “actúa intencionalmente” –art. 30.2 ECPI–, “imputado” –art. 61.3, letra a, 61.5 y 61.6 ECPI–). Estos presupuestos aparecen de forma constante en el texto relativo a los Elementos de los Crímenes (“haya impuesto”, “haya sometido”, “haya tenido la intención”, “haya cometido”, “haya infligido”, etc.).

La imputabilidad, que es presupuesto de la culpabilidad, puede ser entendida como la capacidad de actuar culpablemente, es decir, una serie de supuestos referidos a la madurez psíquica y a la capacidad de la persona humana para motivarse y que de conformidad con el ECPI la hacen capaz de ser responsable de sus propios actos. En particular, el artículo 26 dispone la exclusión de los menores de dieciocho años de la competencia de la CPI y el artículo 31 contiene las circunstancias eximentes de responsabilidad penal consistentes en alteraciones psíquicas, estados de intoxicación y coacción, mientras que el artículo 32 contempla el error, en tanto que forma de ausencia de culpabilidad, como eximente de responsabilidad internacional penal.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

La responsabilidad internacional penal del individuo requiere, a modo de corolario, el *principio de autonomía de la tipificación penal* de Derecho internacional, pues constituye la auténtica base de cualquier construcción teórica de un Derecho internacional penal e incluye, implícitamente, la asunción de la existencia de un conjunto de bienes jurídicos propios de la sociedad internacio-

nal que el Derecho internacional debe tutelar. Así, la tipificación de un hecho punible internacional significa que éste ha de estar descrito y determinado con precisión pero, además, el destinatario del mismo es la persona humana y no el Estado; es decir, la tipificación internacional implica la existencia de tipos penales que afectaran a la persona individual directamente y sin la mediación del Derecho estatal, de manera que constatan la punibilidad de un delito –internacional– sin necesidad de la intervención del legislador estatal: la tipificación internacional penal autónoma de los delitos internacionales está al margen de las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos penales de los Estados.

La tipificación de delitos internacionales en el Derecho internacional, al margen de las tipificaciones estatales, aparece expresamente dispuesta en diferentes instrumentos jurídico-internacionales. En concreto, el artículo 10 del Estatuto de Roma estipula que “nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto” y el artículo 22.3 declara que “nada de lo dispuesto en el presente artículo [*nullum crimen sine lege*] afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto”. Sobre la base de estos preceptos cabe concluir: 1) La existencia de una tipificación internacional penal autónoma de los delitos internacionales, esto es, al margen de las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos penales de los Estados. 2) La existencia de una dualidad jurídica en torno a la tipificación penal internacional compuesta por la tipificación contenida en el Estatuto y la tipificación extramuros del Estatuto resultante del Derecho internacional general o del Derecho internacional convencional. Y, de esta forma, el Estatuto admite la posibilidad de que la costumbre se constituya en origen de delitos internacionales: en Derecho internacional no existe al respecto “reserva de ley” y, en consecuencia, los delitos internacionales pueden tener su origen en la costumbre. Por tanto, no sólo cabe sostener la existencia de una tipificación internacional autónoma, sino que esta tipificación puede ser tanto convencional –tratados internacionales– como consuetudinaria –costumbre internacional–.

En tanto que tratado internacional, la tipificación contenida en el Estatuto de Roma constituye el núcleo esencial de los delitos internacionales, aunque sin duda no son los únicos, pues dicha tipificación no es exhaustiva sino limitada a los delitos internacionales –de base consuetudinaria– sobre los que existe un consenso en la sociedad internacional en su conjunto tanto sobre su naturaleza delictiva como su carácter especialmente grave (delitos más graves de transcendencia internacional). En consecuencia, el Estatuto de Roma, que tipifica delitos internacionales de origen consuetudinario, define por primera vez de

manera sistemática los principales delitos de las personas humanas, codificando y desarrollando el Derecho preexistente en materia de Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los derechos humanos.

El delito internacional es susceptible de ser definido como el *acto punible de trascendencia internacional que, perpetrado por individuos, constituye una grave violación de los valores esenciales de la sociedad internacional en su conjunto* (paz y seguridad internacionales y bienestar de la humanidad). En tanto que amenazan o lesionan los valores jurídicos internacionales, como la paz y/o la seguridad de la sociedad internacional, generando una responsabilidad internacional penal inmediata fundada directamente en el Derecho internacional, los delitos internacionales en sentido propio son: 1) los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, establecen la responsabilidad internacional penal para una serie de actos prohibidos en tanto que susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra (arts. 49, 50, 129 y 146, comunes a los Convenios) y, a su vez, los artículos 50, 51, 130 y 147, comunes a los Convenios, establecen un listado de infracciones graves, que es completada por los artículos 11.4 y 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional. 2) El delito de genocidio dispuesto en el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948. 3) Los delitos internacionales competencia de la Corte Penal Internacional –crímenes de guerra, crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión (art. 5 ECPI).

Desde el punto de vista *técnico-dogmático* y atendiendo a lo dispuesto por el Estatuto de Roma, el delito internacional en sentido propio puede ser definido como *una acción típicamente antijurídica y culpable*, pues el referido Estatuto contempla los elementos del concepto de delito: acción (acto previsto en el Estatuto dependiente de la voluntad humana), tipicidad (definición en el Estatuto de los actos punibles), antijuridicidad (actos contrarios a Derecho) y culpabilidad (el autor del acto es responsable del mismo). Así, el *tipo penal*, que se deduce de las distintas figuras delictivas dispuestas en el Estatuto de Roma, delimita el ámbito del injusto penalmente relevante, es decir, el tipo penal –o tipo de injusto– es el conjunto de condiciones o características que describen y fundamentan la antijuridicidad de la conducta contraria a Derecho. En este sentido, el tipo penal dispuesto por el Estatuto (arts. 6 a 8) está caracterizado por: 1) *La sociedad internacional en su conjunto es el bien jurídico protegido* (por el Derecho internacional penal) y, concretamente, determinados valores esenciales que deben ser respetados por los individuos (paz y seguridad internacionales, el bienestar de la humanidad). 2) El contenido del injusto –hecho delictivo–, sobre la base de las conductas tipificadas en los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma, son el homicidio intencional, la tortura, causar daños super-

fluos o sufrimientos innecesarios, destruir bienes, etc., esto es, el contenido del injusto está determinado por la medida en que un hecho punible viola el objeto de protección de la norma estatutaria y, de ahí, que en función del injusto puedan perpetrarse delitos de peligro (puesta en peligro del bien jurídico) y delitos de lesión (efectiva lesión del bien jurídico). 3) El injusto o hecho delictivo debe perpetrarse en una situación de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado en tanto que estas situaciones dispuestas por el Estatuto son los elementos objetivos normativos del tipo (elemento objetivo de la conducta tipificada) pues, en caso de no existir una relación suficiente entre el hecho punible tipificado y dichas situaciones, la Corte Penal Internacional carecerá de competencia para enjuiciar a los presuntos autores.