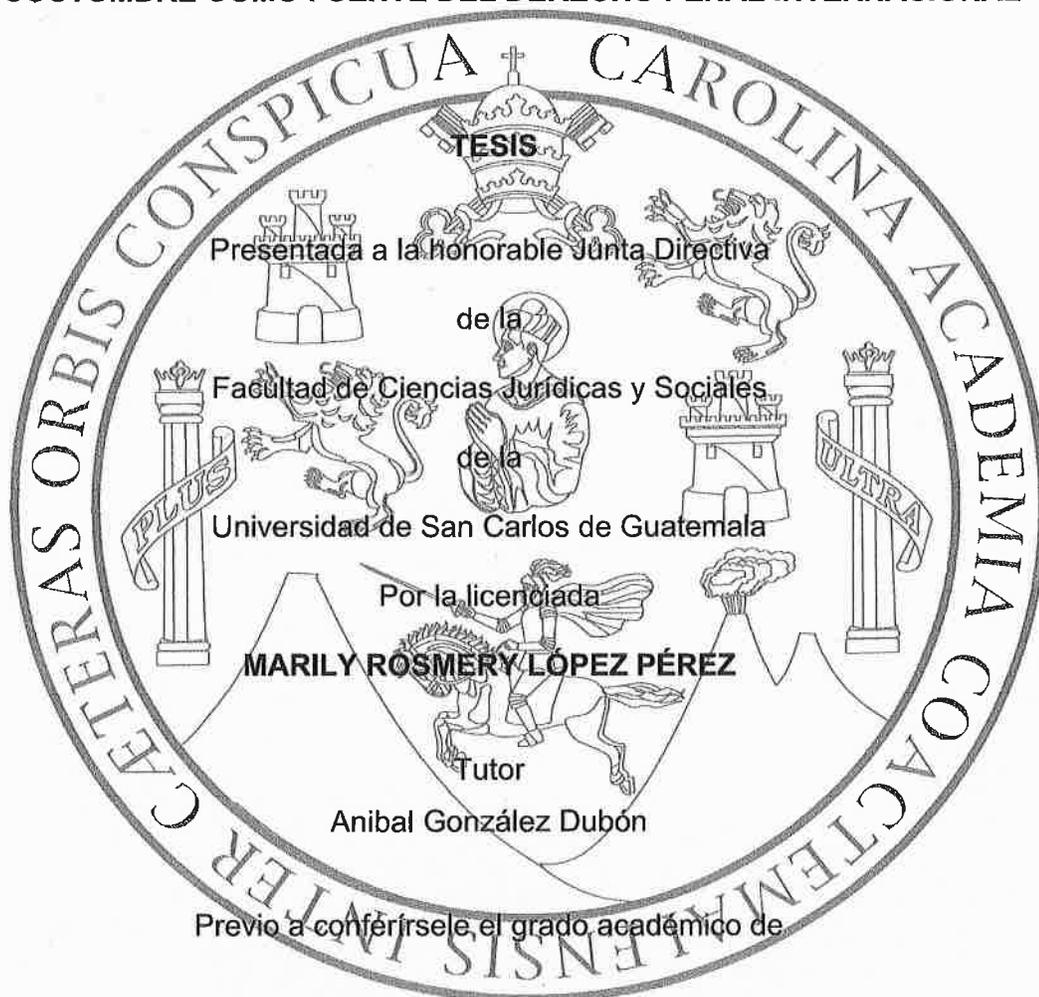


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**



**MAESTRA EN DERECHO PENAL  
(Magister Scientiae)**

Guatemala, octubre de 2023

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr.	Saúl González Cabrera
VOCAL:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
SECRETARIO:	Dr.	Anibal González Dubón

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).



**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.** Guatemala, veinticuatro de junio de dos mil veinte.-----

Atendiendo la solicitud presentada por el (la) Licenciado (a) **Marily Rosmery López Pérez** y con fundamento en el artículo 2 del normativo de tesis de Maestría y Doctorado, esta Dirección, **RESUELVE: I)** Aceptar como proyecto de tesis el tema que propone con el nombre de: **"LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL"** Dentro del programa de **la Maestría en Derecho Penal II)** Se nombra como tutor de tesis al **Dr. Aníbal González Dubón** a quien se le deberá remitir el plan de investigación presentado por el sustentante y a quien se le ruega que el trabajo se realice bajo su inmediata orientación, velando por el cumplimiento de los principios, procedimientos, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica; **la tesis no debe tener menos de 100 páginas en la que no se incluyen la conclusión, bibliografía, introducción y presentación; el tutor o asesor de tesis puede aconsejar que se hagan modificaciones, ampliaciones o correcciones al diseño o plan de investigación que le fue aprobado al maestrando (a) o doctorando (a).** III) Iniciado el trabajo de tesis el proponente deberá presentar cada dos meses, informe sobre el avance de su investigación al tutor de tesis designado, y a la Dirección de Estudios de Postgrado; **IV)** Conforme el artículo 14. del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, concluido el trabajo de tesis el tutor rendirá dictamen a la Dirección de Estudios de Postgrado, por escrito, sobre el resultado de la investigación y su aprobación, acompañando el recibo  que acredite el pago de sus honorarios por la suma de **(Q2500.00)**. (Acta 001-2007 Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado). Artículos 1<sup>a</sup>., 2<sup>a</sup>., 3<sup>a</sup>., 4<sup>a</sup>., 5<sup>a</sup>., 6<sup>a</sup>., 7<sup>a</sup>., 8<sup>a</sup>., 9<sup>a</sup>., 10<sup>a</sup>., y 14<sup>a</sup>., del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado aprobado por la Junta Directiva en Punto Quinto, Inciso 5.1 del Acta No. 11-98 del 13 de abril de 1998.-----

**"ID Y ENSEÑAD A TODOS"**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR**

**ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

Guatemala, 30 de julio del año 2020.

Doctor  
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución de la Escuela de Estudios de Postgrado. RES. D.E.E.P. D.P. 86-2020 de fecha veinticuatro de junio de dos mil veinte, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Maestría en Derecho Penal** de la Licenciada **Marily Rosmery López Pérez**, con número de carné 100017722 titulada **"LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la **Tesis de Maestría en Derecho Penal** de la Licenciada **Marily Rosmery López Pérez**, y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



---

DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Gladys Tobar Aguilar  
Doctorado en Educación y Licenciatura en Letras  
Correo electrónico: [ortografiataller@gmail.com](mailto:ortografiataller@gmail.com)  
Celular: (502) 50051959

Guatemala, 14 de noviembre de 2023

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director,

Por la presente hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

De acuerdo con lo anterior, considero que este documento académico presentado por la Lda. Marily Rosmery López Pérez, estudiante de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, puede imprimirse.

Atentamente

  
Dra. Gladys Tobar Aguilar  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 1450

**Dra. Gladys Tobar Aguilar**  
Doctorado en Educación y Licenciatura  
en Letras.  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada. 1450



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

## D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** Guatemala, 14 de febrero del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la Licenciada Marily Rosmery López Pérez, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 99-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.** Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



## **DEDICATORIA**

### **A DIOS:**

Por permitirme vivir en plenitud. Agradecida por las múltiples inteligencias obsequiadas y por las bendiciones que de manera sobrenatural a dado a mi vida. ¡A él sea la gloria por los triunfos alcanzados!

### **A MIS PADRES:**

Juan Francisco López Merida y Fidelina Pérez Castañeda, por enseñarme que las mujeres disciplinadas somos capaces de alcanzar todo lo que nos proponemos, por confiar en mí y hacerme una mujer exitosa.

### **A MI HIJO:**

David Alejandro Andrino López, por ser fuente de inspiración, su compañía eleva mi gratitud y me hace sentir una mujer de valor.

### **A:**

A todas aquellas personas que ya no están dentro de mi círculo familiar, profesional o sentimental, su estadía produjo crecimiento.

# ÍNDICE



Introducción .....	i
CAPÍTULO I.....	1
1. El ordenamiento penal internacional.....	1
1.1 La naturaleza del sistema penal internacional .....	1
1.2 Las características del ordenamiento penal internacional.....	2
1.3 La completitud de los órganos penales internacionales.....	5
1.3.1 La antigua Yugoslavia y su Tribunal Penal Internacional .....	6
1.3.2 Ruanda y su Tribunal Penal Internacional .....	6
1.3.3 La creación de la Corte Penal Internacional .....	7
1.4 El diálogo jurisdiccional internacional.....	11
1.4.1 La doctrina de un derecho penal internacional .....	12
1.4.2 Una comunidad unitaria jurisdiccional internacional .....	14
1.5 El precedente y su tratamiento internacional .....	17
1.6 Las posibilidades de existencia de un sistema penal internacional .....	20
CAPÍTULO II.....	25
2. Tribunales penales internacionales y jurisprudencia internacional .....	25
2.1 Derecho penal internacional y jurisprudencia .....	25
2.2 La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y su incidencia en otros tribunales .....	26
2.2.1 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia .....	26
2.2.2 Tribunal Penal Internacional para Ruanda .....	30
2.2.3 Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona.....	34
2.3 Ordenamiento normativo penal internacional.....	38
2.3.1 La jurisprudencia de los TPI <i>ad hoc</i> .....	38
2.3.2 La doctrina del reciclaje .....	41
2.3.2.1 Los crímenes de lesa humanidad .....	42
2.3.2.2 No aplicación del elemento discriminatorio en los crímenes de lesa humanidad .....	44
2.3.2.3 Menores de edad en conflictos armados .....	46
CAPÍTULO III.....	49
3. Las fuentes del derecho penal internacional.....	49



3.1 Comparación entre sistemas .....	49
3.2 El estatuto de la Corte Penal Internacional .....	51
3.3 La evolución de las fuentes en los tribunales internacionales.....	58
3.4 ¿Es la costumbre fuente del derecho penal internacional?.....	65
3.5 Autonomía del derecho penal internacional .....	72
3.6 Autonomía de las reglas interpretativas .....	77
CAPÍTULO IV .....	83
4. La costumbre como fuente del derecho penal internacional .....	83
4.1 Criterio autónomo de la Corte Penal Internacional .....	83
4.2 Los precedentes en el derecho penal internacional .....	86
4.3 La oposición argumentativa .....	91
4.4 La autonomía de las fuentes del derecho penal internacional .....	99
Conclusión .....	105
Referencias.....	107



## Introducción

En los últimos años se ha visto como el derecho penal internacional está sufriendo una importante transformación y desarrollo, en gran medida por el impacto que tienen las normas de los derechos humanos tanto en el ámbito nacional como supranacional (regional, internacional y comunitario) y, derivado también de la necesidad de atender las exigencias de persecución y castigo a las conductas violatorias de tales derechos.

Sin duda, la demanda de respeto y protección a los derechos humanos y la búsqueda de la justicia penal ha puesto en crisis tanto a los Estados como a los diferentes actores internacionales, que en aras de legitimarse han propiciado el desarrollo y transformación de instituciones, instancias, organismos, mecanismos, procedimientos y resoluciones que se van plasmando en normas jurídicas internacionales con contenidos de reglas y principios sustantivos y adjetivos que buscan hacerla posible. Es importante realizar serias reflexiones en torno a las particularidades que las normas penales internacionales tienen y que las distinguen de las del derecho internacional general, y pensar en la posible existencia de un sistema penal internacional autónomo. Si bien este sistema aún no está conformado, pareciera que hacia allá es a donde enfila el actual derecho penal internacional, atendiendo a diferentes razones, entre las que destaca el análisis de los diferentes criterios judiciales que los tribunales penales internacionales existentes han ido estableciendo, así como el valor que le han ido dando a la institución del precedente.



Ello es así, porque existen varios casos, en cuyas resoluciones la jurisprudencia o los precedentes no han resultado ser vinculantes, además de que, internacionalmente se cuenta en la actualidad con múltiples tribunales entre los que no existe una jerarquía ni mucho menos uniformidad en sus criterios. Esto hace reflexionar sobre hasta donde un tribunal supranacional (regional, comunitario o internacional) se puede apartar de los criterios judiciales aparentemente establecidos, con el argumento de actuar en interés de la justicia o en razón de atender las particularidades del caso.

Asimismo, surge la duda sobre qué podría pasar en caso de que existieran criterios y resoluciones contradictorias entre foros diferentes de la misma jerarquía y de ahí, tratar de responder la pregunta sobre si ¿las resoluciones judiciales ya son un elemento de cohesión para un sistema de Derecho Penal Internacional? Además, es también importante reflexionar sobre la repercusión de la jurisprudencia en el Derecho Penal Internacional y, en particular, en la influencia que pudiera tener la Corte Penal Internacional respecto de los otros tribunales penales existentes y para el desarrollo de las normas penales internacionales. Respecto de las fuentes del Derecho Penal Internacional, se puede tomar como punto de partida el análisis del artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) norma rectora de dicho Tribunal, la cual, al menos a la fecha, parece que puede llegar a tener un papel relevante en el desarrollo de las normas penales internacionales, sobre todo, ante la inminente



inclusión de los trabajos de los demás tribunales existentes, y en el supuesto de que su funcionamiento intensifique a consecuencia de lo anterior. Permanece aún hoy, la duda de que la costumbre internacional sea, en la actualidad, una fuente del derecho penal internacional, partiendo del análisis de cómo las normas penales internacionales han ido surgiendo y cómo se han interpretado y conformado en los últimos años a consecuencia del fin que persiguen: la responsabilidad individual internacional, concepto implícitamente controvertido. Aunado a lo anterior, resulta menester destacar la rapidez con que las normas penales internacionales han ido surgiendo en los últimos años, pareciera que la *inveterata consuetudo* no hubiese alcanzado a conformarse, y se quedara solamente en *opinio iuris*.

Con independencia del orden nacional o supranacional en el que las ideas y los criterios jurídicos se expresen, es claro que éstos pueden constituir una gran aportación en la prosecución de una mejor justicia penal internacional congruente con la protección y el respeto a los derechos humanos, tomando en cuenta la retroalimentación que actualmente puede darse al principio *propersona*.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos; en el primer capítulo se trata el tema del ordenamiento penal internacional; en el segundo capítulo los tribunales penales internacionales y jurisprudencia internacional; en el tercer capítulo se desarrollan las fuentes del derecho penal internacional; en el cuarto capítulo se analiza la costumbre como fuente del derecho penal Internacional; para por último, tratar de inferir una conclusión que pueda verificar la verosimilitud de las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación.



## CAPÍTULO I

### 1. El ordenamiento penal internacional

#### 1.1 La naturaleza del sistema penal internacional

Se inicia con la definición que comparte el autor Dondé Matute, Javier (2002) en su obra titulada *¿Existe el Derecho Penal Internacional?*

La existencia de normas de Derecho Penal Internacional (DPI) ya no está sujeta a debate.

En la medida en la cual se pueda establecer que hay normas jurídicas de carácter internacional que regulan la responsabilidad penal (correspondiente a la llamada parte general y parte especial del derecho penal) y los procedimientos para su aplicación, así como las instituciones que realizan dicha aplicación, es posible llegar a esta conclusión. (pág. 23)

A pesar de que este es un paso importante en el desarrollo de lo que ya se puede denominar derecho penal internacional, existe una serie de planteamientos iniciales que se deben tomar en cuenta para medir el grado de evolución que estas normas jurídicas han logrado. Una forma de realizar esto, sin analizar las normas jurídicas en concreto, es determinando si éstas conforman un sistema jurídico; que, en el presente caso, sería un sistema jurídico-penal.

Estar en posibilidades de establecer si existe un sistema jurídico-penal internacional pudiera parecer una cuestión teórica, con escasa aplicación práctica; sin embargo, esto no es así. El análisis planteado permitiría determinar cuáles normas jurídicas son aplicables en una determinada situación y cuáles se pueden excluir por estar



fuera del sistema. Esta práctica permitiría que los tribunales puedan conocer con precisión las normas jurídicas que deben aplicar y excluir las que pertenecen a otro sistema jurídico, lo cual, a su vez, permitiría brindar mayor seguridad jurídica a quienes participan en estos procesos penales.

Para llevar a cabo este objetivo, es necesario establecer los criterios que comúnmente se toman en cuenta para determinar la existencia de un sistema jurídico y, en concreto, de un sistema jurídico-penal, con la intención de extraer los elementos mínimos indispensables para determinar la existencia de éste. Una vez realizado lo anterior, se deberán aplicar estos criterios a las normas jurídico-penales del ámbito internacional para determinar si cumplen con los requisitos mínimos de un sistema. Asimismo, deberán estudiarse algunas de las tesis que explican la forma de operar del derecho internacional y del derecho penal internacional como sistema. Solamente si fuera el caso de no encontrar los elementos mínimos en este conjunto de normas jurídicas, sería necesario establecer los elementos que faltan para lograr ese grado de desarrollo.

## **1.2 Las características del ordenamiento penal internacional**

En la doctrina penal el tema de lo que constituye un sistema jurídico-penal suele evadirse, dando por hecho que existe, sin necesidad de establecer sus características, elementos o requisitos. Una concepción que puede ayudar a la definición de un sistema jurídico-penal es la de Fernando Arilla Bas (2001), quien lo define en los siguientes términos:



El sistema jurídico, no viene a ser sino el desarrollo lógico jurídico, eminentemente formal, de una atribución del Estado, por medio de las tres funciones: legislativa, jurisdiccional y administrativa. La función legislativa formula la conminación penal, la jurisdiccional la actualiza sobre un sujeto determinado, imponiendo la pena y la administrativa ejecuta esta última...

...las normas reguladoras del sistema jurídico penal, es decir, de las funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa estatales, se distribuyen en tres ramas relativamente autónomas: Derecho Penal material, llamado también sustantivo; Derecho Penal formal, denominado igualmente adjetivo, y Derecho Penal Ejecutivo, que ha recibido el nombre de Derecho Penitenciario. (pág.3)

Por su parte, Silva, José María (1995), quien ha estudiado la estructura del sistema jurídico-penal europeo, señala que la unidad la representa la ideología de política criminal de los Estados que conforman el incipiente sistema regional:

Sin negar la importante función de límite que tiene la realidad del ser, a la que obviamente no puede oponerse la construcción dogmática, se tiende de modo creciente a construir el sistema, en el seno de un marco ontológico que se estima bastante amplio, sobre la base de conceptos normativos.

...su contenido concreto desde perspectivas teleológicas, conformadas a partir de las finalidades político-criminales del Derecho penal. Unas finalidades político-criminales que no se reducen a meras consideraciones utilitaristas de eficiencia, sino que comprenden de modo esencial consideraciones valorativas derivadas de un principio de respeto a la dignidad humana y a las garantías fundamentales del individuo. (pág. 12)



Continuando con Fernando Arilla Bas, señalado líneas arriba:

Una ciencia del derecho penal basada exclusivamente en las estructuras lógico-objetivas, o que se limite a construir el sistema de problemas o de estructuras de imputación, puede ser universal. En cambio, una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas... (pág.13)

Silva, José María (1995) sigue compartiendo:

El objetivo que se pretende alcanzar merece el esfuerzo. Tratase, fundamentalmente, de enfocar de modo realista los conceptos y categorías del sistema mediante el que atribuimos responsabilidad penal, mostrando en la base su innegable carácter cultural, de filosofía social y política.

A partir de ahí, debe intentarse introducir criterios nacionales que permitan la argumentación (y, con ello el control) en un terreno en el que, demasiadas veces y con demasiado poco fundamento, se apela únicamente al texto de la ley o a la naturaleza de las cosas. (pág.15)

Aunque cualquiera de estos criterios pudiera utilizarse en el contexto del derecho penal internacional, ante el escaso desarrollo de la materia es preferible ir más atrás y tratar de establecer sí se cuenta con los elementos esenciales de cualquier sistema. Es necesario recurrir a las definiciones más genéricas de sistema. Lo que se busca, en esencia, es una conexión, relación o articulación entre normas jurídicas: "Sistema de normas jurídicas conectadas lógicamente entre sí de tal forma que las normas especiales deben pensarse como derivadas de normas generales" (De Pina, Rafael, 1999, pág. 456).





### **1.3.1 La antigua Yugoslavia y su Tribunal Penal Internacional**

En el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, desde un inicio, la jurisprudencia estableció con gran claridad que este tribunal constituye un sistema jurídico propio y cerrado, cuyo único mandato es aplicar las disposiciones del estatuto que le había dado vida. En la apelación sobre jurisdicción del caso Tadic, la Sala de Apelación sostuvo que, “en el ámbito internacional, cada tribunal constituye un sistema autocontenido (*self-contained*). Así, la jurisdicción está dada por el instrumento constitutivo de cada tribunal, sin que el mismo pueda limitar sus funciones a tal grado que pierda su naturaleza jurisdiccional” (decisión sobre la impugnación de la jurisdicción).

El primer mandato que tiene el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia es aplicar los artículos 1 al 5 de su estatuto, los cuales se refieren a la competencia que puede ejercer. Éste debe tomarse como el límite de dicho sistema jurídico. Una cuestión importante es que esta determinación se tomó para establecer que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia tuviera facultades para revisar su propia competencia; sin embargo, tuvo implicaciones para afirmar que también es un sistema jurídico-penal en sí mismo.

### **1.3.2 Ruanda y su Tribunal Penal Internacional**

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda no ha tenido oportunidad de establecerse como un sistema jurídico-penal autocontenido, dado que esta cuestión



no ha sido materia de impugnación alguna. En el único precedente en el cual se impugna la jurisdicción de esta instancia, los temas que formaron parte de la *litis* fueron los siguientes: violación a la soberanía de los estados (incluyendo Ruanda), la competencia del Consejo de Seguridad para establecer tribunales *ad hoc*, la primacía del Tribunal Penal Internacional para Ruanda sobre las instancias judiciales nacionales en violación al principio de juez natural, la competencia directa del tribunal sobre individuos en el ámbito internacional, la independencia e imparcialidad de esta instancia judicial.

Si bien estos temas son de gran importancia para la justificación y legitimación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de ellos no se establece la naturaleza sistémica del mismo; sin embargo, en virtud de que la naturaleza jurídica de este tribunal es idéntica a la del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y al hecho de que a lo largo de la resolución sobre jurisdicción se hizo referencia al caso Tadic, se puede considerar que los mismos criterios, le son aplicables a esta instancia judicial.

### **1.3.3 La creación de la Corte Penal Internacional**

Si los tribunales *ad hoc* son sistemas jurídicos, lo mismo ocurre con la Corte Penal Internacional. Por un lado, son aplicables los mismos argumentos que utilizó la sala de apelaciones en el caso Tadic. Como se puede observar, los argumentos esgrimidos en la resolución de la apelación de la impugnación de la jurisdicción fueron formulados en términos generales, por lo que se puede presumir que le son



aplicables a todos los tribunales internacionales y, en particular, a la Corte Penal Internacional.

En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha dado a entender que, a nivel internacional, lo único que se necesita para constituir un sistema jurídico es un instrumento constitutivo (presumiblemente un estatuto) que faculta a un órgano jurisdiccional para conocer de ciertos casos, con ciertas reglas de competencia, lo cual se traduce en la competencia para juzgar crímenes internacionales en el caso de la Corte Penal Internacional.

Adicionalmente, hay disposiciones en el estatuto de la Corte Penal Internacional que parecen confirmar esta postura. El artículo 10 de dicho estatuto indica: "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, de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto".

Por su parte, al regular el principio de legalidad el artículo 22 (3) del estatuto de la Corte Penal Internacional manifiesta: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo afecta a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho Internacional independientemente del presente Estatuto". Estas disposiciones, si bien no lo señalan expresamente, establecen una tendencia que consiste en considerar que la Corte Penal Internacional es una instancia cerrada en el sentido marcado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, al separarse de la evolución que se pueda dar fuera de su ámbito. Si bien es cierto que el desarrollo del derecho



penal internacional fuera del contexto de la Corte Penal Internacional puede darse en tratados internacionales que establezcan crímenes internacionales, no se puede asegurar con certeza que lo mismo no se realizará en el seno de otro tribunal internacional.

En otras palabras, analizando las consideraciones del caso Tadic en relación con estas disposiciones del estatuto, se llega a la conclusión de que este también es un sistema jurídico-penal que pretende ser cerrado; sin embargo, el estatuto de la Corte Penal Internacional establece elementos que hacen que se pueda considerar como un sistema jurídico complejo. Ciertamente cuenta con una competencia material, personal, temporal y espacial propia. Pareciera que esto es suficiente para sostener que se trata de un sistema jurídico-penal en sí mismo; no obstante, este Tratado cuenta con otros elementos que, además, permiten afirmar que se trata de un sistema altamente evolucionado.

El punto de partida o la posición inicial de este análisis es que, para afirmar que existe el derecho penal internacional es necesario encontrar normas jurídicas que establezcan reglas para la aplicación de la responsabilidad penal, para la tipificación de los crímenes internacionales y para la regulación de los procedimientos para su aplicación. En el ámbito jurisdiccional del estatuto se pueden encontrar todos estos elementos, ya que la parte III, al establecer los “Principios Generales de Derecho Penal”, señala la manera de establecer la responsabilidad penal.



El estatuto establece la tipificación de por lo menos tres conductas: genocidio, crímenes a la humanidad y crímenes de guerra. Asimismo, contiene la base de un procedimiento penal para aplicar las instituciones anteriores, empezando por la parte V “De la Investigación y el Enjuiciamiento”; la parte VI “Del Juicio”; y la parte VII “De las Penas”. El estatuto prevé la ampliación de estos preceptos en los elementos de los crímenes (para los casos de tipificación) y las reglas de procedimiento y prueba (para lo relativo al procedimiento). Además, establece las instancias que pueden aplicar las disposiciones del estatuto.

Este último punto es de gran importancia, ya que los órganos jurisdiccionales de la Corte Penal Internacional, así como la Asamblea de Estados Parte otorgan legitimidad a las normas jurídicas del Estatuto de la CPI; los primeros al aplicarlas, y el segundo al establecerlas.

Este sistema jurídico-penal no solo cumple con el requisito de que las normas jurídicas que lo integran tengan relación, conexión y articulación (situación que se deriva de los elementos señalados anteriormente), sino que, además, cumple con las características marcadas por otros requisitos adicionales establecidos por Arilla Bas para un sistema jurídico-penal.

De lo anterior se puede concluir que se trata de un sistema jurídico-penal con un alto grado de desarrollo. Además, se debe destacar que la Corte Penal Internacional también cuenta con objetivos y fines propios, tal como exige Silva Sánchez, los cuales se pueden inferir del preámbulo del estatuto y que consisten en: a) preservar



el frágil mosaico cultural de los pueblos del mundo; b) buscar sancionar los crímenes que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad; c) combatir la impunidad de éstos a través del fomento a las medidas en el plano nacional y la cooperación internacional y; d) resguardar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, en particular la integridad territorial y la independencia política de cualquier Estado.

#### **1.4 El diálogo jurisdiccional internacional**

Se ha verificado de forma sumaria la relación y cohesión interna de cada uno de los tribunales penales internacionales que operan actualmente. Tomando en consideración el criterio de relación entre normas jurídicas y un fin común a las que éstas están destinadas, se llega sin mayor dificultad, a la conclusión de que cada uno de los tribunales internacionales analizados constituye un sistema jurídico propio, pero el planteamiento inicial era determinar si existe un único sistema de derecho penal internacional.

Esto obliga a determinar si existe una conexión entre las normas jurídicas que conforman y aplican cada una de estas instancias judiciales que han sido analizadas individualmente. No obstante, antes de tal determinación se debe hacer referencia a dos teorías que tratan de explicar la relación e interacción entre tribunales internacionales y tribunales que aplican derecho internacional, en un esfuerzo por establecer un marco de referencia previo.



#### 1.4.1 La doctrina de un derecho penal internacional

La primera de las teorías se puede denominar del sistema judicial internacional, autoría que corresponde a Martínez, Jenny (2003): “se trata de una teoría que no se limita al Derecho Penal Internacional sino a la aplicación del Derecho Internacional en su conjunto, por tribunales internacionales, instancias cuasi-judiciales o tribunales nacionales” (pág. 422). A pesar de ello, de la misma se pueden aprovechar las explicaciones que se ofrecen y trazar una analogía con respecto al derecho penal internacional. Además, sostiene que:

En Derecho Internacional no hay una relación formal entre tribunales; sin embargo, desde un punto de vista sociológico estos tribunales están vinculados por una cultura en común (common culture); ya que los mismos jueces y abogados se mueven de un foro a otro llevando consigo las experiencias e ideales de cada una de las instancias en las cuales laboraron. (pág.435)

Al partir de una concepción de sistema, en la cual los elementos que la integran forman una unidad, un todo en el cual un cambio en una parte tiene efectos en otra parte del conjunto, el complejo de tribunales internacionales es un sistema judicial en evolución. En esta relación, las resoluciones judiciales tienen un papel fundamental, debido a que los jueces parten de reglas básicas sobre el funcionamiento y organización de los tribunales y las desarrollan en un proceso de autoorganización (*self-organizing*). Esta doctrina judicial es el motor de los propios sistemas judiciales, ya que le dan coherencia y convierten a estas instancias en



aparatos funcionales que no dependen exclusivamente de fuentes externas, como la legislación que regula su competencia.

La autora Martínez, Jenny (2003) comparte respecto a ello:

Tomando un punto de vista más amplio, esta forma de argumentación determina la relación que guardan los tribunales con otras instancias judiciales y órganos políticos. Cuando al resolver se toma en consideración este tipo de conexiones, se denomina una interpretación sistémica. (pág. 459)

Así, cuando existen un conjunto de tribunales que aplican la misma materia, como sucede con toda claridad en derecho penal internacional, existe la posibilidad de que haya conflictos de competencia. Estos conflictos pueden generar problemas, por lo que para solucionarlos es importante el diálogo. Por diálogo se entiende “el intercambio de ideas y formas de persuasión que sustituyan la imposición derivada de una jerarquía entre tribunales” (Martínez, Jenny, pág. 75).

El diálogo se formaliza a través de las resoluciones y depende de que sea tomado en cuenta por otros tribunales para que, en conjunto, se forme una jurisprudencia que construya un sistema judicial único. Dada la importancia del precedente en la formación de sistemas jurídicos y en el desarrollo del derecho internacional, la autora que se señala con antelación sugiere que los tribunales solamente recurran a criterios previamente establecidos por otras instancias judiciales como un último recurso, y que se les de preferencia a las resoluciones de tribunales especializados en determinados ámbitos del derecho internacional.



#### **1.4.2 Una comunidad unitaria jurisdiccional internacional**

La teoría de la comunidad de tribunales es original de William W. Burke-White (2002), para este autor “el hecho de que existan varios tribunales penales de carácter especial, tribunales nacionales que aplican Derecho Penal Internacional y una Corte Penal Internacional merece un análisis” (pág.75), en virtud del cual, concluye que su interacción se asemeja a una comunidad de tribunales.

Los tribunales que se encuentran en este esquema son interactivos, interdependientes e interconectados, no constituyen, meramente, una serie de sistemas paralelos. Estos mecanismos de adjudicación se encuentran sobrepuestos, se apoyan de manera directa y son dependientes entre sí, ya que sus jurisdicciones se entrelazan, aplican un derecho similar, así como su propia jurisprudencia. Para Burke-White (2002):

Existen dos niveles de análisis, propios de la relación entre estos tribunales. Dado que, en el Derecho Penal Internacional a diferencia del Derecho Internacional, las obligaciones se dirigen en un primer momento a los individuos y solamente en un segundo momento, a los Estados... (pág. 75)

En cuanto al primer plano de análisis, se puede decir que las obligaciones destinadas a los individuos son muy específicas y precisas, en gran medida por la exigencia de cumplir con el principio de legalidad penal. Los tratados internacionales que han prohibido estas conductas delegan a las autoridades nacionales la implementación y la sanción al incumplimiento de estas obligaciones. Por lo tanto,



las obligaciones que el derecho penal internacional impone a los individuos se pueden describir como legislación dura (*hard legislation*) y se caracteriza por un alto grado de obligatoriedad, precisión y delegación.

El segundo plano de obligaciones, el cual va dirigido a los Estados, es la manera de hacer efectivas las normas que van dirigidas a los individuos, ya que, en este contexto, los Estados tienen la obligación de proveer los mecanismos para sancionar los crímenes internacionales cometidos por los individuos. Cabe mencionar, que estas obligaciones constituyen un derecho blando (*soft law*), ya que a los Estados se les da cierta discrecionalidad en la manera en la cual cumplen con esta obligación. De acuerdo con ello, se establece lo siguiente: “que los propios tribunales internos conozcan del Derecho Penal Internacional; que se instituyan tribunales cuasi-internacionales o que se delegue la facultad jurisdiccional a un tribunal internacional” (Burke-White, 2002, pág. 85).

El autor Charney, Jonathan (1999) comparte diversas opiniones, bastante acertadas: “La comunidad de tribunales se encuentra organizada y regulada por sí misma. Aunque algunos de los principios de regulación se encuentran en el Estatuto, la comunidad carece de una autoridad central” (pág. 39); por lo tanto, las relaciones e interacciones entre los tribunales son esenciales para su efectividad. Y en el emergente sistema de justicia penal internacional, estas relaciones se dan de dos formas: de manera horizontal y de manera vertical.



El principio que regula las relaciones horizontales es el de subsidiariedad (*subsidiarity*). En derecho penal internacional, subsidiariedad significa que la adjudicación de los casos se llevará a cabo tan cerca de las poblaciones afectadas como la justicia y la imparcialidad (*justice and fairness*) lo permitan. Burke-White, (2002) explica que:

El conocimiento de los casos a nivel nacional se puede dar de manera directa o a través de la jurisdicción universal. En este último caso, la adjudicación que lleva a cabo un tercer estado también está sujeta a que el país que normalmente ejerza jurisdicción no lo haga. (pág. 91)

La relación vertical regula la interacción entre canales nacionales e internacionales; no se trata de una relación jerárquica sino de diferentes niveles de involucramiento internacional e inmediatez con los delitos, se trata de un mecanismo de incorporación que parte del principio de complementariedad. Un último factor que es importante señalar, es la relevancia de los jueces en esta interacción, los juzgadores deben entender que su trabajo es parte de un gran esquema propio de la comunidad internacional que forma parte de un sistema global de responsabilidad penal, y que ellos son solamente una de tantas piezas que conforman los mecanismos para establecer responsabilidad penal internacional.

Continuando con las expresiones del autor que se cita líneas arriba, “todas estas maneras de relacionarse constituyen, no propiamente un sistema jurídico único, pero sí una unión muy estrecha entre todas las instancias judiciales que participan en la aplicación del Derecho Penal Internacional” (Burke-White, pág.95). Así, el



término comunidad de tribunales es una manera más precisa de describir la manera en la cual interactúan estos tribunales, que la de referirse a un sistema jurídico-penal como tal.

### **1.5 El precedente y su tratamiento internacional**

Como se puede observar, el precedente judicial es el elemento más importante para establecer una relación entre normas de derecho internacional y, en particular, de derecho penal internacional. Si se va a encontrar un punto de cohesión en esta materia se debe estudiar el precedente judicial; por lo tanto, es importante establecer cuál es el valor formal de éste.

Para desarrollar la doctrina del precedente se debe comenzar por afirmar que esta es una práctica que surge del derecho anglosajón. En esencia, la doctrina del precedente exige que los tribunales sigan las reglas de derecho que extraen de las resoluciones previas, ya sea en los propios tribunales que los invocan, o en otros.

Si los tribunales internacionales en materia penal reconocen como obligatorios los principios de derecho que otros tribunales penales internacionales crean, el precedente se constituye en un fuerte elemento de enlace entre todas estas instancias jurisdiccionales, de forma tal que constituyen un sistema único. Si el derecho penal internacional es un incipiente sistema jurídico, entonces requiere de la fuerza del precedente para continuar su evolución y para que esto suceda, los precedentes deben ser considerados como obligatorios.



Si esto no es así, no tendría sentido estudiar la jurisprudencia de los diversos tribunales, ya que sería imposible determinar con certeza si los principios jurídicos establecidos se van a aplicar en el futuro. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia tuvo oportunidad, en dos ocasiones, de estudiar el papel del precedente en el derecho penal internacional. La sala de apelación en el caso *Aleksovski*, después de estudiar la aplicabilidad de los precedentes en el sistema anglosajón y en el sistema Romano-Canónico, llegó a la conclusión de que “inclusive en los Estados en los cuales las resoluciones judiciales no son obligatorias, existe la práctica de respetar lo previamente establecido por los tribunales” (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 2000).

Esta práctica es necesaria para conseguir consistencia, certidumbre y previsibilidad, sobre todo en materia penal, en la que la libertad del individuo está en juego; sin embargo, una estricta adhesión a un precedente anterior también puede causar injusticias si no se toman en consideración las cuestiones particulares de cada caso, por lo tanto, debe haber un balance entre la continuidad y la flexibilidad.

Consecuentemente, la sala de apelaciones decidió que, en principio, deberá seguir sus propias resoluciones, pero podría apartarse de ellas en interés de la justicia. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, comparte lo siguiente “Como regla general, un precedente anterior no debe seguirse cuando: se haya basado en un principio legal erróneo, la decisión se haya adoptado con descuido (*per incurium*) o los jueces hayan dudado acerca del derecho aplicable”.



En seguida, al analizar la relación entre las diversas instancias el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, concluyó que:

Las Salas de Primera Instancia están obligadas a seguir los precedentes de la Sala de Apelación por las siguientes razones: éstas son jerárquicamente superiores, proporcionan más certidumbre y en virtud de que el derecho de apelación tiene el estatus de derecho consuetudinario internacional. Por su parte, las resoluciones de la Primera Instancia no son obligatorias entre sí, aunque deberán influir en determinaciones futuras (persuasive). (Pág. 11)

Esta determinación debe de interpretarse con relación a la resolución de primera instancia en el caso Kupreskic. En este caso, la Segunda Sala de Primera Instancia aceptó que “en Derecho Penal Internacional es indispensable contar con precedentes para contribuir a su evolución, dado su incipiente desarrollo” (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

En virtud de ello, el precedente es solamente una fuente subsidiaria de derecho, ya que, a diferencia de los sistemas anglosajones en derecho internacional no existe la doctrina del precedente. En derecho penal internacional el precedente no es una fuente directa de derecho, aunque puede ser indicativo de la existencia de una norma de derecho consuetudinario internacional o de un principio general de derecho. En el mejor de los casos, las decisiones de otros tribunales internacionales, y en menor grado, las de los tribunales nacionales que aplican derecho internacional, podrán influenciar al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Por otra parte, en el seno de la Corte Penal Internacional hay una disposición que establece que "La Corte podrá aplicar principios y normas de



derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores" (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Según este precepto, la Corte Penal Internacional puede seguir las interpretaciones que haya hecho en decisiones anteriores; sin embargo, esto no constituye el reconocimiento de la doctrina del precedente, ya que el verbo podrá indicar una potestad discrecional que, a diferencia de lo que constituye un verdadero precedente, permite a las salas apartarse de criterios anteriores, mientras que un precedente generalmente es obligatorio.

Además, este precepto puede determinar la relevancia u obligatoriedad que pudieran tener los criterios de la sala de apelaciones con relación a los criterios de las salas de cuestiones preliminares o de primera instancia. Por lo tanto, se puede concluir que no se ha querido establecer la obligatoriedad del precedente en el ámbito de la Corte Penal Internacional.

### **1.6 Las posibilidades de existencia de un sistema penal internacional**

El derecho penal internacional podría calificarse de autónomo si en realidad existe un sistema de derecho penal internacional. Si se parte del supuesto de que para que exista un sistema jurídico-penal es necesario que haya relación entre las normas jurídicas que lo conforman, es incuestionable que cada uno de los tribunales penales internacionales que existen, conforma un sistema jurídico-penal en sí



mismo. Sin embargo, es difícil sostener que existe un sistema único conformado por un conjunto de normas jurídicas único.

La exposición de Burke-White explica adecuadamente cuál es la relación que existe entre los diversos tribunales internacionales en materia penal. Por su parte, Martínez explica cómo se debería construir con el tiempo un sistema judicial internacional. Sin embargo, a pesar de los buenos deseos de todas las instancias involucradas, no existe todavía un sistema único.

Podría argumentarse que los tribunales *ad hoc*, por su propia naturaleza desaparecerán en el corto plazo. Esto podría llevar a la conclusión de que estos sistemas dejarán de existir, dejando como única instancia internacional que conozca de derecho penal internacional a la Corte Penal Internacional; sin embargo, es posible que todavía se lleven a cabo procesos por delitos internacionales en el ámbito nacional; es más, el principio de complementariedad se sustenta en la premisa de que estos serán los foros en los cuales se llevarán a cabo la mayoría de estos procesos y solamente cuando los Estados no puedan o no quieran actuar, se activará la competencia de la Corte Penal Internacional; no obstante, esto se puede explicar como una regla de competencia dentro de sistemas jurídicos ya establecidos, como son los sistemas nacionales.

La idea central de que la Corte Penal Internacional, con el tiempo, constituirá el único sistema penal internacional se basa en el hecho de que el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, tiene la facultad de llevar



una situación ante la Corte Penal Internacional, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; es decir, cuando haya una amenaza a la paz o a la seguridad de la humanidad, como señala el artículo 13 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Este supuesto jurídico es idéntico al que se recurrió para la creación de los tribunales *ad hoc*, pero por sí solo no parece ser lo suficientemente convincente para llegar a la conclusión de que la Corte Penal Internacional será próximamente el único sistema jurídico-penal internacional, puesto que el Consejo de Seguridad todavía podría considerar la creación de tribunales *ad hoc* para los casos en los que la Corte Penal Internacional no sea competente; sin embargo, esta posibilidad se ve acotada en virtud de que es posible que el Consejo remita una situación, inclusive en aquellos casos en que el Estado en cuestión no sea parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional como se interpreta del artículo 12 (2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

De la interpretación armónica del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se puede concluir que se requiere que un Estado sea parte de este, para que un Estado parte o el fiscal puedan iniciar un proceso, más esto no es necesario cuando el caso es remitido por el Consejo de Seguridad, quien solamente debe actuar para hacer frente a una amenaza a la paz y seguridad internacional.

Que el Consejo de Seguridad pueda recurrir al establecimiento de instancias judiciales para hacer frente a este tipo de amenazas fue confirmado por el Tribunal



Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, dado que las medidas señaladas en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas no es limitativa, sino sólo enunciativa, por lo que, si estima que la mejor manera de hacer frente a esta situación es mediante la creación de un tribunal, puede hacerlo. Cohen, David (2002) expone:

Lo que aquí se argumenta es que la creación de la Corte Penal Internacional y la forma en la que ésta interactúa con el Consejo de Seguridad, harán poco probable que este órgano establezca más tribunales internacionales, pues puede encausar esta facultad a través de la Corte Penal Internacional con un mínimo de limitaciones. (pág. 142)

Esto no resuelve el papel actual y futuro de los tribunales *ad hoc* o más precisamente de sus resoluciones. Con independencia de que desaparezcan, de conformidad con las teorías de Martínez y de Burke-White, sus resoluciones serán el hilo conductor que de cohesión al derecho penal internacional. Evidentemente, porque este momento en el cual dichas instancias están interactuando entre sí y con la Corte Penal Internacional. La pregunta es si —con independencia de la eventual desaparición de los tribunales *ad hoc* y centralización del Derecho Penal Internacional en la Corte Penal Internacional— ¿las resoluciones judiciales ya son un elemento de cohesión para un sistema de derecho penal internacional?





## CAPÍTULO II

### 2. Tribunales penales internacionales y jurisprudencia internacional

#### 2.1 Derecho penal internacional y jurisprudencia

Es un hecho que los tribunales penales internacionales suelen usar los criterios jurisprudenciales de otros tribunales que, aunque pudieran tener una competencia territorial, personal y temporal distinta tienen como función aplicar la responsabilidad penal internacional. Lo interesante de esta práctica es que no hay disposición alguna en los estatutos de estos diversos tribunales que permitan u obliguen al uso de estos criterios; sin embargo, esto no ha sido obstáculo para su empleo cotidiano.

Como consecuencia de esta observación deviene necesario buscar patrones y tendencias en este uso de jurisprudencia, dándole continuidad al trabajo relacionado con la comunidad de tribunales. Puede afirmarse que la jurisprudencia es el hilo conductor que le puede dar cohesión al DPI, cuando cada tribunal opera con base en su instrumento constitutivo y con base en las reglas ahí previstas.

En efecto, los tribunales penales internacionales no parecen seguir al pie de la letra estas limitaciones, poniendo en tela de juicio la afirmación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el sentido de que se trata de sistemas autocontenidos (*self contained system*). El objetivo es determinar si la



jurisprudencia ha roto con esta noción después de casi 20 años de evolución y si ésta es el instrumento que ha conseguido amalgamar al DPI.

Para ello es necesario analizar el uso del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y el resto de los instrumentos normativos de dicha Corte por otros tribunales penales internacionales, tratando de hacer una distinción entre aspectos sustantivos y procesales. El mismo procedimiento se debe emplear a la inversa, al tratar de determinar en qué circunstancias la CPI emplea la jurisprudencia de estos otros tribunales.

## **2.2 La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y su incidencia en otros tribunales**

### **2.2.1 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia**

Es interesante observar que, aunque el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia precede a la CPI, el estatuto de esta última fue citado como referente en las primeras decisiones del tribunal *ad hoc*. Incluso, se reiteró en diversas ocasiones que se trataba de una colección de normas de derecho consuetudinario internacional, aunque el tratado aún no había entrado en vigor.



En cuanto al caso Furundzija, en la resolución de Primera Instancia del Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece lo siguiente:

... del Estatuto de Roma, este es un tratado internacional no vinculante aún (puesto que todavía no entra en vigor). Fue adoptado por una abrumadora mayoría de los Estados presentes en la Conferencia Diplomática de Roma y fue apoyado sustancialmente por el Sexto Comité de la Asamblea General el 26 de noviembre de 1998.

Dependiendo del tema en cuestión, el Estatuto de Roma puede ser usado para reflejar, sugerir o clarificar normas consuetudinarias o cristalizarlas, en tanto crea derecho nuevo en algunas áreas o lo modifica. En todo caso, el Estatuto de Roma en general puede ser tomado como una expresión confiable (*authoritative*) de las posturas legales de una gran cantidad de Estados. (Pág. 8)

No obstante, el palpable escepticismo en la apelación del caso Tadic se toma una postura distinta, pues se minimizan del carácter crítico del párrafo transcrito enfatizando que muestra características propias de las normas de costumbre internacional al dar por establecida la obligatoriedad jurídica (*opinio juris*), es por ello que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, establece:

El valor legal que se atribuye actualmente a las disposiciones del Estatuto de Roma ha sido correctamente establecido por la Sala de Juicio II en el caso Furundzija. Allí, la Sala señaló que el Estatuto es aún un tratado internacional no vinculante, ya que no ha entrado en vigor...

Sin embargo, ya tiene un valor jurídico importante. El Estatuto fue adoptado por una abrumadora mayoría de los Estados presentes en la Conferencia Diplomática de Roma y fue apoyado sustancialmente por el Sexto Comité de la Asamblea General. Esto demuestra que dicho texto es apoyado por una gran cantidad de Estados y puede ser tomado en cuenta como una expresión de la *opinio iuris*... (Pág. 12)



La última parte del párrafo transcrito es de suma relevancia dado que muestra el tipo de normas contenidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que se consideran parte de la incipiente costumbre internacional. Se trata principalmente de normas de derecho penal sustantivo. En el caso Furundzija se buscaba fundamentar la distinción entre la comisión y otras formas de participación como la ayuda y aliento (*aiding and abetting*), distinción que a juicio del tribunal se desprende del artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Asimismo, para determinar los elementos subjetivos que se deben comprobar se hace referencia al artículo 30 del mismo tratado internacional.

De forma similar, en el caso Tadic, se citó al Estatuto de la Corte Penal Internacional, en particular el artículo 25 (3) (d) como evidencia de que en el derecho internacional hay una norma de costumbre que reconoce la posibilidad de procesar a una persona por participar en un plan común y que dicha forma de imputación es distinta al *aiding and abetting*.

En cuanto a la interpretación de los crímenes internacionales; es decir, los tipos penales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional también ha tenido influencia en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. En el mismo caso Tadic se cita el artículo 7 (1) como evidencia de que el elemento discriminador ya no forma parte de los crímenes de lesa humanidad, y de que se trata de una norma de costumbre internacional ya consolidada. Resulta interesante notar que no solamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino los elementos de los crímenes han sido utilizados ocasionalmente para interpretar los



crímenes internacionales en el contexto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

En el caso Krstic el uso de este instrumento internacional fue reiterado. Se empleó para determinar que el exterminio como crimen de lesa humanidad debe concretarse en la muerte de por lo menos una persona, pero con la intención de buscar la destrucción de parte de la población. De igual manera, se interpretó que “el crimen de lesa humanidad de traslado forzado no se limita al uso de la fuerza física, sino que adopta un significado más amplio” (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

A tenor de lo anterior, en el caso del genocidio, causar lesión grave a la integridad física o mental (*serious bodily and mental harm*), se estableció, con base en los elementos de los crímenes, que pueden incluir tortura, violación, violencia sexual o inhumana o trato degradante. Por último, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, confirmó que “el genocidio se debe realizar como parte de una pauta manifiesta de conducta: lo que se ha denominado el elemento contextual del genocidio, destacando que esta frase se desprende literalmente de los Elementos de los Crímenes” (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Un caso interesante en el ámbito de este estudio se deriva de la decisión para absolver del caso Milosevic. Pues al analizar las características de los conflictos armados no internacionales se refiere a lo establecido en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. La única referencia procesal del Tribunal Penal



Internacional para la antigua Yugoslavia se encuentra en otra resolución interlocutoria en el mismo caso. Al establecer el alcance de la reserva en materia de seguridad nacional la sala se remitió al Estatuto de la Corte Penal Internacional, para señalar que existe un principio de confidencialidad, pero que a la vez se establece un mecanismo para resolver cualquier conflicto entre la Corte Penal Internacional y el Estado que no desea cooperar por razones de seguridad nacional.

Aunque el procedimiento no fue novedoso, pues ya se había incorporado un procedimiento similar en la Regla 54 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Se destaca que se hizo referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional para llenar lagunas en el manejo de información en poder de la fiscalía que pudiera afectar a la seguridad nacional.

### **2.2.2 Tribunal Penal Internacional para Ruanda**

Ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda las referencias al Derecho penal sustantivo son realmente escasas, aunque se encuentran más menciones al Estatuto de la Corte Penal Internacional y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional con relación a cuestiones procesales.

Una de las menciones al derecho penal sustantivo se encuentra en el caso Baglishema, en el que se tuvo que determinar si los crímenes de lesa humanidad debían cometerse con un elemento de discriminación constitutivo del elemento





Lo que resulta más interesante es que cita diversas resoluciones del Tribunal Penal Internacional Yugoslavia como evidencia de que la preparación de testigos es una práctica común. Al parecer se les da más peso a las decisiones de otro tribunal *ad hoc* que a las de la Corte Penal Internacional.

Es importante hacer notar que esta decisión se tomó dado que el marco jurídico del Tribunal Penal Internacional para Ruanda no regulaba la preparación de testigos, por lo que se tuvo que recurrir a otras fuentes. Esta misma tendencia se confirma en el caso *Ndindiliyimana et al.*, en el que se cita el caso *Lubanga* en apoyo a la regla de derecho que señala que “la Fiscalía tiene la obligación de informar a la defensa la existencia de cualquier prueba de descargo o mitigante” (Corte Penal Internacional, Pág. 22). Esto hace suponer que las diferencias en el marco normativo pueden ser determinantes para usar o no el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la jurisprudencia derivada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Estas esporádicas referencias al Estatuto de la Corte Penal Internacional y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional contrastan con lo señalado en el caso *Zigiranyirazo*, el cual reclamaba daños y perjuicios después de haber salido absuelto en apelación. La sala de primera instancia retomó el artículo 85 (3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional que regula esta situación indicando que “se trata del reflejo de la costumbre internacional” (Tribunal Penal Internacional para Ruanda).





### 2.2.3 Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona

En la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) también se encuentran diversas referencias al Estatuto de la Corte Penal Internacional; así como diversos instrumentos internacionales aplicables ante la Corte Penal Internacional. Hay una notable diferencia con los tribunales *ad hoc*, ya que la Regla 72bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la (CESL) establece el derecho aplicable, de forma similar al artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En un segundo inciso se precisa que se podrán aplicar de forma supletoria principios y reglas de derecho consuetudinario internacional.

Esta disposición abre la posibilidad de que se recurra a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y al Estatuto de la Corte Penal Internacional como prueba de la existencia de normas de costumbre internacional tal y como se ha señalado en el caso RUF.

En la argumentación inicial no se menciona el papel que juegan los elementos de los crímenes. Esto se resolvió hasta la apelación, donde se aclaró que “se trata de un documento que tiene como finalidad ayudar a interpretar a la Corte Penal Internacional el alcance de los elementos típicos de los crímenes de su competencia” (Tribunal Especial para Sierra Leona). Así, puede auxiliarse de este documento, pero no porque sea el reflejo de la costumbre internacional.



En el caso particular, la sala de apelaciones consideró que las disposiciones de los elementos de los crímenes eran el reflejo de costumbre internacional de la toma de rehenes como crimen de guerra, dado que se había retomado la convención internacional sobre la Toma de Rehenes, lo cual le daba un sustento adicional.

Al aplicar los principios antes expresados la sala de primera Instancia usa indistintamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los elementos de los crímenes y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, ya sea para identificar una norma de costumbre internacional o para precisar los elementos típicos y su interpretación. Esto ocurrió con respecto a los crímenes de violación (como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad), esclavitud sexual, ultrajes a la dignidad humana, mutilaciones como crimen de guerra, pillaje, ataque contra personal de misiones de paz y toma de rehenes como crimen de guerra.

De esta sentencia hay dos cosas que se deben destacar. Por un lado, se cita la resolución de confirmación de cargos en el caso Lubanga para definir el crimen de alistamiento de menores de 15 años. De igual forma, para establecer una diferencia entre utilizar, alistar y reclutar a menores de 15 años en las hostilidades, se fundamenta en los trabajos de las Comisiones Preparatorias de la Corte Penal Internacional.

Por otro lado, a pesar de que hay un uso importante las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional para evidenciar el carácter consuetudinario de los crímenes imputados, se hace una tajante distinción con la responsabilidad del



superior jerárquico; pues se señala que la posibilidad que tiene el superior de sancionar a los subordinados que hayan cometido crímenes internacionales, aunque se encuentra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, no forma parte de la costumbre internacional.

Argumentativamente hay un problema con esta afirmación, pues como se vio líneas arriba, se había considerado que el Estatuto de la Corte Penal Internacional era uno de los elementos que servirían para identificar normas de costumbre internacional; no obstante, en este rubro se señala que como este tratado fue el resultado de la negociación y tratos entre los Estados asistentes a las conferencias de Roma no puede tomarse como el fiel reflejo de la costumbre. En la misma sentencia se identifica una clara contradicción que la sala no resuelve.

Estas mismas posturas se repiten en el caso emblemático de la Corte Especial para Sierra Leona, el caso Taylor, contra el expresidente de Liberia. La sala de primera instancia también emplea al Estatuto de la Corte Penal Internacional y a los elementos de los crímenes para darle contenido al crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de menores de 15 años en un conflicto armado. Aunque se debe resaltar que se emplea en conjunto con la jurisprudencia de la propia Corte Especial para Sierra Leona. Incluso se menciona el caso Lubanga para fundamentar el hecho de que usar a las personas menores de edad como guardaespaldas constituye una forma de llevar a cabo esta conducta.



Lo mismo ocurrió en el caso de la esclavitud como crimen de lesa humanidad; sin embargo, la Corte Especial para Sierra Leona desechó la argumentación de la fiscalía en el sentido de que la esclavitud podía cometerse con dolo eventual, como se establece en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otras fuentes. Señaló que la jurisprudencia de la sala de apelaciones y del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia no permitía dicha opción. Claramente se le otorga, en todo caso, mayor importancia a los criterios propios y de los tribunales *ad hoc*.

Aunque en primera instancia no se señala con claridad por qué se aparta del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero adopta parcialmente un criterio de los tribunales *ad hoc*, en la apelación de este mismo caso se pueden encontrar indicios de la respuesta. La sala señaló que, si bien el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que el ataque, como elemento contextual del crimen de lesa humanidad, requiere que haya un plano político que lo sustente, esto no es aplicable a la situación de Sierra Leona.

Considera que, al tiempo del conflicto armado en este Estado, dicho requerimiento no se encontraba en vigor. Incluso, al analizar los elementos subjetivos de la complicidad (*aiding and abetting*) la sala de apelaciones se aparta del Estatuto de la Corte Penal Internacional al considerar que el artículo 25 (3) no es el reflejo de la costumbre internacional y, en todo caso, fue el resultado de la negociación diplomática.



En el campo procesal, la escasa práctica de la Corte Especial para Sierra Leona parece no ser distinta. En la sentencia de primera instancia en el caso Taylor se tomó en cuenta la identidad de la persona que declaraba y, en su caso, su anonimato para efectos de valorar la veracidad de la declaración; no obstante, es importante notar que no fueron las únicas referencias que se emplearon, pues también se citan criterios del propio tribunal y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sin embargo, no hay más menciones a la Corte Penal Internacional o a su marco jurídico.

## **2.3 Ordenamiento normativo penal internacional**

### **2.3.1 La jurisprudencia de los TPI *ad hoc***

A diferencia de los tribunales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional ha establecido una regla clara para la aplicación de la jurisprudencia de los tribunales que le precedieron. En esencia esta regla señala que la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales puede emplearse siempre y cuando sea compatible con el derecho aplicable según el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se ha reiterado que la aplicación de estos criterios no es automática, dado que las normas que le dieron origen o que interpretan pueden ser diferentes a las que se encuentran en el marco jurídico de la Corte Penal Internacional.

En concreto, la Corte Penal Internacional ha establecido siguiendo el texto del artículo 21 del Estatuto Corte Penal Internacional que “en primer lugar aplicará el



propio Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes. En segundo lugar, cuando proceda, los principios y normas de Derecho internacional”.

Estos principios y normas se pueden desprender de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*; siempre y cuando sean compatibles con el marco normativo primario de la Corte Penal Internacional. En otras palabras, que no contravenga el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes y, preferentemente, que se parta del mismo esquema normativo o de la misma norma jurídica, de tal forma que la interpretación sea compatible.

Cabe notar que la sala de apelaciones ha confirmado esta regla al señalar que los procesos ante los tribunales *ad hoc* y ante la Corte Penal Internacional son diferentes y por lo tanto no es directamente aplicable la jurisprudencia de aquellos, aunque no lo ha explicado con el detalle del resto de las salas. En la doctrina se ha señalado que factores seguramente se tomarán en cuenta son lo convincente de la argumentación y la reiteración del criterio en cuestión.

En términos generales, todas las cuestiones procesales previstas en los tribunales *ad hoc* son incompatibles con el proceso ante la Corte Penal Internacional. La razón de ello es que el sistema procesal es diametralmente distinto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; así como en la imposición de penas, dado que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no permite el concurso, como si los tribunales *ad*



*hoc*. Parece haber más aceptación en temas sustantivos como los elementos subjetivos en la responsabilidad del superior jerárquico. En particular, serían aplicables las interpretaciones de los elementos objetivos de los crímenes pues las definiciones típicas son parecidas y, en algunos casos, idénticas.

En temas sustantivos es emblemático el caso del genocidio. La definición de este crimen internacional es idéntica en la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Internacional de Justicia, consideró que:

Debería adoptarse adicionalmente el elemento contextual previsto en los Elementos de los Crímenes para excluir actos aislados. Esta es la primera vez en más de 60 años en que se cambia la definición típica del genocidio y se realiza con base en un documento interpretativo como los Elementos de los Crímenes. (Pág. 183)

No obstante, ilustra cómo la Corte Penal Internacional no solo da prioridad al Estatuto de la Corte Penal Internacional sino a todo el marco normativo primario. Esta regla tiene dos consecuencias. En primer lugar, se formula claramente el método para emplear la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, confirmando que se le da prioridad al marco jurídico del órgano judicial en cuestión y, en particular, al estatuto de creación. En segundo lugar, esta regla permite hacer un análisis cualitativo de la interpretación o norma jurídica que implique determinar si efectivamente se acata.



En otras palabras, ante esta formulación, será importante señalar si la Corte Penal Internacional hace un estudio cuidadoso de la pertinencia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y si esto abona a la creación de un solo sistema de derecho penal internacional cuyo elemento de cohesión es la jurisprudencia. Con este parámetro metodológico se medirá la influencia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ante la Corte Penal Internacional.

Esta regla además tiene la ventaja de que resuelve uno de los problemas de investigación planteados al inicio de este trabajo de manera directa, pues queda claramente establecido que la Corte Penal Internacional puede usar la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* con las reglas de compatibilidad con el Estatuto de la Corte Penal Internacional que ya se señalaron, lo que evidencia la necesidad de realizar un seguimiento de los casos particulares en los que se ha aplicado dicha regla.

### **2.3.2 La doctrina del reciclaje**

Existe un fenómeno que se ha dado en algunos casos concretos en los que el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece una regla de derecho, que puede o no, ser parte de la costumbre internacional, que es retomada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Posteriormente, este criterio expresado por los tribunales *ad hoc* es retomado por la Corte Penal Internacional.



De esta forma, la regla de derecho tiene una utilización cíclica que empieza en la Corte Penal Internacional y termina en la propia Corte Penal Internacional. Lo interesante de este fenómeno es que la Corte Penal Internacional puede hacer una mención o interpretación directa del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero recurre a los tribunales *ad hoc*.

### **2.3.2.1 Los crímenes de lesa humanidad**

Probablemente este caso sea de los más evidentes pues a diferencia de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el ámbito del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia no se prevén como elementos contextuales el ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Sin embargo, este tribunal ha hecho referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros documentos, para justificar su utilización.

En la sentencia de primera instancia en el caso Tadic se señala que el ataque puede ser generalizado o sistemático; es decir, que no es necesario que se actualicen ambas características. Entre las fuentes que utiliza para justificar esta interpretación se encuentran los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde si bien no se cita directamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el texto final se refleja esta manera de entender los elementos contextuales.



Derivado de lo anterior, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha desarrollado los contenidos de los términos generalizado y sistemático. Así, se ha señalado que “por generalizado se entiende un ataque que se realiza a gran escala, con un número importante de víctimas” (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Por su parte, el término sistemático se puede interpretar como los actos de violencia organizados, de tal forma que se excluyan actos llevados a cabo al azar. Estos criterios de interpretación, a su vez, han sido la base de lo que la Corte Penal Internacional ha interpretado como generalizado y sistemático. Incluso, en la apertura de la investigación en la Situación Kenia, la Sala de Cuestiones Preliminares cita textualmente la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, para identificar el contenido de los términos señalados, a la par de los criterios de la propia Corte Penal Internacional.

De esta forma se puede evidenciar cómo un concepto surge en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se adopta jurisprudencialmente por los tribunales *ad hoc* y luego estos tribunales lo desarrollan; y dichas interpretaciones jurisprudenciales son adoptadas posteriormente por la Corte Penal Internacional.



### **2.3.2.2 No aplicación del elemento discriminatorio en los crímenes de lesa humanidad**

Durante mucho tiempo se pensó que los crímenes de lesa humanidad se deben cometer con un objetivo discriminatorio en contra de un grupo en particular. Este elemento discriminatorio se vio reflejado en algunas tipificaciones como la prevista en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cuyo artículo 3 señala:

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes (de lesa humanidad) cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso....

En el caso Tadic se tuvo que resolver si dicho elemento discriminatorio era aplicable al propio tribunal. Así, apoyándose en los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el artículo 7 del propio Estatuto, llegó a la conclusión de que había desaparecido este elemento característico del ataque durante el gradual desarrollo en la costumbre internacional.

Continuando con la evolución jurisprudencial, la sala de apelaciones en el caso Aleksovski señaló que si bien el ataque no necesariamente debe ser discriminatorio; puede ser que haya conductas particulares que constituyen crímenes de lesa humanidad que requieran un elemento discriminatorio como es el caso de la persecución. Incluso, señala que “en estos casos ya no se trata de una



característica del ataque sino un elemento subjetivo específico” (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Ante la Corte Penal Internacional ya no se discute la aplicabilidad del elemento discriminatorio como parte del ataque en los crímenes de lesa humanidad. En las resoluciones de confirmación de cargos y en las sentencias se obvia completamente esta argumentación. Sin embargo, se analiza la comisión discriminatoria en los casos de persecución.

Esta distinción es clara en el caso Ntaganda, pues al analizar los elementos subjetivos en la comisión de los crímenes de lesa humanidad que se le imputan se llega a la conclusión de que el acusado actuó con el dolo directo requerido. Además, actuó con discriminación en contra del grupo étnico Lendu, por lo que también se confirmaron cargos por persecución.

Así, se puede percibir como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia se basa en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para declarar que se ha confirmado la gradual desaparición del elemento discriminatorio en los ataques consistentes en crímenes de lesa humanidad. Posteriormente, se hace la aclaración de que se trata de un dolo específico aplicable únicamente a las conductas que lo exigen, principalmente la persecución. De esta forma, el criterio regresa a la Corte Penal Internacional, la cual no solamente retoma la distinción, sino que lo hace citando a los tribunales *ad hoc*.



### **2.3.2.3 Menores de edad en conflictos armados**

El tema en esta discusión jurisprudencial se centra en determinar el alcance de las tres conductas que constituyen crímenes de guerra en contra de menores de 15 años en los conflictos armados. A diferencia de los casos anteriores, esta forma de reciclaje se da con la Corte Especial para Sierra Leona y no con los tribunales *ad hoc*.

En el caso AFRC, la Sala de Primera Instancia II hace una distinción entre la conscripción de niños soldados, la cual considera que no se limita a incorporación a las fuerzas armadas gubernamentales, sino que puede ser a cualquier grupo armado organizado; pero en todo caso es por la fuerza. Alistar, por su parte implica incorporar de forma voluntaria a las personas menores de edad a las fuerzas armadas o grupos armados organizados. El último supuesto, consistente en utilizar para participar activamente en las hostilidades es un concepto amplio que implica tomar parte directamente en los combates, pero también cualquier actividad indirecta que los ponga en riesgo.

Para llegar a esta conclusión la Corte Especial para Sierra Leona utiliza la explicación de los trabajos preparatorios que dio origen al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esto último es relevante, pues fue un elemento al que la Corte Penal Internacional le dio importancia para retomar estos criterios.



Es importante destacar que, en una resolución anterior, la Sala de Apelaciones de la Corte Especial para Sierra Leona ya había resuelto que este crimen de guerra formaba parte de la costumbre internacional por lo menos desde 1994 cuando se redactó la primera versión del Estatuto de la Corte Penal Internacional; situación que no cambió pues el texto se incorporó en el artículo 8 como una norma consuetudinaria codificada.

Los razonamientos del caso AFRC fueron retomados por la Corte Penal Internacional en la primera sentencia que dictó, el argumento de inicio fue que “los criterios de la Corte Especial para Sierra Leona son aplicables a la Corte Penal Internacional dado que la tipificación de este crimen de guerra es idéntica en ambos estatutos” (Corte Penal Internacional).

Con esta base, la Sala de Primera Instancia retomó varios criterios de la Corte Especial para Sierra Leona. En primer término, señaló que cada conducta (reclutamiento, alistamiento y uso) son crímenes distintos. En segundo término, hizo la distinción entre reclutamiento voluntario e involuntario. Por último, para terminar el ciclo, adoptó la distinción entre el alcance directo e indirecto de la utilización de las personas menores de 15 años en las hostilidades incluyendo no solamente la participación en combate sino en actividades de logística militar.

Esta secuencia es interesante porque implica la interacción entre un tribunal híbrido y la Corte Penal Internacional, ya no entre los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional. Además, se reitera lo que en otras ocasiones había ya señalado la



Corte Penal Internacional, en el sentido de que la interpretación de otros tribunales será importante siempre y cuando la redacción de los estatutos sea lo suficientemente parecida para permitirlo. En este caso, no fue relevante que se tratara de un tribunal híbrido, dado que el texto de los estatutos, por lo menos en lo que se refiere a la utilización de menores de edad en los conflictos es idéntica. Aunque la Corte Penal Internacional no lo hizo notar, el razonamiento de la Corte Especial para Sierra Leona parece inobjetable y se basó en los propios antecedentes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Desde la perspectiva de la Corte Especial para Sierra Leona resulta relevante que se cite al Estatuto de la Corte Penal Internacional como un ejemplo de codificación de la costumbre internacional. Asimismo, aunque no se menciona directamente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, sí se mencionan los antecedentes del mismo. Estos puntos comprueban la teoría del reciclaje en este tema. Se parte del carácter consuetudinario del Estatuto de la Corte Penal Internacional y de sus antecedentes para precisar el alcance de la utilización de menores en las hostilidades. Luego estas interpretaciones son retomadas por la Corte Penal Internacional para interpretar este crimen de guerra. Sólo se puede agregar que no se aportó nada nuevo por la Corte Especial para Sierra Leona como en los ejemplos anteriores, pero si se cumple con el ciclo.



## **CAPÍTULO III**

### **3. Las fuentes del derecho penal internacional**

#### **3.1 Comparación entre sistemas**

Dada la relevancia e importancia tanto del principio de legalidad como de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, se puede definir como una tesis con bastantes posibilidades, la de que en el derecho penal internacional existe un sistema de fuentes distinto e independiente del derecho internacional general o por lo menos que del sistema de fuentes previsto en el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, tiende a establecerse dicha independencia, de forma análoga y paralela al artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; que tradicionalmente se menciona como el catálogo de fuentes del Derecho Internacional.

Se pretende comprobar esta hipótesis con base en cuatro argumentos que tienen diversos fundamentos metodológicos como son: a) la comparación; b) la evolución histórica; c) la argumentación jurídica de los tribunales penales internacionales y; d) la doctrina especializada. De esa manera, puede decirse que, existe un conjunto de principios que rigen al derecho penal Internacional.

Igualmente se puede tratar demostrar que el derecho penal internacional requiere de un sistema propio de fuentes, por las exigencias del principio de legalidad penal (que en realidad es un derecho) y su importancia al declarar la responsabilidad



penal internacional de una persona. Estas figuras exigen una precisión en las fuentes que no es compatible con la laxitud del derecho internacional.

Lo afirmado supra lleva a otra precisión metodológica. Las fuentes a las que se hace referencia son fuentes formales, Mascareñas, Portusach (1989) acota: "representan los modos o maneras en que el Derecho tiene que ser concebido públicamente para que pueda tener validez general en la sociedad" (pág. 172). Son precisamente, las fuentes formales del derecho penal internacional a las que se les exige precisión, para poder cumplir con el principio de legalidad penal y legitimar la imposición de la responsabilidad penal internacional.

Para tratar de corroborar las tesis expuestas, en primer lugar, se debe exponer el contenido del artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, para buscar explicar el *corpus* de las tesis de las fuentes formales del derecho penal internacional, y luego hacer una comparación con el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Asimismo, es importante analizar el desarrollo histórico de las fuentes del derecho penal internacional desde la Carta de Núremberg hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, esto serviría para analizar los argumentos a favor de la diferenciación e independencia del sistema de fuentes del derecho penal internacional.

También es importante analizar los posibles contraargumentos a la tesis de la distinción e independencia del sistema de fuentes del derecho penal internacional;



y una vez revisados los argumentos y contraargumentos, establecer la importancia de consolidar el sistema independiente de fuentes del derecho penal internacional, en aras del fortalecer el principio de legalidad penal y la responsabilidad penal internacional.

### **3.2 El estatuto de la Corte Penal Internacional**

Dado que el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece el catálogo de fuentes del derecho penal internacional independiente del contenido en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se hará una breve descripción de dicho precepto.

El texto señala:

1. La Corte aplicará:
  - a. En primer lugar, el presente Estatuto, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba;
  - b. En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
  - c. En su defecto, los principios generales del derecho que derive la corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.



2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiera hecho una interpretación en decisiones anteriores.
3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

El artículo 21 en su primer párrafo menciona tres fuentes de derecho penal internacional, el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba. El primero de estos no tiene mayor complicación dado que se trata de un tratado internacional, salvo por el lugar que ocupa en el desarrollo del derecho penal internacional, como se verá a lo largo de este estudio.

Las novedades importantes son los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba, pues no hay antecedente alguno de este tipo de instrumentos internacionales. El artículo 9 (1) del Estatuto de la Corte Penal Internacional explica que los elementos de los crímenes son una herramienta para interpretar y aplicar los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional; esta institución estima “la idea de crear este documento fue darle fuerza al principio de legalidad penal al describir y detallar puntualmente cada uno de los elementos típicos de los crímenes internacionales” (Corte Penal Internacional).



Aunque este documento se ha criticado por estar basado, en cuanto a su estructura, en el Código Penal Modelo de los Estados Unidos, lo cierto es que ha entrado en vigor al haber sido ratificado por dos terceras partes de la Asamblea de Estados Parte. Así pues, independientemente de la influencia anglosajona que tiene, es un instrumento internacional que goza de legitimidad y por lo tanto es de referencia ineludible como instrumento de política criminal. En efecto, la autora Fan, Mary (2012) comparte:

Las críticas que merecieron los tribunales ad hoc ya no son válidas ante la Corte Penal Internacional respecto de la precisión de los tipos penales, tomando en conjunto el Estatuto de la Corte Penal Internacional con los Elementos de los Crímenes. (pág. 1068)

Por otro lado, están las reglas de procedimiento y prueba que, a diferencia de los elementos de los crímenes, tienen antecedentes en los tribunales penales internacionales previamente establecidos, pues todos cuentan con instrumentos similares. La diferencia es que en los tribunales ad hoc únicamente los jueces elaboraron estos documentos, mientras que en el sistema de la Corte Penal Internacional son los Estados Parte quienes los aprueban, lo cual le da un mayor grado de legitimidad. Aunque los aspectos procesales que en este documento se regulan salen del alcance del presente estudio es importante notar que en la materia es un referente importante dado que establece las bases para los procesos penales internacionales.

En un segundo escalafón general están los tratados, principios y normas de derecho internacional. En cuanto a los tratados no hay mayor problema, pero las otras



fuentes no están expresamente mencionadas como en el caso del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por lo que pudiera pensarse que se trata de una novedad. Por tanto, el escritor Becerra, Manuel (2007) explica:

Estos tratados pueden ser muy numerosos y abarcar diversos temas, todos relevantes para el Derecho Penal Internacional. Pudieran incorporarse algunos tratados en materia de Derecho Penal Internacional directamente como la Convención contra la Tortura de la ONU y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional para la protección, etc. (pág. 107)

El tema no es tan sencillo cuando se habla de principios y normas de derecho internacional. Hay autores que señalan que esta frase se refiere a la costumbre internacional, otro sector de la doctrina señala que se quiso eliminar deliberadamente a la costumbre de las fuentes del derecho penal internacional por considerar su contenido demasiado ambiguo y, por lo tanto, violatorio del principio de legalidad penal. De igual forma, en los antecedentes del Estatuto de la Corte Penal Internacional no se hace referencia a la costumbre internacional como fuente de derecho penal internacional. En efecto, surge una interrogante ¿a qué principios y normas de derecho internacional se refiere este precepto?

La Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1994, artículo 33, aporta algunos indicios:

La expresión principios y normas de Derecho Internacional general incluye principios generales de derecho, para que el tribunal pueda legítimamente hacer uso del contenido del Derecho penal, ya sea que se encuentre en el ámbito nacional o en la práctica internacional, cuando requiera de guía en temas no regulados claramente por los tratados.



El comentario es relevante al artículo 21 dado que no hay discusión posterior al respecto que haga suponer que hubo un cambio de postura; además de que la frase que se conservó en la redacción definitiva del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En seguida, se encuentran los principios generales de derecho, los cuales ya se encontraban en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero aquí se encuentra una redacción más acabada, pues los mismos se extraen de los sistemas jurídicos del mundo, lo cual evidencia un ejercicio de inducción necesario para extraer la norma jurídica. Asimismo, se da preferencia al derecho aplicable internamente en el Estado donde ocurrieron los hechos (suponiendo que el principio de territorialidad es el que operaría preferentemente). No deben confundirse los principios de derecho internacional, mencionados líneas arriba, con los principios generales de derecho de los sistemas jurídicos del mundo. Mientras que los primeros se desprenden del derecho internacional; éstos surgen del derecho nacional.

El autor Alan, Pellet establece la mecánica para identificar a los principios de los sistemas jurídicos del mundo es la siguiente: a) un ejercicio de derecho comparado entre sistemas nacionales y; b) la ubicación de principios generales y su transposición al ámbito internacional, “la referencia a los sistemas jurídicos nacionales implica una mera evaluación superficial para asegurarse de que el principio en cuestión exista” (Alan, Pellet, 2002, pág. 1073).



El artículo 21, del del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el segundo párrafo parece ser un intento para establecer un sistema de precedentes, que, sin embargo, no cumple con los requisitos mínimos para ello. La clave es el uso de la palabra podrá, lo cual indica que el uso de precedentes es optativo discrecional, no obligatorio como en el caso de un sistema de precedentes propiamente dicho. Incluso, por mayoría de razón, si se excluyen los precedentes propios, también quedan excluidos los establecidos otros tribunales, ya sean internacionales, internacionalizados o nacionales.

De esta forma, el amplio y valioso desarrollo del derecho penal internacional, que se encuentra en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, puede llegar a no ser utilizado, salvo que en esa jurisprudencia se identifique un principio o norma de derecho internacional en los términos expuestos líneas arriba. Este párrafo es la base de uno de los argumentos sobre la independencia de las fuentes del derecho penal internacional, por lo que se expondrá con mayor amplitud más adelante.

El último párrafo del artículo 21 establece una regla de interpretación, que no es propiamente una fuente de derecho, pero que está referida a todas las fuentes ya mencionadas. De conformidad con este precepto, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables por la corte debe ser de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y por el principio de no discriminación. La primera dificultad que esto representa es identificar los derechos humanos internacionalmente reconocidos.



En primer término, podrían descartarse los tratados regionales por su aplicación limitada territorialmente, lo cual conduciría a la aplicación de aquellos tratados que tuvieran naturaleza universal. Aunque, por otro lado, no podrá descartarse un derecho humano que se encuentre contemplado en todos los tratados regionales, pues esto sería evidencia de cierta universalidad.

Esta norma de interpretación es la expresión que el Estatuto de la Corte Penal Internacional hace del principio *propersona*. Este incluye dos elementos, la compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y la no discriminación en la interpretación que se realice del mismo.

En este momento es importante destacar que el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene diferencias importantes con el 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Perrin, Benjamín (2007) manifiesta que las diferencias son las siguientes.

1. El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece una jerarquía entre las distintas fuentes que no se establece en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia;
2. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se excluye expresamente la costumbre internacional como fuente;
3. El artículo 21 (3) establece una norma de interpretación: mientras que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no prevé disposiciones de este tipo;



4. El artículo 21 (1) (c) establece como mayor precisión y detalle el concepto de principios generales de derecho y;
5. En el artículo 21 (2) se señala el empleo de precedentes. (Pág. 79-80)

### **3.3 La evolución de las fuentes en los tribunales internacionales**

Para comprender la evolución de las fuentes del derecho penal internacional en los tribunales internacionales, es necesario analizar qué fuentes se han consignado como aplicables en los tribunales de Núremberg y Tokio; así como en los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad. La intención es mostrar que existe una preocupación por precisar las normas de derecho penal internacional en las fuentes formales para darle cumplimiento al principio de legalidad penal, lo cual se traduce en una gradual claridad en la identificación de las fuentes aplicables culminando con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Los tribunales híbridos requieren atención especial por dos motivos. Por un lado, su carácter híbrido implica que parte de su sistema de fuentes sea parcialmente nacional. Esto distorsiona el catálogo de fuentes que pudieran enumerarse. Por otro lado, en la creación de estos tribunales queda claro que hay una preocupación por respetar el principio de legalidad penal, pues solamente se señalan fuentes que más allá de cualquier duda estaban vigentes en el territorio en cuestión al momento de los hechos.



En sus inicios en la Carta del Tribunal de Núremberg no se consigna un listado o catálogo de fuentes aplicables. Esta omisión se repitió en el Tribunal de Tokio. No obstante, al determinar cuál era el derecho en el que se fundamenta la inclusión de la agresión como crimen internacional, el tribunal de Núremberg hizo referencias a algunas fuentes del derecho internacional.

En el apartado titulado “El Derecho de la Carta”, el Tribunal de Núremberg intentó demostrar que el crimen contra la paz ya tenía sustento en el derecho internacional, antes de que se creara dicho tribunal, quedando expreso lo siguiente:

Ha sido establecido por parte de la defensa que un principio fundamental de derecho - internacional o doméstico es que no puede haber castigo por un delito sin una ley preexistente: Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege. Se ha señalado que el castigo ex post facto es aberrante para el derecho de todas las naciones civilizadas, que ninguna potencia soberana había establecido como un crimen la guerra de agresión al momento de que los actos fueron cometidos, que ninguna ley había definido la guerra de agresión, que ninguna pena se había establecido por su comisión y que ningún tribunal había sido creado para procesar y sancionar a quienes la cometieran. En primer lugar, debe observarse que la máxima nullum crimen sine lege no es una limitación a la soberanía, sino un principio general de justicia. Aseverar que es injusto castigar a quienes, contraviniendo tratados y garantías han atacado Estados vecinos sin previo aviso, es obviamente incierto, dado que en esas circunstancias el atacante debe saber que está actuando mal, y en cuanto a que sea injusto sancionar, debe considerarse injusto que su acto no sea sancionado. Al ocupar los cargos que tenían en el Gobierno de Alemania, los acusados, o por lo menos algunos de ellos, debieron haber conocido los tratados que había firmado Alemania, en los cuales se había hecho ilegal el recurso de la guerra para solucionar disputas internacionales; debieron haber sabido que estaban actuando en contra de todo Derecho Internacional cuando, con toda



deliberación, llevaron a cabo sus planes de invasión y agresión. Desde este punto de vista la máxima señalada no tiene ninguna aplicación ante los presentes hechos. (Pág. 32)

Esto es importante por dos razones. En primer lugar, a pesar de que se consideró que la violación al principio de *nullum crimen sine lege* no era un argumento relevante de la defensa, se señala que de hecho la guerra de agresión ya estaba prevista en diversos tratados internacionales; lo cual termina siendo una justificación sobre la importancia del principio de legalidad Penal y una respuesta a la objeción de la defensa. Además, el tribunal consideró necesario para legitimarse buscar un fundamento jurídico previo a su constitución para no violar la irretroactividad de la ley penal.

En segundo lugar, el listado de fuentes citadas para fundamentar la preexistencia del crimen contra la paz puede ser considerado como un aval del uso de estas fuentes para el incipiente derecho penal internacional, aunque no formen parte del derecho aplicable por el tribunal. Dentro de estas fuentes se encuentran tratados internacionales como el Pacto de Paris de 1928 por el que hay una renuncia a la agresión como política estatal; la Convención de La Haya de 1907 que prohibía ciertos métodos de guerra y el Pacto de la Liga de las Naciones.

Se hacen referencias a diversos instrumentos internacionales que pudieran representar normas de derecho consuetudinario internacional, por lo menos en formación. Entre éstos se encuentran el Preámbulo del Protocolo para la Solución Pacífica de Disputas Internacionales de la Liga de las Naciones de 1924.



Este tratado internacional no se ratificó, pero en la Asamblea General se aprobó por unanimidad. También se citó la resolución adoptada por unanimidad de la Sexta Conferencia Pan-Americana de La Habana del 18 de febrero de 1928 en la cual se consideró que la guerra de agresión era un crimen internacional. Estos dos últimos instrumentos pueden considerarse como evidencia de una norma de costumbre internacional que, según el Tribunal de Núremberg, se había consolidado al momento en el que Alemania inició con su política de agresión. En ninguna parte de la resolución se menciona que se trata de normas consuetudinarias, pero queda claro, por el contenido que se le da, que se refiere a esta fuente.

No existe otro antecedente importante hasta la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). El artículo 1 de este instrumento señala: "El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidas a partir de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia según las disposiciones del presente Estatuto" (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

La redacción hace suponer que al igual que en Núremberg y Tokio la única fuente de derecho aplicable es el propio Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sin embargo, la mención al derecho internacional humanitario obliga a identificar su contenido.



Una primera explicación la comparte el Consejo de Seguridad en el año 1993, por medio del secretario general en su informe sobre la constitución del tribunal:

Desde el punto de vista del secretario general, la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* requiere que el tribunal internacional aplique las normas de Derecho Internacional Humanitario que más allá de cualquier duda formen parte del derecho consuetudinario para que el problema de la adhesión de unos Estados y no otros, no surja. Esto es especialmente importante en el contexto de un tribunal internacional que procesa a personas responsables por violaciones graves al derecho internacional humanitario. (Pág. 17)

Tras decir esto, el secretario general por medio del Consejo de Seguridad en el año 1993 señaló que instrumentos serían considerados parte del derecho internacional humanitario:

... los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la Protección de Víctimas de Guerra; La Convención de La Haya (IV) Respecto a las Leyes y Costumbres de Guerra en Tierra y las Normas anexadas a este del 18 de octubre de 1907; La Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1948... (Pág. 6)

Como consecuencia de lo anterior, las primeras acciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia se encaminaron a determinar qué normas de DIH podían aplicarse. En efecto, “una parte sustancial del trabajo de este tribunal consiste en determinar qué normas forman parte de la costumbre internacional” (Arajarvi, Noora, 2007, pág. 12).

En el Tribunal Penal Internacional para Ruanda no se dio una controversia similar, dado que este Estado ya formaba parte de los tratados de derecho internacional



humanitario que se aplicarían. Algo parecido ha ocurrido con la constitución de los tribunales híbridos, pues en la medida en la cual los tribunales son diseñados para situaciones muy concretas se hace un estudio previo del derecho aplicable antes de considerar su inclusión en los estatutos respectivos. El Consejo de Seguridad, en el reporte del secretario general sobre "El establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona con fecha 4 de octubre de 2000" acota:

Es importante notar que en los informes correspondientes hay una preocupación por no aplicar el derecho de forma retroactiva; por lo tanto, en el ejercicio de determinar la competencia por materia es importante que los crímenes tengan fundamento en el derecho consuetudinario internacional, en el derecho interno, o en ambos. (Pág. 17)

Hasta este momento no parece haber una intención por crear un catálogo de fuentes aplicables. Se puede deducir que solamente existen tres reconocidas: el estatuto del tribunal en cuestión, los tratados de derecho internacional humanitario aplicables y la costumbre internacional. El primer esfuerzo por crear un listado se encuentra en el artículo 33 del Proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional que establecía: "La Corte deberá aplicar: (a) Este Estatuto; (b) Tratados aplicables y los principios y normas de Derecho Internacional general; (c) En la medida de lo aplicable, cualquier norma de derecho nacional".

De los comentarios al proyecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional se desprenden dos aspectos importantes: En primer lugar, hay un reconocimiento a los principios generales de derecho penal dentro del inciso (b) de este precepto. Como se verá más adelante, uno de los argumentos para sustentar la independencia de



fuentes es que el derecho penal internacional tiene sus propios principios rectores. Aquí se encuentra un primer reconocimiento de estos: los principios y normas de Derecho Internacional también serán aplicables. La expresión principios y normas de derecho internacional general incluye principios generales de derecho, para que el tribunal tenga legítimamente hacer uso del contenido del derecho penal, ya sea que se encuentre en el ámbito nacional o en la práctica internacional, cuando requiera de guía en temas no regulados claramente por los tratados.

Por otro lado, nuevamente hay un reconocimiento al Principio de Legalidad Penal. En efecto, en los comentarios se menciona que la referencia al derecho nacional en el inciso (c) como función que no se aplique derecho desconocido en contra del acusado; independientemente del reconocimiento de este derecho en el artículo 39 del Proyecto.

Este breve recuento histórico de las fuentes reconocidas en los instrumentos de derecho penal internacional conduce a la Corte Penal Internacional. No obstante, hay dos conclusiones importantes para efectos de la comprobación de la hipótesis planteada. En primer lugar, hay una preocupación desde Núremberg por respetar el Principio de Legalidad Penal. Si bien en los inicios del derecho penal internacional esto se traduce en no aplicar retroactivamente la ley en perjuicio de las personas imputadas; es un tema que está íntimamente ligado a las fuentes pues implica identificar en cuales de ellas se encuentran las normas aplicables por los tribunales.



En segundo lugar, se puede ver como los tribunales aceptan los tratados internacionales y la costumbre como fuentes de derecho penal internacional; sin embargo, con el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional hay un cambio en este sentido. A pesar de que es el primer esfuerzo por incluir un catálogo de fuentes, lo cual es relevante en sí mismo, la costumbre internacional ya no es mencionada, es importante hacer notar esta evolución derivada de los intentos por crear un tribunal penal internacional permanente.

### **3.4 ¿Es la costumbre fuente del derecho penal internacional?**

La idea que se pretende desarrollar aquí es que la costumbre internacional, si bien tuvo un momento importante en la conformación del derecho penal internacional, ha desaparecido de su sistema de fuentes representado por el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Esto es importante por dos motivos. En primer lugar, que exista un catálogo de fuentes diferente, es evidencia de que hay dos sistemas de fuentes paralelos uno para el derecho internacional general (que incluye la costumbre) y otro para el derecho penal internacional (en el cual la costumbre no está presente). En segundo lugar, la desaparición de la costumbre es consecuencia de la exigencia por brindar mayor precisión en las fuentes de derecho penal sustantivo derivado del Principio de Legalidad Penal. Ligado a este argumento se expondrá que la desaparición de la costumbre es el resultado de la madurez alcanzada por el derecho penal



internacional como consecuencia de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

No cabe duda de que la costumbre tuvo un papel importante en la conformación del derecho penal internacional. Por ello, Damgaard, Ciara, (2008) comparte:

En el momento histórico en el cual no había muchas normas que los tribunales pudieran aplicar fue un instrumento fundamental para llenar lagunas y resolver problemas jurídicos que se presentaban, principalmente ante el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia que tuvo que desentrañar la existencia de normas de derecho consuetudinario para precisar diversas cuestiones como los elementos de los tipos penales y su alcance, así como de las formas de autoría que podía aplicar. (pág. 39)

Sin embargo, en la creación de la Corte Penal Internacional eso cambió. Como se puede ver en el apartado anterior el Proyecto de Código del Estatuto de la Corte Penal Internacional no sólo establece por primera vez un catálogo de fuentes, sino que elimina a la costumbre.

Aunque no existe una razón expresada en los antecedentes del artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, un sector de la doctrina parece coincidir en que se estimó que la costumbre internacional es demasiado imprecisa para la concreción de normas de derecho penal internacional. En efecto, la discusión en torno a este precepto parece haberse centrado en la aplicación del derecho nacional, no en la eliminación de la costumbre de dicho listado.



Pellet, Alain (2002) comparte:

Un sector de la doctrina parece tratar de insistir que la costumbre internacional sigue presente en el artículo 21 (1) (b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional dado que genéricamente se hace mención de los principios y normas de Derecho internacional. Así, al ser la costumbre internacional una norma de Derecho Internacional se encuentra implícitamente presente. (pág. 1070)

El problema con esta opinión es que no explica por qué pudiendo mencionar la costumbre, dado que había amplios antecedentes sobre su existencia incluso en el propio derecho penal internacional, se decidió no incluir; optando por una versión más nebulosa como la que terminó en el texto final del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tampoco se toma en consideración la preocupación por la imprecisión característica de la costumbre y su impacto en el Principio de Legalidad Penal, derecho que se incorpora claramente en los artículos 22 a 24 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por el contrario, “un motor de la doctrina señala que el Estatuto de la Corte Penal Internacional codificó diversas normas de costumbre internacional que se encontraban dispersas en distintos instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*” (Werle, Gerhard, 2005, pág. 45).

Los propios tribunales *ad hoc* han referido que el Estatuto de la Corte Penal Internacional es el reflejo de la costumbre internacional en muchas cuestiones de derecho penal sustantivo y procesal, incluso antes de que entrara en vigor este



tratado. Esta codificación ayudó a brindar precisión, pero también a limitar el uso de la costumbre internacional en el derecho penal internacional. En otras palabras, ya no es necesario recurrir a la costumbre internacional como fuente de derecho penal internacional dado que dichas normas ya se encuentran previstas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Si bien hubo modificaciones, éstas se realizaron porque las normas anteriormente formuladas se consideraron indeseables para el nuevo sistema.

Lo anterior, tiene sustento en la jurisprudencia de la propia Corte Penal Internacional. Por un lado, solamente se ha mencionado la costumbre internacional para precisar el contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En el auto de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo se tuvo que determinar el alcance del artículo 7 (1) (k) del Estatuto de la Corte Penal Internacional que establece que otros actos inhumanos constituyen crímenes de lesa humanidad. Ante la ambigüedad del término la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I y en cumplimiento al Principio de Legalidad Penal se determinó que estas conductas deberían limitarse a las ya establecidas en la costumbre internacional en el derecho internacional de los derechos humanos.

Desde la perspectiva de la sala, de conformidad con el artículo 7 (1) (k) del Estatuto y el principio de *nullum crimen sine lege* de conformidad con el artículo 22 del Estatuto, actos inhumanos deben considerarse como graves violaciones al derecho consuetudinario internacional y los derechos humanos básicos de los seres humanos, derivados de las normas del derecho internacional de los derechos



humanos, que son de una naturaleza y gravedad similar a los actos referidos en el artículo 7 (1) del estatuto.

Por otro lado, contrario a lo afirmado por la doctrina mayoritaria la frase principios y normas de derecho internacional en realidad no remite a la costumbre internacional; la Corte Penal Internacional la ha identificado con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. En efecto, en esta misma resolución, a pesar de la mención expresa a la costumbre internacional se retomó la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

En los demás casos en los cuales la Corte Penal Internacional ha mencionado la costumbre internacional no se presenta una postura definida. En efecto, parece que se utilizan varias fuentes indistintamente como la jurisprudencia de los tribunales internacionales y la costumbre; es decir, sin establecer una clara diferencia entre ellas y su carácter primario o auxiliar. Por ejemplo, en la confirmación de cargos de Lubanga la Sala de Cuestiones Previas I. La Corte Penal Internacional, en el caso Lubanga, (2007) considera la siguiente:

... en el caso de la República Democrática del Congo vs. Uganda, la Corte Internacional de Justicia advirtió que, según el derecho consuetudinario internacional, como ha sido previsto en el artículo 42 de las Normas de La Haya de 1907, un territorio es considerado como ocupado cuando es puesto bajo la autoridad del ejército hostil y la ocupación se extiende solamente al territorio donde dicha autoridad ha sido establecida y puede ser ejercida. (Pág. 85)



La redacción es confusa pues se cita a la Corte Internacional de Justicia para apoyar la noción de que el derecho de La Haya es una norma de costumbre internacional; no obstante, esto pareciera innecesario dado que dicha reglamentación pudiera haber sido invocada como parte del derecho internacional de los Conflictos Armados que es de aplicación directa de conformidad con el artículo 21 (1) (b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Entonces, no queda claro si la remisión es con base en dicho precepto, en la costumbre internacional o en reconocimiento a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

Lo mismo se puede decir de lo expresado por la Sala de Cuestiones Previas II en la confirmación de cargos en el caso Ruto *et al.* Al responderle a la defensa que era irrelevante si la coautoría mediata había sido reconocida por otros tribunales penales internacionales o no mientras estuviera prevista en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cuanto a ello la sala argumentó lo que a continuación se muestra.

La jurisprudencia de otros tribunales internacionales e híbridos no es, en principio, aplicable ante esta Corte y puede recurrir a ella solamente como criterios orientadores, a menos que represente un principio o norma de derecho internacional. Pero aun en ese caso, aplicar una norma de costumbre solamente cuando sea apropiado limita su aplicación a casos en los cuales hay una laguna en el Estatuto y en las otras fuentes mencionadas en el artículo 21 (1) (a). (Pág. 16)

La redacción no permite determinar si la costumbre internacional forma parte del universo de principios o normas de derecho internacional que puede invocar la Corte Penal Internacional o si se trata de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. En



todo caso, la Sala de Cuestiones Previas II aplicó directamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional por lo que resultó irrelevante determinar si había otra fuente de derecho penal internacional aplicable al caso concreto.

La confusión es real cuando se alude a otras resoluciones, dado que es común que la Corte Penal Internacional refiera a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales sin necesidad de recurrir a la costumbre, ni siquiera mencionarla. En efecto, “en contraste con los tribunales *ad hoc*, en especial el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, la mera mención de la costumbre internacional ha disminuido considerablemente en las resoluciones de la Corte Penal Internacional” (Schabas, William, 2009, pág. 78).

No cabe duda de que la costumbre, sobre todo en el ámbito del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia tuvo una importancia fundamental para el desarrollo del derecho penal internacional. Sin embargo, no puede cuestionarse que la costumbre no fue incluida en la lista de fuentes que se encuentran en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y que en el mejor de los casos es confusa su aplicación por la Corte Penal Internacional.

Por tanto, si se considera que a diferencia de la costumbre el principio de legalidad penal se incorporó con gran detalle en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pareciera que la costumbre ya no tiene cabida en el derecho penal internacional. El momento de recurrir a normas ambiguas y potencialmente violatorias del principio de legalidad penal parece haber quedado en el pasado.



En virtud de lo anterior, el argumento que se presenta aquí es similar al expresado en el voto disidente de Lord Cockburn en el caso escocés de Greenhuff. Al respecto Dondé Matute, Javier, (2010) expone:

... hubo un momento histórico en el cual el Derecho penal escocés se encontraba en formación, por lo que era necesario que los jueces llenarían lagunas ante la inactividad del Parlamento. Esta práctica conocida como la Facultad Declaratoria (Declaratory Power) era violatoria del Principio de Legalidad Penal... (Pág. 167)

Los jueces podían condenar a personas por delitos no legislados, creados exclusivamente por ellos a través del High Court of Justiciary. Sin embargo, según Lord Cockburn el sistema jurídico-penal escocés logró su maduración y ya no era necesario suplir las omisiones legislativas, menos aun cuando estas violan el Principio de Legalidad Penal.

En efecto, podría argumentarse de forma analógica que la costumbre fue importante en el desarrollo del derecho penal internacional, pero que ya es inaceptable su uso ante su consolidación, lo cual claramente tuvo lugar con la vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

### **3.5 Autonomía del derecho penal internacional**

La idea principal de esta afirmación es que hay una diferencia entre los principios generales del derecho internacional y los principios generales del derecho penal



internacional. Dado que la identificación de principios generales del derecho implica un ejercicio dogmático es esencial recurrir a la doctrina en este tema se debe aclarar que, en efecto, no se trata de los principios generales del derecho de las naciones civilizadas como menciona el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; ni de los principios generales de los sistemas jurídicos del mundo a los que hace referencia en artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Son los principios propios del derecho internacional, no los extraídos de los sistemas nacionales.

Diversos doctrinarios han identificado principios generales propios del derecho internacional. Así, por ejemplo, Brownlie menciona: “el consentimiento, la reciprocidad, la igualdad entre Estados, la validez legal de los acuerdos, la buena fe, el reconocimiento de las jurisdicciones nacionales y la libertad de los mares” (Brownlie, Ian, 2003, pág. 18).

Por otra parte, haciendo alusión a la jurisprudencia internacional, se entiende “la obligación de reparar el daño causado, los cambios de soberanía no modifican los derechos privados, la aceptación de la prueba indirecta, la res judicata, el estoppel y la buena fe” (Shaw, Malcolm, 2003, pág. 95).

Como se puede observar, se trata de principios generales que se aplican en la relación entre Estados, “se trata de principios que se han extraído de la costumbre y de los tratados internacionales. Consecuentemente, es lógico pensar que los



principios atiendan al Derecho Internacional general que tradicionalmente regula las relaciones entre Estados” (Virally, Michel, 1994, pág. 81).

Dicho de otra manera, los principios arriba descritos no pueden ser aplicados en el ámbito del derecho penal internacional que regula la responsabilidad penal de los individuos. Quizá algunos de los principios enumerados por Shaw puedan ser aplicables a los individuos, pero no en el ámbito penal.

Por lo tanto, no resulta sorprendente que los doctrinarios del derecho penal internacional identifiquen principios generales propios de las necesidades de regulación de esta rama. A manera de ejemplo, Cassese menciona los siguientes: “el principio de legalidad que en este estudio se ha sostenido se trata de un derecho), el principio de especificidad, la presunción de inocencia, la igualdad de armas, la responsabilidad de mando, entre otros” (Cassese, Antonio, 2008, pág. 20).

Este autor manifiesta que los principios generales del derecho penal internacional son el resultado de la gradual transposición de principios de los sistemas jurídicos nacionales al derecho penal internacional. Por su parte, los principios de derecho internacional son propios de ese sistema. Aunque pueden tener las mismas fuentes primarias, por ejemplo, la costumbre y los tratados, se trata de dos categorías distintas.

Resulta interesante observar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene una Parte III denominada “Principios Generales de Derecho Penal”, cuyo contenido



coincide con el listado de Cassese, pues se incluye el principio de legalidad penal en todas sus expresiones, la responsabilidad individual que enumera las formas de autoría reconocidas, la competencia exclusiva sobre mayores de dieciocho años de edad, la improcedencia del cargo oficial, la responsabilidad y las órdenes del superior jerárquico y la imprescriptibilidad por mencionar algunos principios que son propios del derecho penal internacional. Además, se regula el elemento subjetivo, las eximentes de responsabilidad, el error de hecho y el error de derecho.

Ambos, Kai, (2000) hace una interesante distinción:

El Estatuto de la Corte Penal Internacional contiene verdaderos principios generales, los cuales identifica con el principio de legalidad penal en todas sus facetas y el *ne bis in idem*. Mientras que los demás principios mencionados en realidad son normas de responsabilidad penal individual; es decir, lo que en los sistemas nacionales se conoce como la parte general del Derecho penal. (pág. 926)

Como se ha manifestado, hay principios incluidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que son propios del derecho penal internacional, a los cuales se podría añadir, siguiendo el trabajo de Kai Ambos: la cosa juzgada fraudulenta. En definitiva, hay una diferencia clara entre los principios del derecho penal internacional y los del derecho internacional general.

En ese sentido, aunque el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece como parte del derecho aplicable los principios y normas de derecho internacional, los principios generales propios del derecho internacional general son inservibles en este contexto punitivo.



Damgaard, Ciara (2008): establece los siguientes instrumentos como parte de las fuentes del derecho penal internacional:

Los Principios de Núremberg, el Proyecto de Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, la Ley del Consejo de Control Número 10, las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y los reportes de la Comisión de Derecho Internacional que sean relevantes. (pág.48)

Pudiera pensarse que estas fuentes le dan contenido a este rubro. En el caso de las resoluciones de los órganos de Naciones Unidas o los reportes de la Comisión de derecho internacional, éstos se podrán incorporar a esta hipótesis normativa, en la medida en que sean relevantes, como los estatutos de los tribunales *ad hoc* o el propio Proyecto de Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996. Ya la Sala de Cuestiones Previa I utilizó esta mecánica, aunque sin hacer una distinción entre principios y normas.

Este argumento se fortalece si se retoma lo mencionado supra del Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el sentido de que éste se redactó con la intención de incluir solamente principios propios del derecho penal; es decir, todos los principios del derecho penal, pero con mayor importancia, los que tengan relevancia para la aplicación de la responsabilidad penal internacional.

En efecto, es precisamente el hecho de que los individuos son los sujetos a los que está destinado el derecho penal internacional y no los Estados, lo que justifica esta distinción.



### 3.6 Autonomía de las reglas interpretativas

El derecho penal tiene una peculiaridad que lo distingue de otras ramas del derecho, incluyendo el derecho internacional general. Una de las facetas del principio de legalidad penal es la estricta aplicación de la ley penal. El Estatuto de la Corte Penal Internacional contiene esta máxima en su artículo 22 (2): "La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena".

Dónde Matute, Javier (s.f.): "Esta no es una característica propia del Derecho Penal Internacional, sino que está presente en todos los sistemas jurídico-penales (aunque en la aplicación puede variar)" (pág. 14).

No obstante, resulta interesante que este aspecto del principio de legalidad penal no se encuentra expresamente mencionado en ningún otro tratado internacional; ni siquiera en los tratados de derechos humanos. Lo que más se acerca a un reconocimiento de la interpretación estricta de la ley penal se encuentra en el caso S.W. vs U.K. de la Corte Europea de Derechos Humanos. Al interpretar el alcance del artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos destacó el papel de la interpretación judicial.



En el Juicio S. W. vs United Kingdom, Echr Chamber, el artículo 7 establece:

Entre otras cosas, el principio de que solamente la ley puede definir un delito y establecer su pena (nullum crimen, nulla poena sine lege) y el principio de que el Derecho penal no puede ser interpretado de forma extensiva en perjuicio del acusado, por ejemplo, mediante la analogía. De estos principios se colige que un delito tiene que ser claramente definido en la ley.

Este requerimiento se cumple cuando un individuo puede saber de la lectura del precepto relevante (artículo 7) y, si fuera necesario, con el auxilio de las interpretaciones de los tribunales de éste, qué actos u omisiones lo harán penalmente responsable.

Así, la importancia de la interpretación estricta de la ley penal, o en este caso el Estatuto de la Corte Penal Internacional, es un avance importante de este tratado internacional. En efecto, se trata del único tratado internacional que prevé una disposición de este tipo.

Estos aspectos no se mencionan para destacar lo novedoso del Estatuto de la Corte Penal Internacional sino para enfatizar las diferencias con otras ramas del derecho internacional. Si en materia de derechos humanos hay una regla de interpretación particular en este tratado internacional, con mayor razón se destaca la diferencia con el resto del derecho internacional general. Esto no es extraño, como señala la Corte Europea, se deriva de la naturaleza propia de los sistemas punitivos. Dicho de otra manera, el principio de legalidad penal solamente aplica en materia penal, lo cual incluye la interpretación estricta de la ley penal, como parte integrante de dicho principio.



Adicionalmente, el artículo 21 (3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé otra regla de interpretación que no se encuentra en el resto del derecho internacional general. Este precepto incluye dos aspectos: la compatibilidad con los derechos humanos y la no discriminación. Esta no estuvo exenta de debate en la conferencia de Roma. Macauliffe de Guzmán, Margaret, (2008) en su libro *Derecho Aplicable*, citando el artículo 21 como comentario al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien, la mayoría de las delegaciones coincidía con que el derecho aplicable debería ser compatible con los derechos humanos, el alcance de la cláusula de no discriminación fue más controvertida, sobre todo en cuanto a lo que implica la palabra género. (pág. 172)

Pellet, Alain (2002) menciona sobre el párrafo que se citó anteriormente:

Este párrafo no es tanto una regla de interpretación, sino que crea un orden jurídico supralegal en el que los derechos humanos están en la cúspide, por encima del propio Estatuto de la Corte Penal Internacional y todas las demás fuentes mencionadas en el artículo 21. (pág. 1079).

Este autor concluye que la información consignada trata de una especie de *ius cogens*, aunque el autor que se cita no lo menciona así.

Contrario a lo sostenido por Pellet, la escasa jurisprudencia en la materia apunta a que en efecto se trata de una regla de interpretación, que no puede utilizarse como una herramienta para llenar lagunas que pudiera tener el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así, al determinar si procede ante la Corte Penal Internacional la aplicación de la doctrina del abuso de proceso, la Sala de Apelaciones determinó



que al no estar prevista en el tratado internacional no podía incorporarse al derecho aplicable a través del artículo 21 (3); norma que solamente podía utilizarse para interpretar el texto legal.

Así, se encuentran dos reglas de interpretación que son propias del derecho penal internacional. Como ya se apuntó, la interpretación estricta de la ley penal y la regla del artículo 21 (3) que parece ser una versión del principio *propersona*.

Por otro lado, es importante mencionar que estas no son las únicas reglas de interpretación que ha empleado la Corte Penal Internacional. De hecho, ha utilizado en diversas ocasiones las reglas previstas en la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados, que en su artículo 31 establece la interpretación textual, contextual y teleológica. En la sentencia condenatoria en contra de Thomas Lubanga, citando criterios recurrentes de la sala de apelaciones y reiterando la aplicación hermenéutica de la Convención de Viena, la Sala de Primera Instancia I manifestó:

Lo que guía la interpretación de un artículo de una ley es su lectura textual y a la luz de su objeto y fin. El contexto de una disposición legislativa dado se define por la sub-sección particular de la ley leída en su conjunto con la sección en su totalidad. Su objeto puede desprenderse del capítulo de la ley en la que se incluye el artículo particular y sus fines de los propósitos más generales de la ley, así como de su preámbulo y del tenor general del tratado. (Pág. 48)

En efecto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional es un tratado internacional y como tal está sujeto a las reglas de interpretación de todos estos instrumentos



internacionales, “cabe notar que estas reglas plasmadas en la Convención de Viena no son diferentes a las que se utilizan para interpretar cualquier instrumento jurídico, ni son extrañas al Derecho Penal Internacional” (Perrin, Benjamín, 2009, pág. 36).

Por otro lado, siguiendo los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre fragmentación del derecho internacional, se llega a la conclusión de que existe un régimen general que es supletorio ante las reglas de interpretación de regímenes especiales; por lo tanto, no hay objeción en pensar que el derecho penal internacional es un régimen autónomo o especial al cual le corresponden sus propias reglas de interpretación y de forma supletoria se pueden emplear las reglas del derecho internacional general.

El argumento se formula a la inversa. Si bien las reglas para interpretar los tratados son aplicables, las reglas del derecho penal internacional no son aplicables al derecho internacional general. Aunque pudiera argumentarse que lo plasmado en el artículo 21 (3) es aplicable a todas las ramas del derecho, lo cierto es que solamente se ha formulado como una norma de interpretación en el contexto del derecho penal internacional.

Existen cláusulas de no discriminación en diversos tratados de derechos humanos y en el derecho internacional humanitario; pero no como reglas de interpretación, tal como quedó establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino como prohibiciones o como parte del catálogo de derechos previstos en los diversos instrumentos.



El caso de la interpretación estricta de la ley penal es más claro aún. Como la rama punitiva del derecho internacional, se espera que haya una intervención mínima, que en el asunto particular se manifieste con el respeto al principio de legalidad penal y, en particular, al artículo 22 (2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Con la redacción del artículo 21 (3) es evidente que hay una relación estrecha entre la Corte Penal Internacional y los derechos humanos; que tiene gran incidencia al abordar el papel que juega la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en el derecho penal internacional.



## CAPÍTULO IV

### 4. La costumbre como fuente del derecho penal internacional

#### 4.1 Criterio autónomo de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional ha citado jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia para auxiliarse en la fundamentación de algunas de sus resoluciones. No obstante ello, el criterio que se sostiene aquí es que solamente se ha utilizado en una ocasión para determinar cuestiones sustantivas; el uso es general mente marginal o secundario y, en todo caso, ha disminuido en importancia con el paso del tiempo, prefiriendo utilizar sus propios criterios.

El único aspecto en el cual ha habido un uso sustancial de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia fue para determinar el alcance del concepto de territorio ocupado para efectos de determinar la naturaleza internacional de un conflicto armado. No obstante, la argumentación es algo confusa.

Desde la primera confirmación de cargos en el caso Lubanga la Sala de Cuestiones Preliminares I señaló que utilizaría el concepto de control global (*overall control*) derivado del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia para determinar el grado de injerencia que tiene un Estado sobre un grupo armado organizado, de tal suerte que el conflicto sea de naturaleza internacional; lo que ahora se conoce como conflicto armado internacional indirecto. Esto se opone al



criterio empleado por la Corte Internacional de Justicia de control efectivo (*effective control*).

Aunque la Sala de Cuestiones Preliminares I cita el caso de la República Democrática del Congo vs Uganda para determinar lo que debe entenderse por un territorio ocupado (aunque como se expresó anteriormente el uso de este criterio posiblemente responde al Derecho Internacional de los Conflictos Armados), el contenido de la referencia es para establecer los hechos que en aquel asunto se dieron por comprobados para establecer la intervención y ocupación de Uganda; en otras palabras, no se dió en apoyo a una norma jurídica existente.

En los demás casos en los que se han mencionado criterios de la Corte Internacional de Justicia, ha sido para confirmar normas de derecho que ya están claramente establecidas con independencia de lo sustentado por dicho tribunal, como la competencia para determinar la propia competencia, para sustentar el empleo de los trabajos preparatorios como herramienta interpretativa y la importancia del consentimiento de los Estados.

No ha vuelto al mencionarse a la Corte Internacional de Justicia como fuente de derecho penal internacional, esto es lógico pues las materias que se abordan por ambos tribunales son diferentes por lo que encontrar una gradual separación es natural. Esto tiene como consecuencia que el sistema de fuentes también se separe.



Resulta importante la afirmación de la jueza Anita Usacka en su voto disidente en la orden de arresto de Omar al Bashir, pues ella considera que es importante separarse de los criterios de la Corte Internacional de Justicia precisamente porque este tribunal establece responsabilidad estatal, mientras que la Corte Penal Internacional establece responsabilidad penal internacional.

De hecho, también cuestiona la aplicabilidad de otros órganos cuasijudiciales que pudieran tener dentro de sus funciones la identificación de actos que constituyen crímenes internacionales, pero que tengan dentro de su mandato establecer responsabilidad para el Estado. Para reforzar el comentario, señala la que la jurisprudencia de los tribunales ad hoc no se puede aplicar de forma automática y requiere una compatibilidad con el derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, ya que los procedimientos son muy diferentes; con mayor razón son aplicables los destinados a establecer responsabilidad estatal y no individual.

En su disertación, la jueza Usacka hace la distinción entre la Corte Penal Internacional y la Corte Internacional de Justicia, Revista News (s.f.):

... como la Corte Internacional de Justicia tiene competencia solamente para conocer de disputas entre Estados, su análisis del genocidio en el caso concerniente a la aplicación de la Convención Para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio se enmarcó en el contexto de la responsabilidad estatal.

En contraste, no solamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé únicamente la responsabilidad penal de personas naturales, más aún una propuesta para incluir la



responsabilidad de personas jurídicas, incluyendo Estados y empresas fue explícitamente rechazada durante su proceso de redacción. (Pág. 21)

Los comentarios de la jueza Usacka son importantes dado que explican que la Corte Penal Internacional se aparta de los criterios de la Corte Internacional de Justicia o por lo menos debería hacerlo. Como se ha aludido a lo largo de este trabajo y se explicará con detalle más adelante, la distinción entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad penal internacional es la piedra angular que sustenta la distinción en el sistema de fuentes.

#### **4.2 Los precedentes en el derecho penal internacional**

Browline, Ian, (2003) comparte acerca del epígrafe:

El argumento parte de la idea de que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevé que las decisiones judiciales son meramente una fuente auxiliar para la identificación de las fuentes primarias: tratados, costumbre y principios generales de derecho. Además, el artículo 59 que establece: La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. (pág. 19)

Si bien es común que la Corte Internacional de Justicia cite casos o resoluciones previas para sustentar sus decisiones, lo cierto es que hay una obligatoriedad para hacerlo. Esto contrasta con lo señalado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso *Aleksovski*.



En este caso la sala de apelaciones tuvo que resolver: a) si estaba obligada a seguir sus propias decisiones; b) si las Salas de Primera Instancia estaban igualmente obligadas a seguir lo establecido por la sala de apelaciones y; c) si también eran obligatorias las resoluciones de las salas de primera instancia entre sí.

La argumentación comienza con un estudio de los sistemas de *common law* en donde, en principio, las resoluciones previas son vinculantes, aunque excepcionalmente pudiera cambiarse el criterio, si existen buenas razones para ello. Resumiendo lo establecido por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señaló que esto es posible: a) cuando la regla de derecho originalmente enunciada se vuelve inaplicable; b) cuando el derecho ha evolucionado de tal forma que la determinación original hubiere quedado obsoleta o; c) cuando los hechos han cambiado de tal manera que la regla enunciada ya no se justifica o es inaplicable.

La práctica de seguir precedentes también está presente en los sistemas continentales (*civil law*) y en la Corte Europea de Derechos Humanos. Al estudiar el caso de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señaló que, independientemente de la inoperancia del principio de *stare decisis* en relación con la Corte Internacional de Justicia, esta sí les atribuye considerable peso a sus decisiones previas. Esto puede deberse a que se perciben como expresiones autorizadas del derecho. Esta expresión es importante para este argumento dado que reafirma: a) la inexistencia de un sistema de precedentes



(*stare decisis*) y; b) el hecho de que las resoluciones empleadas en ese contexto se utilizan de forma auxiliar para identificar normas jurídicas primarias.

En el contexto del derecho penal la situación tiene que ser diferente. Si bien en otras condiciones la práctica u obligación de seguir precedentes se deriva de la necesidad de brindar consistencia, certidumbre y previsibilidad, esto se vuelve más imperioso en los procesos penales donde la libertad del individuo está en juego.

La sala de apelaciones aceptó que no hay una disposición expresa en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que señale la existencia de un sistema de precedentes. Sin embargo, consideró que la obligatoriedad del precedente es un componente esencial del debido proceso (*fair trial*) y una consecuencia lógica de la apelación y de las funciones que la propia sala tiene en esta etapa procesal; que incluye la corrección de errores de derecho que se pudieron haber cometido en primera instancia.

Así, la sala de apelaciones solamente dejaría de aplicar sus precedentes de forma excepcional y después de una cuidadosa revisión de las fuentes. De esa manera, se seguiría el principio legal enunciado (*legal principle-ratio decidendi*) cuando éste sea aplicable a casos sustancialmente similares.

Además de establecer la obligatoriedad de sus propios precedentes, la sala de apelaciones estableció que las salas de primera instancia estaban vinculadas por el principio legal enunciado en apelación señalando las siguientes razones para ello:



a) la sala de apelaciones tiene la función de revisar errores de hecho y de derecho que pudieron haberse presentado en primera instancia de forma definitiva; b) en derecho penal la persona acusada y la fiscalía tienen un interés especial en que haya certidumbre y previsibilidad en el derecho aplicable y; c) el derecho de apelación es parte del debido proceso y consiste, en este contexto, en que la persona acusada exija que se le trate de forma similar a casos previamente resueltos.

No obstante, las resoluciones de las salas de primera instancia no son vinculantes entre sí, solamente tienen un valor orientador (persuasive).

Lo expresado por la sala de apelaciones en el caso *Aleksovski* es aplicable en el contexto de la Corte Penal Internacional. Al igual que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el resto de los tribunales penales internacionales la Corte Penal Internacional cuenta con dos instancias (tres si se cuenta a las salas de cuestiones preliminares). Dentro de sus funciones se encuentra también resolver sobre errores de hecho y de derecho.

Así pues, el esquema que permite que las resoluciones de apelación sean vinculantes está vigente. Pero lo que es más importante es tener presente que hay razones de derechos humanos, en concreto de debido proceso, para justificar el sistema de precedentes. Como mencionó la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia el derecho de apelación es parte integrante del debido proceso. Igualmente, la certidumbre y la previsibilidad son elementos



importantes que justifican la inclusión de dicho sistema en los procesos penales; lo cual a su vez está vinculado al principio de legalidad penal, que busca brindar, entre otras cosas, seguridad jurídica.

Además, a diferencia del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece una disposición expresa en la que se establece este sistema de precedentes. El artículo 21 (2) señala: "La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiera hecho una interpretación en decisiones anteriores".

Mucho se ha dicho en cuanto a que la palabra podrá no establecer una obligación, parte esencial del sistema de precedentes y que el uso de este término fue el resultado de la negociación entre los Estados que buscaban establecer dicho sistema y quienes se rehusaban a reconocerlo; sin embargo, el estudio hecho en el caso *Aleksovski* es de gran utilidad para refutar dicho argumento. Como se estableció anteriormente pueden existir razones de peso para que un tribunal se aparte de sus propias resoluciones. Entonces, la palabra podrá puede interpretarse como la posibilidad de apartarse de los criterios previamente establecidos cuando se justifique.

En efecto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia parte del presupuesto de que el derecho penal Internacional es diferente porque está en juego la libertad de la persona, lo cual también queda claro desde la lectura del artículo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: "La Corte será una



institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto...".

Por otro lado, "el carácter punitivo del Estatuto de la Corte Penal Internacional hace imperioso que se adopte una interpretación compatible con el debido proceso como la que se propone para el artículo 21 (2)" (Gallant, Kenneth, 2011, pág. 11).

Esta interpretación no recoge el razonamiento del caso *Aleksovski* como un argumento de autoridad, sino como un argumento compatible con el principio de legalidad penal y el derecho a la apelación; es decir, con el debido proceso.

#### **4.3 La oposición argumentativa**

En un ejercicio dialéctico se han identificado tres argumentos que llevaron a la conclusión de que el derecho penal internacional no cuenta con un sistema de fuentes distinto al del derecho internacional general, representado por el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional como se ha establecido. En particular, se han identificado tres contraargumentos:

- a. La existencia de un derecho penal internacional paralelo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, según dispone el artículo 10 de dicho tratado;
- b. Las múltiples referencias al derecho internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en otras disposiciones del tratado y;



- c. El recurrente uso de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos para interpretar el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En cuanto al primer contraargumento, el artículo 10 del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala lo siguiente: "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".

Este precepto hace suponer que hay un cuerpo normativo distinto al Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual presumiblemente tiene fuentes distintas a las establecidas en el artículo 21. Los críticos a esta postura ciertamente podrán argumentar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no presenta un sistema o, por lo menos, un listado de fuentes propias o exclusivas del derecho penal internacional. Si bien la frase fines distintos pudiera referirse a instancias donde se imponga responsabilidad estatal como la Corte Internacional de Justicia; también es cierto que las diversas jurisdicciones *ad hoc* e híbridas que existen como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y la Corte Especial de Sierra Leona son paralelas al Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero aplican derecho penal internacional.

En conclusión, pudiera pensarse que hay derecho penal internacional más allá del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo que el artículo 21 no puede ser el



listado de fuentes definitivo de esta rama del derecho, inclusive que dichas fuentes pueden incluir a la costumbre internacional.

En respuesta a este contraargumento se podría señalar que el hecho de que se reconozca la existencia de un derecho penal internacional distinto al previsto en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no excluye que en este se apliquen las fuentes previstas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, al comentar este precepto, Triffterer, Otto (2008) menciona:

La posibilidad de invocar tratados internacionales como la Convención para prevenir y sancionar el crimen de genocidio o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Tal como se vio en el apartado correspondiente estos instrumentos internacionales entrarían dentro de la hipótesis normativa del artículo 21 (1) (b). (pág. 532)

Continuando con la línea de investigación de Triffterer, Otto (2008):

Este precepto se incorporó para permitir que los Estados tuvieran la libertad de procesar cualquier crimen internacional (incluyendo los no previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional), ya sea conforme a su fuero nacional o de conformidad con figuras paralelas a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional como el *aut dedere aut judicare*. (pág. 533)

Al respecto de lo anterior surge una cuestión ¿Estas formas de ejercer el poder punitivo pudieran tener un fundamento distinto a las fuentes previstas en el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional?

Los tribunales ad hoc son un buen ejemplo de ello, sigue compartiendo Triffterer, Otto (2008):



Tanto el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda se constituyeron con fundamento en resoluciones del Consejo de Seguridad. Según lo establecido en apartados anteriores, estas no son fuentes previstas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (pág. 533)

Aun suponiendo que se acepte la propuesta de que la costumbre internacional ya no forma parte de las fuentes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, podría argumentarse que el artículo 10 contempla la posibilidad de que, de forma paralela al Estatuto de la Corte Penal Internacional se siga desarrollando el derecho consuetudinario internacional. Se podría decir que las fuentes del artículo 21 son aplicables solamente para la Corte Penal Internacional y la costumbre es una forma en la cual se puede seguir desarrollando el derecho penal internacional.

Inclusive, la redacción del principio de legalidad penal favorece esta interpretación pues el artículo 22 (3) también alude a un derecho penal internacional paralelo al desarrollado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo menos en lo relativo a los crímenes internacionales: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo lo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho Internacional independientemente del presente Estatuto".

El segundo contraargumento se encuentra muy ligado al anterior. Se puede decir que en las disposiciones particulares del Estatuto de la Corte Penal Internacional hay muchas referencias al Derecho Internacional, lo cual implicaría que todas las



fuentes del Derecho Internacional forman parte del sistema del derecho penal internacional.

Las referencias al derecho internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional pueden clasificarse en tres categorías:

1. Referencias al derecho internacional de los conflictos armados.
2. Referencias al derecho internacional de los de derechos humanos.
3. Referencias a otras disposiciones del derecho internacional humanitario.

Si estas remisiones son tratados, el contraargumento cae por su propio peso pues los tratados aplicables son parte del sistema de fuentes del artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, en estos casos el derecho internacional al que se hace referencia ya estaría previsto en la norma general, lo que convertiría a estos casos en normas específicas.

Este segundo contraargumento en realidad va encaminado a desvirtuar el abandono de la costumbre internacional en el sistema de fuentes del Estatuto de la Corte Penal Internacional. La idea es que la referencia al derecho internacional incluye todas las fuentes del derecho internacional general; lo cual necesariamente incluye a la costumbre. El problema con este razonamiento es que asume que el sistema de fuentes del derecho penal internacional es un sistema cerrado lo cual no se sustenta en ninguna parte.



En efecto, el propio artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional hace referencia a una gran cantidad de fuentes se encuentran fuera del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Aquí no se afirma que las únicas fuentes del derecho penal internacional sean el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba.

Aun suponiendo que las referencias al derecho internacional aluden a la costumbre, esto no significa que formen parte del sistema, pues se trata de meras referencias a un derecho que puede considerarse ajeno al previsto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El derecho penal internacional no se ha creado y desarrollado en un vacío.

A nivel nacional hay muchas referencias al derecho extranjero, pero eso no quiere decir que formen parte del sistema de fuentes de un determinado sistema jurídico nacional. Un ejemplo es la extradición. Para otorgarla es necesario que la autoridad requerida aplique diversas disposiciones del derecho extranjero. Estas pueden incluir la doble criminalidad, el carácter político o militar del delito, si el delito ha prescrito o está sujeto a amnistía en el Estado requirente o el requerido, entre otras; sin embargo, nadie se atrevería a afirmar que por firmar un tratado de extradición estas disposiciones de derecho extranjero pasan a ser parte del sistema de fuentes del Estado requerido. Son el simple reconocimiento de normas jurídicas en otro sistema jurídico.



El segundo contraargumento y sus implicaciones también son aplicables a las resoluciones del Consejo de Seguridad y a la Carta de las Naciones Unidas. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se menciona que el Consejo puede remitir una situación de conformidad con el Capítulo VII de la Carta y puede suspender una investigación o proceso de la misma forma.

Como se explicó anteriormente, estas referencias no implican que las resoluciones y el mencionado tratado sean parte del sistema de fuentes del derecho penal internacional, sino que se reconoce la facultad que tiene el Consejo y se canaliza a través de la Corte Penal Internacional. En la creación de la Estatuto de la Corte Penal Internacional no se podía ignorar esta facultad, pero sería un exceso pensar que estas meras remisiones implican que las resoluciones del Consejo de Seguridad y la Carta de las Naciones Unidas forman parte del sistema de fuentes del derecho penal internacional; aunque la Carta ciertamente podría ser un tratado aplicable, de conformidad con el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en estas circunstancias.

El tercer contraargumento que se ha identificado tiene que ver con la fertilización cruzada (*cross-fertilization*); por tanto, Cassese, Antonio (2008): “se refiere al uso de la jurisprudencia de los diversos tribunales internacionales y regionales por otros tribunales de la misma naturaleza, aunque tengan competencias distintas” (pág. 45); por ejemplo, tribunales de derechos humanos, citando jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.



La Corte Penal Internacional no ha sido exenta de esta práctica. Existen una gran cantidad de casos en los cuales las distintas salas de la Corte Penal Internacional han recurrido a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, principalmente, a la Corte Europea de Derechos Humanos para sustentar su dicho. Esta práctica es recurrente en temas de debido proceso como por ejemplo para determinar los umbrales probatorios para la confirmación de cargos, en la determinación de las pruebas admisibles en función de los límites impuestos por el derecho a la privacidad y los alcances del derecho a la defensa, por citar algunos ejemplos.

En términos generales, la Corte Penal Internacional ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para interpretar su propio estatuto, lo cual hace suponer que no opera de forma aislada de los demás tribunales supranacionales. Por el contrario, en la medida en la cual se recurra a estas fuentes, no previstas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, no se puede sostener la existencia de un sistema de fuentes independiente. En efecto, esta jurisprudencia no se encuentra prevista en el listado del artículo 21, pero se emplea como medio interpretativo.

Por otro lado, como se vio en la cita de la confirmación de cargos de Ruto *et al*; la Sala de Cuestiones Preliminares II ha limitado el empleo de estos criterios a que se identifiquen con normas o principios de derecho internacional y solamente de forma supletoria al artículo 21 (1) (a) y; en todo caso, solamente a aspectos muy puntuales que tienen que ver con el debido proceso. En esta misma resolución se terminó



usando los criterios de la propia Corte Penal Internacional para aplicar la autoría mediata, por lo que se puede suponer que esta es una práctica que podría desaparecer en la medida en la cual la Corte Penal Internacional vaya generando sus propios criterios.

Los contraargumentos señalados aquí no llevan directamente a la conclusión de que no existe un sistema independiente de fuentes de derecho penal internacional y a rebatir la hipótesis de que la costumbre no forma parte de las fuentes del derecho penal internacional, pues la misma tiene dos vertientes, que exista dicho sistema o bien que esté en consolidación. Ya en el apartado relativo a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se había señalado que la Corte Penal Internacional no ha fijado una postura clara en cuanto a su uso, lo cual apunta a que no se ha consolidado, pero no se niega contundentemente que no existe la independencia de fuentes.

#### **4.4 La autonomía de las fuentes del derecho penal internacional**

Hasta este punto se han analizado cinco argumentos en favor de la existencia de un sistema independiente de fuentes del derecho penal internacional representado por el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y tres argumentos en contra; sin negar la posibilidad de que pudiera haber más razones a favor de cualquiera de estas posturas.



En efecto, no parece que se haya consolidado el sistema independiente de fuentes del derecho penal internacional. No obstante, parece que hay suficientes motivos para creer que la tendencia es que se consolide dicho sistema. Existen varias e importantes razones por las cuales se considera deseable que se concrete este cambio, que en realidad son dos aunque ligadas: a) el respeto al principio de legalidad penal y; b) la diferencia entre la responsabilidad estatal y la individual.

En efecto, como se puede concluir, el principio de legalidad penal ha sido un derecho humano recurrente en relación con el sistema de fuentes del derecho penal internacional. En el apartado relativo a la descripción de las fuentes del Estatuto de la Corte Penal Internacional se destacó que una de las razones por las cuales se elaboró un documento con una descripción detallada de los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional fue para brindar precisión a las definiciones que pudieran resultar ambiguas.

Se destacó también, que inclusive desde sus orígenes, en el Tribunal de Núremberg hubo una preocupación por respetar el principio de legalidad penal y con mayor claridad, en la sentencia condenatoria, al establecer la preexistencia del crimen contra la paz, en lo que consideraron que implicaba el respeto a la irretroactividad de la ley penal. Dicha preocupación por respetar el principio de legalidad penal se repite en los antecedentes de los tribunales *ad hoc*.

Por otro lado, se realizó que la exclusión de la costumbre internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional fue porque se consideraba una fuente demasiado



imprecisa para poder tipificar crímenes internacionales y, en general, en establecer normas de derecho penal. Pero quizá lo más interesante es que la Corte Penal Internacional ha utilizado la costumbre, pero para limitar los alcances de tipos penales ambiguos como el crimen de lesa humanidad tipificado como otros actos inhumanos.

Se ha analizado también el argumento de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuenta con sus propias reglas de interpretación. Por un lado, se incorpora el artículo 22 (2) a este Tratado, que establece la interpretación estricta de la ley penal, que es uno de los aspectos del principio de legalidad penal. Adicionalmente, el artículo 21 (3) establece una norma de interpretación que, si bien no es estricta y únicamente aplicable en el contexto penal, responde al hecho de que las normas del derecho penal internacional se aplican directamente a los individuos por lo que resulta necesario respetar los derechos humanos aplicables.

En este mismo sentido, se incorporó el artículo 21 (2) que establece un incipiente y limitado sistema de precedentes. No obstante, es importante destacar nuevamente que la razón de ser de estas disposiciones es brindar mayor seguridad jurídica a las personas que pudieran ser sujetos de procesos ante la Corte Penal Internacional. Este argumento, que se basa en la exigencia de la seguridad jurídica de los individuos va íntimamente ligado al principio de legalidad penal, que tiene como fin, precisamente, brindar certidumbre, seguridad jurídica y certeza jurídica.



Con estos argumentos se demuestra que el principio de legalidad penal coloca al derecho penal internacional en un contexto distinto al resto del derecho internacional. Aunque hay otras ramas del derecho internacional que se aplican a individuos como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, lo cierto es que estos ámbitos del derecho internacional tienen como objeto la protección de la persona humana.

Si bien puede hablarse de protección de las personas en el derecho penal internacional a través de bienes jurídicos tutelados, es el único ámbito del derecho internacional que prevé, adicionalmente, la responsabilidad internacional directa por conductas de individuos.

En virtud de lo anterior Perrin, Benjamín (2015) expone:

Hay una diferencia entre la responsabilidad estatal que puede derivar de violaciones a los derechos humanos, al Derecho Internacional Humanitario o al Derecho Internacional general y el Derecho Penal Internacional. Esto se evidenció en parte en el apartado en el que se explica que los principios generales de derecho son diferentes cuando se trata de Derecho Internacional general y de Derecho Penal Internacional. (pág. 29)

Las fuentes del artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no son suficientes para atender a las exigencias del derecho penal internacional en donde se tiene que respetar el debido proceso. “Esto se evidencia con las dificultades que tuvieron los tribunales ad hoc para fijar el derecho aplicable, cuando

tenían que recurrir a las fuentes tradicionales del Derecho Internacional” (Perrin, Benjamín, 2015, pág.33).







## Conclusión

La costumbre internacional es una de las fuentes del derecho internacional reconocida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; sin embargo, en materia penal resulta evidente que no es posible condenar a una persona con fundamento en la costumbre, pues esta no ofrece certeza alguna cuando se trata de imponer una sanción penal que debe cumplir con los estándares de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

Como es sabido, la libertad personal como derecho fundamental se encuentra reconocido, no solo en los sistemas domésticos de protección de los derechos humanos sino también en los sistemas internacionales. En esa tesitura, no sería posible que un tribunal penal —con prescindencia de si se trata de un tribunal internacional o de un tribunal doméstico— condenara a una persona a la sanción de privación de libertad con fundamento en la costumbre como fuente del derecho, pues, con ello, se violaría no sólo el principio de legalidad penal —*nula crimen nulla poena sine lege*— sino los más elementales principios de la prueba penal.

La costumbre como fuente del derecho penal internacional debe ser eliminada de todos los estatutos de los tribunales penales internacionales. Ello es así porque no constituye una fuente legítima de acuerdo a los estándares internacionales de protección de sistemas de derechos humanos.





## Referencias

- Ambos, Kai. 2000. *Principio general del Derecho Penal en el Estatuto de Roma*.  
Revista Actualidad Penal. No. 44. España.
- Arajarvi, Noora. 2007. *El papel del juez penal internacional en la formación del  
Derecho internacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucional. Madrid.
- Arilla Bas, Fernando. 2001. *Derecho Penal*. Editorial Porrúa.
- Becerra, Manuel. 2007. Las fuentes del Derecho Penal Internacional. En: García,  
Sergio (coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González  
Mariscal*. Tomo I. UNAM.
- Broenlie, Ian. 2003. *Principios de Derecho Internacional Público*. UNAM.
- Burke-White, William. 2002. Una comunidad de cortes. *Hacia un sistema de aplicación  
internacional del Derecho Penal*. UNAM.
- Cassese, Antonio. 2008. *Derecho Penal Internacional*. UNAM.
- Charney, Jonathan, 1999. I. *El impacto en el sistema jurídico internacional del  
crecimiento de tribunales y tribunales internacionales*. Centro de Estudios  
Constitucionales. Madrid.
- Cohen, David. 2002. *Buscando justicia a bajo precio: ¿Es el tribunal de Timor Oriental  
realmente un modelo para el futuro?* Centro de Estudios Constitucionales.  
Madrid.
- Comisión de Derecho Internacional. 1994. Proyecto de estatuto de la Corte Penal  
Internacional con comentarios. *Anuario de la Comisión de Derecho  
Internacional*. Vol. II. Parte 2.



- Consejo de Seguridad. 2000. *Reporte del secretario-general sobre el establecimiento de una corte especial para Sierra Leona.*
- Consejo de Seguridad. 1993. *Secretario-general: informe de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 del Consejo de Seguridad.*
- Damgaard, Ciara. 2008. *Responsabilidad penal individual por crímenes internacionales principales.* Cuestiones pertinentes seleccionadas. Editorial Comares.
- De Pina, Rafael & De Pina Vara, Rafael. 1999. *Diccionario de Derecho.* Editorial Porrúa.
- Dondé Matute, Javier. 2002. ¿Existe el Derecho Penal Internacional? *Revista de Mexicana de Derecho Público.* Vo. 2. México.
- Dondé Matute, Javier. 2010. *Principio de legalidad penal: perspectivas de Derecho Nacional e Internacional.* Editorial Porrúa.
- Fan, Mary. 2012. Costumbre, principios generales y el gran arquitecto Cassese. *Diario de Justicia Criminal Internacional.* Vol. 10.
- Gadirov, Erkin. 2008. Elementos de los crímenes. En: *Comentario al Estatuto de Roma de La Corte Internacional De Justicia.* UNAM.
- Gallant, Kenneth. 2011. *Tribunales Penales Internacionales y la creación de Derecho Público Internacional: nuevos papeles para las organizaciones internacionales y los individuos.* Fondo de Cultura Económica. México.
- Macauliffe de Guzmán, Margaret. 2008. Derecho aplicable. Artículo 21. En: Triffterer, Otto (coordinador). *Comentario al Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional.* Editorial Comares.
- Martínez, Jenny S. 2003. *Hacia un sistema judicial internacional.* UNAM.



- Mascareñas, Portusach. 1989. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Editorial Francisco Selix.
- Pellet, Alan. 2002. Derecho aplicable. En: Cassese, Antonio; Gaeta, Paola & Jones, John (coordinadores). *El estatuto de Roma de la Corte Internacional de justicia: un comentario*. Editorial Bosch.
- Perrin, Benjamín. 2015. *La emergente tradición del Derecho Penal Internacional*. Editorial Trotta.
- Perrin, Benjamin. 2007. *Una tradición emergente internacional del Derecho Penal: lagunas en el Derecho aplicable y el Derecho común transnacional*. Editorial McGraw-Hill.
- Schabas, William. 2009. *Ley Consuetudinaria o ley hecha por un juez*. Editorial Bosch.
- Shaw, Malcolm. 2003. *Derecho Internacional*. Editorial Porrúa.
- Silva Sánchez, José María. 1995. *Fundamentos de un sistema Europeo de Derecho Penal*. Editorial Bosch.
- Triffterer, Otto. 2008. *Comentario al estatuto de la Corte Penal Internacional*. Editorial Porrúa.
- Virally, Michel. 1994. Fuentes de Derecho Internacional. En: Sorensen, Max (coordinador). *Manual de Derecho Internacional*. Público. Fondo de Cultura Económica.
- Werle, Gerhard. 2005. *Principios de Derecho Penal Internacional*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Zárate, José Humberto. 1997. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editorial McGraw Hill.



## **Jurisprudencia**

Corte Internacional de Justicia. Demandante vs. Al Bashir. Decisión sobre la aplicación del demandante para una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Cámara de Antejudio I. Caso No. ICC-02/05-01/09-3. 4 de marzo de 2009.

Corte Internacional de Justicia. Demandante vs. Lubanga. Decisión sobre las prácticas utilizadas para preparar y familiarizar a los testigos para dar testimonios en juicios. Cámara de Prueba I. Caso No. ICC-01/04-01/06-1049. 30 de noviembre de 2007.

Corte Penal Internacional. Demandante vs. Lubanga. Decisión conforme al artículo 74 del estatuto. Cámara de Juicio I. Caso No. ICC-01/04-01/06-2842. 14 de marzo de 2012.

Corte Penal Internacional. Demandante vs. Lubanga. Decisión sobre la confirmación de cargos. Cámara de Antejudio. I. Caso No. ICC-01/ 04-01/06. 29 de enero de 2007.

Corte Penal Internacional. Demandante vs. Ntaganda. Decisión de conformidad con el artículo 61 (7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del demandante contra la Bosco Ntaganda. Cámara Pre-Juicio II. Caso No. ICC-01/04-02/06-309. 9 de junio de 2014.

Corte Penal Internacional. Demandante vs. Ruto. Decisión sobre la confirmación de los cargos conforme al artículo 61(7)(a) Y (b) del Estatuto De Roma. Cámara de Antejudio II. Caso No. ICC-01/09-01/11. 23 de enero de 2012.

El derecho de la Carta. Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. 1 de octubre de 1946.



Juicio S. W. vs United Kingdom, Echr Chamber, aplicación número 20166/92, del 22 de noviembre de 1995.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yigoslavia. Demandante vs. Tradic. JUICIO. Cámara de Apelaciones. Caso no. IT-94-1-A. 15 de Julio de 1999.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Demandante vs. Tradic. Decisión sobre el movimiento de defensa para el allanamiento interlocutorio a la jurisdicción. Cámara de Apelaciones. Caso No. IT-94-1. 2 de octubre de 1995.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Demandante vs. Aleksovski. Juicio. Cámara de Apelaciones. Caso. No. IT-95-14-1 24<sup>a</sup>. Marzo, 2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Demandante vs. Kupreskic. Juicio. Caso No. IT-95-16. Cámara de Prueba II. 14 de enero de 2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Demandante vs. Furundzija. Juicio. Cámara de Prueba. Caso No. IT-95-17/1-T. 10 de diciembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Demandante vs. Krstic. Juicio. Cámara de Pruebas II. Caso No. IT-98-33-T. 2 de agosto de 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Demandante vs. Tadic. Juicio. Cámara de Apelaciones. Caso no. IT-94-1-A. 15 de Julio de 1999.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Demandante vs. Tadic. Juicio de prueba. Cámara de Prueba. Caso No. IT-94-1-T. 7 mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Demandante vs. Édouard Karemara, Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzirorera. Decisión sobre la apelación interlocutoria sobre la prueba de testigos. Cámara de Apelaciones. Cano No. ICTR-98-44-T. 11 de mayo de 2007.



Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Demandante vs. Baglishema. Juicio.  
Cámara de Pruebas I. Caso No. ICTR-95-1ª-T. 7 de junio de 2001.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Demandante vs. Édouard Karemera,  
Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzirorera. Decisión sobre la apelación  
interlocutoria sobre la prueba de testigos. Cámara de Apelaciones. Cano No.  
ICTR-98-44-T. 11 de mayo de 2007.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Demandante vs. Kanyabashi. Decisión  
sobre el movimiento de defensa sobre la jurisdicción. Cámara de Apelaciones.  
Caso No. ICTR-96-15. 18 de junio de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Demandante vs. Kanyabashi. Decisión  
sobre la impugnación de la jurisdicción. Cámara de Apelaciones. Caso No.  
ICTR-96-15. 18 de junio de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Demandante vs. Ndindiliyimana,  
Bizimungu, Nzuwonemeve y Sagahutu. Decisión sobre movimiento de defensa  
alegando la violación de las obligaciones de divulgación del prosector de  
conformidad con la regla 68. Cámara de Prueba II. ICTR-00-56-T. 22 de  
septiembre de 2008.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Protais Zigiranyizaro vs. Demandante.  
Decisión sobre Zrotais zigiranyirazo por daños. Cámara de pruebas III. Caso  
No. ICTR-200-101-073. 18 de junio de 2012.

Tribunal Especial para Sierra Leona. Demandante vs. Charles Taylor. Juicio. Cámara  
de Apelaciones. Caso No. SCSL-03-01-T. 18 de mayo de 2012.



Tribunal Especial para Sierra Leona. Demandante vs. Issa assan Sesay, Morris Kallon

y Augustine Gbao. Juicio de apelación. Cámara de Apelaciones. Caso No.

SCSL-04-15-T. 26 de octubre de 2009. Juicio