

INTERACCIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

por FAUSTO POCAR

Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Milán;
Juez del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) (2000-presente);
Presidente del TPIY (2005-2008)

Resumen

Para entender la práctica tenemos que empezar con la teoría. Este curso sirve para explorar las fuentes principales del derecho penal internacional. En particular, mi objetivo es analizar las fuentes del derecho penal internacional en la teoría y luego trataré de conocer cómo afectan el derecho penal internacional en la práctica. La investigación de las fuentes principales se iniciará con los estatutos de los diferentes tribunales penales internacionales. Luego se trasladará a las fuentes tradicionales del derecho penal internacional y al final terminará mediante el análisis de otras fuentes escritas, tales como los tratados y las normas de procedimiento y prueba. Al final, espero subrayar que cada una de las muchas fuentes del derecho penal internacional desempeña su papel para llenar los vacíos que han afectado el derecho penal internacional en el pasado. Como el diálogo académico sobre las diversas fuentes de derecho internacional aún está en marcha, espero que la información que presento contribuya a la participación en ese diálogo.

Abstract

In order to truly understand anything in practice one must begin at the root, in theory. This discourse serves to explore the main sources of international criminal law. In particular, my focus is to reveal the main sources in theory and then attempt to explain how these affect international criminal law in practice. The inquiry into the main sources will begin with the statutes of various international criminal tribunals. Then I will move into customary sources of international criminal law and end by analysing other written sources such as treaties and rules of procedure and evidence. In the end I hope to emphasise that each of the many sources of international criminal law plays its part to fill the gaps that have plagued international criminal law in the past. As the academic dialogue on the various sources of international law is ongoing, I hope the information I present will aid in participating in that dialogue.

1. Introducción a las Fuentes Del Derecho Penal Internacional

Para aquellos familiarizados con el derecho penal, o aquellos familiarizados con el derecho internacional público, el tema de un curso sobre la «interacción de las fuentes del derecho penal internacional» puede parecer bastante simple, o tal

vez mundano. Por supuesto, en estos dos ámbitos del derecho, preguntas sobre las fuentes de cada de los dos ámbitos ya no es un tema importante del debate. Por un lado, en los sistemas penales nacionales, la totalidad del derecho penal se encuentra principalmente en la legislación y en la interpretación de la legislación que se encuentra en algunas decisiones judiciales. Por el otro lado, en el ámbito del derecho internacional público, la expresión más completa de las fuentes de la ley fue elaborada desde mucho tiempo en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia («CIJ»).

Afortunadamente (o desafortunadamente dependiendo de cómo se mire) el tema de las fuentes del derecho penal internacional no es tan simple. Aunque en la legislación penal nacional y el derecho internacional público, se han establecido jerarquías de las fuentes, a las cuales los jueces deben examinar para determinar la ley de cualquier asunto, el proceso no es tan sencillo para los juristas del derecho penal internacional. Para estos juristas hay disponible una amplia gama de fuentes, por ejemplo: los distintos sistemas penales del mundo, los numerosos tratados internacionales sobre el tema de derecho penal internacional, además las normas de la costumbre internacional, que cambian constantemente.

En cierta medida, este gran número de fuentes es sintomático de la tensión inherente en el derecho penal internacional: el componente del «derecho internacional» permite mas flexibilidad y, a veces, «amplia pinceladas» para la elaboración de las leyes, mientras que el componente del «derecho penal» exige un lenguaje claro y detallado, sin ambigüedades para poder proteger mejor los derechos fundamentales de los acusados. Para utilizar elementos de ambos sistemas, el derecho penal internacional ha desarrollado un enfoque híbrido hacia las fuentes. En consecuencia, no es posible clasificar a las fuentes tradicionales del derecho internacional, tal como se define en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ –los tratados, el derecho internacional consuetudinario, principios generales y las decisiones²– como áreas separadas. Más bien, como intentaré enseñar en este curso, es mejor buscar las interacciones entre estas fuentes, así como la influencia de las fuentes «nuevas» tales como los estatutos de los tribunales internacionales, y sus reglas de procedimiento y prueba.

Sin embargo, algunos podrían decir que muchos de los debates sobre las fuentes del derecho penal internacional se han resuelto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional («CPI»). Basándose en la labor realizada en los tribunales *ad hoc*, el Estatuto de Roma contiene una jerarquía de las fuentes del derecho aplicable y ha

¹ El artículo 38 dispone lo siguiente: «La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59». Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ver <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm#C> («Estatuto de la CIJ»).

² *Id.*

codificado muchos principios generales del derecho penal.³ En teoría, este es un desarrollo muy importante en el derecho penal internacional. Sin embargo, en la práctica, no ha resuelto todo sobre este tema así que tendremos que esperar a ver cómo las disposiciones legales sobre las fuentes de derecho se resuelven en las salas de audiencias. Como hemos visto con los esfuerzos de los tribunales *ad hoc*: no es tan fácil la transición de la teoría de las fuentes de derecho (como la expresada en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ) a un sistema viable de derecho penal que se pueda aplicar en el tribunal.

En muchos sentidos, en la preparación de este curso sobre las fuentes del derecho penal internacional, he, utilizado en las palabras de Shakespeare, «the trick of singularity.»⁴ Esta frase sugiere que el concepto de la singularidad es solamente una ilusión que derrumba una multitud de posibilidades en una sola. La aplicación de este concepto al tema que nos ocupa hoy no es posible. A primera vista puede parecer, que las fuentes del derecho penal internacional son un cuerpo coherente, pero no es así en realidad. Esto es aún el caso con la Corte Penal Internacional a pesar de su codificación de las fuentes. En realidad hay muchas fuentes diferentes que interactúan de varias maneras y a veces producen la impresión de una doctrina coherente sobre hay que mantener este «truco» en la mente y recordar que una dosis saludable de escepticismo es crucial para cualquier estudiante de las fuentes del derecho penal internacional porque la diferencia entre la práctica y la teoría es más grande que lo que parece.

Hablando de una «multitud de posibilidades» me impulsa a definir el alcance de estas conferencias. En primer lugar, estas conferencias se centrarán en la cuestión de las fuentes del derecho penal internacional desde el ángulo de la jurisdicción penal internacional en lugar de la jurisdicción penal nacional. De esta manera, pregunto «¿cuáles son los procesos de elaboración de leyes a partir de la cual se puede extraer las normas que constituyen el derecho penal internacional que deben ser aplicadas por los tribunales penales internacionales?»⁵. En vez de buscar la forma en que esas fuentes son empleadas por los *tribunales nacionales*. He elegido este método de análisis porque es más un reflejo de mi área de especialización, siendo en mi décimo año como juez del TPIY. En segundo lugar, tomo nota de que yo uso el término «fuente» de varias maneras en el transcurso de estas conferencias. Una «fuente» del derecho es, en muchos sentidos, un concepto multinivel. Por un lado, se refiere a las fuentes «primarias» que contengan las normas que configuran el derecho penal internacional, lo cual puede incluir las fuentes que conocemos como los tratados y la costumbre. En otro nivel, se refiere a la materia que da contenido a las fuentes primarias. Por ejemplo, un tratado ratificado ampliamente puede ser indicio de una norma de derecho internacional consuetudinario. En muchos sentidos, esta pregunta es parte de un debate filosófico y jurisprudencial que

³ El Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1º de Julio 2002, A/CONF.183/9, ver [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/english/rome_statute\(e\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/english/rome_statute(e).pdf) («Estatuto de la CPI»), Arts. 21-33.

⁴ William Shakespeare, *Twelfth Night*, Act III, scene iv.

⁵ A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 25.

no voy a participar en este momento. Me limitaré a señalar que, como este curso es principalmente de introducción, he utilizado el término «fuente» con su multitud de significados. Supongo que esto podría ser visto como una aplicación de «the trick of singularity!»

En primer lugar, voy a examinar los estatutos de los tribunales penales internacionales. Aunque sólo se menciona de pasada en los análisis de este tema, los estatutos de los tribunales internacionales, desde la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg hasta el Estatuto de la CPI, han tenido un marcado efecto sobre las fuentes del derecho penal internacional utilizadas por los diversos tribunales internacionales y han dictado la interacción entre estas fuentes.

En segundo lugar, mi discurso se centrará con más detalle en las fuentes «tradicionales» del derecho internacional y las interacciones entre ellas. En particular, examinará la batalla entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario en los tribunales *ad hoc*, los problemas en definir al derecho internacional y el impacto de los «principios generales del derecho» sobre las normas de la costumbre, y viceversa.

Por último, voy a examinar el impacto de las fuentes escritas, como los tratados de derechos humanos, las decisiones de las jurisdicciones nacionales y internacionales, y las normas de procedimiento y prueba. Estas son tres áreas que generalmente no atraen tanta atención como los debates sobre el papel de la costumbre en el derecho penal internacional, pero sin embargo son fundamentales para una comprensión holística de la interacción de las fuentes del derecho penal internacional.

Sin más, a lo largo de este texto, espero que quede claro que la cuestión de las fuentes en el derecho penal internacional es una cuestión de diálogo y no de monólogo. Para mí, esto tiene dos significados. En primer lugar, esto significa que las fuentes de derecho no hablan con una sola voz, sino con muchas voces. Las varias fuentes hablan el uno al otro y trabajan juntos para llenar lagunas en el derecho penal internacional. En segundo lugar, significa que la cuestión de las fuentes del derecho penal internacional está aún sometida a debate: en los intercambios entre el abogado y el fiscal, en las discusiones en las sentencias; en conferencias académicas, y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales que a veces es oscilante.

2. Estatutos de los tribunales internacionales: de Nuremberg a la Corte Penal Internacional

La fundación de cada tribunal penal internacional proviene, por supuesto, de su estatuto. Sin estos documentos legislativos, no habría tribunales militares internacionales, tribunales *ad hoc*, o la CPI. Por tanto, el punto natural de empezar nuestro estudio de la interacción de las fuentes del derecho penal internacional es con un análisis de los estatutos de los diferentes tribunales penales internacionales. Con el fin de facilitar este análisis, me centraré en: (i) la interrelación entre los estatutos de los tribunales internacionales y el principio de legalidad, (ii) la función especial del Estatuto de la CPI y su enfoque a las fuentes y, por último, (iii) la forma en que los estatutos puedan funcionar como fuentes de obligaciones jurídicas para los Estados.

2.1. LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al tratar de la interacción de las fuentes del derecho penal internacional, tiene un cierto sentido empezar con el principio de legalidad: *nullum crimen sine lege*.⁶ De hecho, el deseo de la comunidad internacional al establecer los tribunales penales internacionales para cumplir con este principio ha tenido un impacto considerable en la manera en que pensamos acerca de las fuentes del derecho penal internacional. Fundamentalmente, se ha determinado el papel de los Estatutos, por lo menos a los tribunales formados después de la Segunda Guerra Mundial, y los tribunales *ad hoc*, como bases de la competencia judicial en vez de ser fuentes primarias de la ley aplicable.

En el período subsiguiente de la Segunda Guerra Mundial, las naciones victoriosas establecieron el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg («Tribunal de Nuremberg») en 1945⁷ y el del Lejano Oriente («Tribunal de Tokio») en 1946. Precisamente como el TPIY y el TPIR, estos tribunales militares se establecieron *después* de la comisión de los crímenes sobre los que tenían jurisdicción. Ha habido mucho debate académico sobre si esos tribunales violaron el principio de legalidad. Por supuesto, el Tribunal de Nuremberg aplicó su Carta⁸ señalando que, «[e]l derecho de la Carta es decisiva, y vinculante para el Tribunal».⁹ Esta afirmación ha llevado a algunos a argumentar que dado que los conceptos contenidos en la Carta, como la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, no fueron aceptados en el derecho internacional en ese momento el Tribunal ha actuado en violación del principio de legalidad.¹⁰ Sin embargo, otros notan que el Tribunal no consideró la carta como una forma de ley estatutaria. De hecho, no se podía considerar como ley estatutaria para cumplir con el principio de legalidad.¹¹ Por el contrario, el Tribunal hizo la concesión que, en la medida en que la Carta representa la ley, se trata de un derecho que derive de otras fuentes. En este sentido, el Tribunal señaló:

⁶ Este principio de legalidad esta representado en el artículo 15(1) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que dice, «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre 1966, entró en vigor el 23 de marzo 1976.

⁷ Nuremberg Rules, in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 82 U.N.T.S 279, *entró en vigor el* 8 de agosto 1945.

⁸ *Id.*

⁹ Judgement of the International Military Tribunal, Trial of Major War Criminals before the IMT, Nuremberg, (14 Nov. 1945 – Oct. 1946) («IMT Judgement»), Vol. 22, p. 461.

¹⁰ *Ver por ejemplo*, K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1993), pp. 19-20.

¹¹ Es pertinente señalar que este argumento fue presentado por los acusados alemanes: «Se insistió en nombre de los acusados que un principio fundamental del derecho- internacional y nacional - es que no puede haber castigo de un crimen sin una ley preexistente. '*Nullum crimen sine lege. Nulla poena sine lege.*' Se alegó que el castigo *ex post facto*, es aborrecible a la ley de todas las naciones civilizadas». IMT Judgement, Vol. 22, pp. 461-462.

La Carta no es un ejercicio arbitrario del poder por parte de las naciones victoriosas, pero en opinión del Tribunal, como se mostrará, es la expresión del derecho internacional vigente en el momento de su creación.¹²

En otras palabras, la Carta retrospectiva no podía tomarse en su valor nominal. No fue la propia ley, sino más bien un indicador de derecho penal internacional ya existente en el momento de la comisión de los delitos.¹³ El siguiente gran paso en el desarrollo del derecho penal internacional fue el establecimiento del TPIY y el TPIR. Estos dos tribunales son similares al Tribunal de Nuremberg en este sentido.

Tanto el TPIY y como el TPIR son en gran parte tribunales *ex post facto*, establecidos por el Consejo de Seguridad actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas («Carta de las Naciones Unidas») después de la comisión de los delitos sobre los que tenían jurisdicción.¹⁴ En consecuencia, los Estatutos que formaron estos tribunales sólo establecieron el ámbito de las funciones de los tribunales y concedieron competencia material a los tribunales *ad hoc* sobre crímenes ya existentes en el derecho penal internacional. El Estatuto del TPIY, por ejemplo, establece la competencia del TPIY para enjuiciar a las personas *naturales* por graves violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. El objeto específico de la jurisdicción del Tribunal se establece en los artículos 2-5 del Estatuto. Estos artículos dan al Tribunal jurisdicción sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2); violaciones de las leyes o costumbres de guerra (artículo 3); genocidio (artículo 4), y los crímenes de lesa humanidad (artículo 5). Estos artículos enumeran los crímenes que caen en cada una de estas categorías, pero no elaboran los elementos específicos de esos crímenes.¹⁵ En otras palabras, al igual que los Estatutos de la Tribunales de Nuremberg y Tokio, el Estatuto del TPIY funciona mucho

¹² IMT Judgement, Vol. 22, p. 461.

¹³ Es prudente notar, sin embargo, que la Carta fue ratificado posteriormente por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas como parte del derecho internacional consuetudinario: *Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of the Nüremberg Tribunal*, Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly, 11 diciembre 1946.

¹⁴ El TPIY fue creado en 1993 a través de las Resoluciones del Consejo de Seguridad 808 y 827 del año 1993. El TPIR se estableció a través de las Resoluciones del Consejo de Seguridad 955 of 1994.

¹⁵ *Ver por ejemplo*, el artículo 2 del TPIY que dice, «El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra personas protegidos por las disposiciones de la Convención de Ginebra pertinente: (a) homicidio intencional; (b) la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; (c) causar deliberadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud; (d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas de manera ilegal y arbitraria; (e) Obligar a un prisionero de guerra o a un civil a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; (f) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un civil de los derechos a un juicio justo e imparcial; (g) deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal de un civil; (h) la toma de civiles como rehenes. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *entró en vigor* 25 mayo 1993, UN Doc S/RES/927 (1993), *ver* http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf («Estatuto del TPIY»), Art. 2.

más como base de la competencia judicial que como una fuente *primaria* del derecho penal internacional.

Había buenas razones para seleccionar este tipo de enfoque. En primer lugar, aseguró de que estos tribunales *ex post facto* se cumplieron con el principio de legalidad, y en segundo lugar, evitó a la alternativa problemática de tener al Consejo de Seguridad como un cuasi-legislativo en la determinación de las normas aplicables del derecho internacional humanitario.

La elaboración de los estatutos de los tribunales *ad hoc* como fuentes de competencia, sin embargo, no resuelve todas las preguntas. ¿Qué sucede, por ejemplo, si la competencia del material del Estatuto no está claro? Esta fue precisamente la pregunta que la Sala de Apelaciones afrontó en el fallo *Tadić*.¹⁶ En esa ocasión, la Cámara tuvo que examinar si, como la Sala de Primera Instancia en *Tadić* había encontrado¹⁷, todos los crímenes de lesa humanidad enumerados en el artículo 5, exigen una intención discriminatoria. En tal caso, la Sala de Apelaciones señaló que el Estatuto del TPIY debe interpretarse como un tratado, y de conformidad con las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, en función de su sentido «corriente» y, en caso de duda, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.¹⁸ Aplicando este método, la Sala concluyó que la Sala de Primera Instancia había interpretado correctamente que el artículo 5 no exige una intención discriminatoria para todos los crímenes contra la humanidad y que «tal intención es un ingrediente jurídico indispensable de la infracción sólo respecto a los delitos que esta expresamente requerido, es decir, para el artículo 5(h), en relación con diversos tipos de persecución.»¹⁹ Este ejemplo demuestra la forma en que otras fuentes del derecho, como el derecho internacional consuetudinario, se utilizan en conjunción con el Estatuto del Tribunal para aclarar preguntas del derecho.

Antes de continuar, me gustaría plantear una observación interesante sobre la posible utilización de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* como fuentes de derecho. Como he señalado anteriormente, tanto el TPIY y el TPIR se suponen ser tribunales *ex post facto* en ocuparse de los delitos cometidos antes de su establecimiento. La jurisdicción temporal del TPIR refleja este hecho: el Tribunal fue creado en 1994, y su competencia se limita a «entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994». El TPIY, por otra parte, se creó en 1993, pero tiene una competencia temporal sin límites fijos: «desde 1991». Varios delitos juzgados por el TPIY, tales como los acontecimientos de Srebrenica en 1995 y Kosovo en 1999, sucedieron después de la introducción del Estatuto del TPIY. Esto plantea la posibilidad fascinante de la utilización del Estatuto como fuente primaria de derecho

¹⁶ *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgement, 15 July 1999 («*Tadić* Sentencia de la Sala de Apelaciones»).

¹⁷ *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber Judgement, 7 May 1997 («*Tadić* Sentencia de la Sala de Primera Instancia»), para. 652.

¹⁸ *Tadić* Sentencia de la Sala de Apelaciones, para. 282. citando ICJ Reports (1950), p. 8. Ver *ibid.*, paras 287-292.

¹⁹ *Tadić* Sentencia de la Sala de Apelaciones, para. 305.

aplicable por el Tribunal. En otras palabras, en teoría los magistrados del TPIY podrían aplicar los términos del Estatuto del TPIY en el análisis de la comisión de delitos posteriores a 1993 en la región, y al mismo tiempo mantener la conformidad del Tribunal con el principio de legalidad. Sin embargo, en la práctica esto no ha sido el enfoque adoptado por el Tribunal. Esto es probablemente porque las palabras de los Estatutos son demasiado vagas para servir como un verdadero código penal. Como dije antes, no se establecen los elementos de los varios delitos - los jueces deben recurrir a otras fuentes a fin de determinar aquellos. Otra razón de este enfoque es quizás más teórica que práctica es que muchas de las primeras decisiones del Tribunal que se ocupaban de los delitos anteriores a 1993 ya habían elaborado los elementos de los crímenes. Como resultado, no hay necesidad de aplicar el Estatuto como fuente primaria de la ley.

2.2. LA FUNCIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO UNA FUENTE DE DERECHO

Con el fin de examinar mejor el Estatuto de la CPI, tenemos que volver a sus orígenes. Regresar al estado del mundo a raíz de los Tribunales de Nuremberg y Tokio. En ese momento, la comunidad internacional necesitaba una forma de justicia internacional que penalizaba ciertas conductas, pero que al mismo tiempo se ajustaba al principio de legalidad. La Comisión del Derecho Internacional («CDI») tomó dos medidas en este sentido: empezó a intentar establecer un tribunal permanente de justicia internacional, y se inició la redacción del Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad («Proyecto de Código de 1996»)²⁰ Como es sabido, estos esfuerzos se estancaron por muchos años, pero se reavivó en la década de 1990: un proyecto de estatuto de una corte penal internacional se terminó en 1994; y el Proyecto de Código fue publicado en 1996. Estos esfuerzos, impulsados por el establecimiento del TPIY y el TPIR, promovieron una creencia generalizada de que un tribunal penal internacional permanente era deseable y práctico. Se acumularon en la Conferencia de Roma en 1998, a la que asistieron 160 Estados, donde finalmente aprobaron el Estatuto de la CPI. Esta es, por supuesto, una versión abreviada de una historia larga. Sin embargo, es importante ser consciente de estos comienzos humildes con el fin de entender por qué el Estatuto de la CPI difiere de los estatutos de los tribunales internacionales anteriores y cómo estas diferencias cambian su papel en el debate sobre las fuentes del derecho penal internacional.

A diferencia de los Estatutos de los tribunales anteriores, el Estatuto de la CPI es un tratado. El proceso de negociación del tratado permite a todos los Estados que son partes, negociar totalmente un proyecto después de un examen detallado de todas las cuestiones posibles relacionadas con el establecimiento de un tribunal internacional, incluidos los elementos de los crímenes. Como resultado de ello, el Estatuto de la CPI es un instrumento largo y detallado que establece una lista de los

²⁰ Ver K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Nueva York: Oxford, 1993), pp. 20-22, 27-28.

crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte, algunos de los principios del derecho penal internacional, así como los fundamentos de los procedimientos ante la Corte. Las definiciones de los crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte son mucho más detalladas que las disposiciones equivalentes en los estatutos del TPIY y el TPIR. En algunos casos, puede ser que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción explícitamente sobre la conducta que no es, al menos expresamente, una parte de la jurisdicción del TPIY o el TPIR. Consideremos, por ejemplo, la prohibición de los niños soldados en la CPI.²¹ En otros casos, simplemente significa que algunos delitos son definidos más claramente en el Estatuto. Por ejemplo, mientras que el «exterminación» se muestra como un crimen contra la humanidad en los estatutos del TPIY y el TPIR, no está definido.²² En contraste, en el Estatuto de la CPI, «exterminación» se muestra y, en parte, se define como «la aflicción intencional de condiciones de vida, entre otras cosas, la privación del acceso a alimentos y medicinas, encaminadas a causar la destrucción de una parte de la población».²³ Este detalle significa que el Estatuto de la CPI es la principal fuente de derecho en la CPI: es la primera fuente que consultan los jueces para evaluar si se ha cometido un delito. La primacía del Estatuto, junto con sus instrumentos conexos, no fue interrogado en las deliberaciones que culminaron en el Estatuto de la CPI.²⁴

El Estatuto de la CPI va incluso más allá de esto, sin embargo, con el establecimiento en virtud del artículo 9 de un documento que se llama «Elementos de los Crímenes» que «ayudará a la Corte en la interpretación y aplicación de los artículos 6, 7 y 8».²⁵ Aunque inicialmente hubo cierto debate sobre si los elementos de los crímenes deben ser elaborados por los Estados o por los jueces, la mayoría de los Estados acordaron encomendar a la elaboración de elementos para «ayudar al tribunal».²⁶ Este paso fue diseñado para servir mejor al principio de legalidad.²⁷ En consecuencia, los elementos de los crímenes, y las enmiendas propuestas, se adoptarán por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados y deben ser compatibles con el Estatuto.²⁸ Junto con el Estatuto, los Elementos de los crímenes son una fuente primaria de derecho para ser aplicado por la CPI.

Esto plantea la pregunta, si el Estatuto y los Elementos son insuficientes – ¿qué fuentes de derecho debe aplicar la CPI? Desde el inicio del proceso de redacción de la CPI ha habido un acuerdo general en que los requisitos de especificidad en el

²¹ Estatuto de la CPI, Arts. 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii).

²² Estatuto del TPIY, Art. 5(b); Estatuto del TPIR, Art. 3(b).

²³ Estatuto de la CPI, Arts. 7(1)(b) and 7(2)(b).

²⁴ O. Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 439.

²⁵ Estatuto de la CPI, Art. 9(1).

²⁶ O. Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 439.

²⁷ O. Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 439, refiriéndose al US Reference Paper: Elements of Offenses for the International Criminal Court, presentado a la Preparatory Committee (27 March 1998) (en el archivo de O. Triffterer) («We believe criminal elements can give teeth to the concept of *nullum crimen sine lege*»).

²⁸ Estatuto de la CPI, Art. 9.

derecho penal exige una codificación de las fuentes del derecho en el Estatuto de la CPI.²⁹ La elaboración de las fuentes está contenida en el artículo 21, que dice lo siguiente:

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 y los principios y normas de derecho internacional aplicables, 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 principios internacionalmente reconocidos.

De esta manera, el Estatuto de la CPI se asemeja más un código exhaustivo de derecho penal, ya que sólo es «cuando proceda» que los jueces pueden recurrir a otras fuentes de derecho. Esta preferencia por el Estatuto frente a otras posibles fuentes del derecho penal internacional se puso de manifiesto en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Decisión sobre la confirmación de los cargos en el caso *Lubanga*.³⁰ En la audiencia de confirmación, la defensa alegó que el principio de legalidad exigió que la Cámara tomara una determinación de si Thomas Lubanga Dyilo era consciente de la existencia del delito de reclutar a niños menores de 15 años o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. Sostuvieron que el acusado no era consciente de ese crimen. La Defensa procedió, sin embargo, a argumentar que no era previsible por el Sr. Lubanga, que la conducta en cuestión era de naturaleza criminal. Después de evaluar las presentaciones, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que la Defensa estaba basada en la posibilidad de excluir la responsabilidad penal debido de un error de la ley en vigor, sino que procedió, sin embargo, al examinar la cuestión del principio de legalidad. De este modo, la Sala señaló que «el reclutamiento, conscripción y la utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades son suficientemente definidos» en el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes. A continuación, sostuvo que:

²⁹ O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 439, refiriéndose al Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN GAOR, 50th Sess, Supp. No. 22, UN Doc. A/50/22 (1995), para. 52, at p. 10: «As regards article 23 of the draft statute, the view was expressed that, to satisfy the requirements of precision and certainty in criminal proceedings, the law to be applied by the court should be clearly determined by the statute rather than through reliance on national conflict-of-law rules».

³⁰ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007 (versión pública) (la traducción oficial de la corte).

No hay infracción del principio de legalidad si la Sala ejerce su poder de decidir si Thomas Lubanga Dyilo debe ser comprometido para el juicio sobre la base del escrito (*lex scripta*) preexistentes normas penales aprobadas por los Estados Partes del Estatuto de Roma (*lex praevia*), a definir las conductas prohibidas y establecer la sentencia apropiado (*lex certa*), que no puede interpretarse, por analogía en *malam partem* (*lex stricta*)³¹

En otras palabras, la Sala sostuvo que como los hechos se penalizaron en el Estatuto de Roma, que fue ratificado por la República Democrática del Congo, el principio de legalidad se cumplió. Esto demuestra la forma en que el Estatuto de la CPI actúa como una fuente primaria de la ley dentro de ese tribunal. La pregunta sigue, ¿cómo puede interactuar el Estatuto con las otras fuentes enumeradas en el artículo 21 del Estatuto de la CPI? En la decisión de *Lubanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares fue invitado, expresamente por el abogado de las víctimas a considerar una decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona que, antes de noviembre del año 1996, la prohibición contra el reclutamiento de niños ya había cristalizado como norma del derecho consuetudinario.³² La Sala, sin embargo, sólo menciona de pasada esta sentencia como prueba adicional de que el Sr. Lubanga no podía alegar que él no tenía conocimiento de la criminalidad de los actos.³³ A partir de esto es evidente que la preferencia en la práctica de la CPI es para el Estatuto como una fuente de derecho, en vez de otras fuentes, como las decisiones judiciales y el derecho internacional consuetudinario.

Cuando se considera el artículo 21 del Estatuto, la confirmación en *Lubanga* de los cargos plantea la cuestión: ¿cuando pueden los magistrados de la CPI, consultar a otras fuentes de derecho? O, mejor, ¿cuando se puede mirar hacia el derecho internacional consuetudinario? El uso de la frase «cuando proceda» en el artículo 21, sin duda indica que los magistrados gozan de cierta discrecionalidad a este respecto. Dicho esto, la expresión aún no se ha determinado con precisión en la jurisprudencia de la Corte. Posiblemente, podría utilizarse como una limitación de la discreción que los jueces tienen cuando se dirigen a otras, tal vez más vagas fuentes de derecho. En virtud de esa opinión, «cuando proceda» sólo puede aplicarse cuando el derecho internacional tiene la forma de principios de jus cogens - normas imperativas que son inderogables por tratado o por costumbre. Por otro lado, podría darse una interpretación amplia y la Corte podrá encontrar que está obligado por los acontecimientos corrientes en el derecho internacional consuetudinario. En este escenario, podemos imaginar que la Corte diría que es más «ade-

³¹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007 (versión pública) (la traducción oficial de la corte), para. 303, refiriéndose a K. Ambros, «Nulla Poena Sine Lege» in International Criminal Law in R. Haveman and O. Olusanya. (eds), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law* (Antwerp: Intersentia, 2006) pp. 17-22.

³² *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, paras 17-24.

³³ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007 (versión pública) (la traducción oficial de la corte), para. 311.

cuado» –como dice el artículo 21– para aplicar las leyes corrientes del derecho consuetudinario junto con el Estatuto. Por supuesto, sólo el tiempo dirá cómo será el resultado de estas interacciones.

En el caso de que los magistrados de la Corte consideren «oportuno» mirar más allá de los documentos constitutivos de la CPI, preguntamos si están autorizados a examinar el derecho internacional consuetudinario. En valor nominal, la respuesta parece ser no – ciertamente no hay mención del derecho internacional consuetudinario en el artículo 21. Sin embargo, hay una referencia a los «principios y normas del derecho internacional». Esta frase generalmente se da para abarcar, *inter alia*, el derecho internacional consuetudinario,³⁴ aunque no está claro por qué los redactores del Estatuto evitaron esta frase en particular.³⁵

Si entendemos que el artículo 21 permite a la CPI mirar hacia el derecho internacional consuetudinario, un interesante problema surge cuando el Estatuto de la CPI no se limita a codificar el derecho consuetudinario internacional, pero ofrece una salida de él, por ejemplo, ha definido un delito en un termino más estrecho o más amplios que el derecho consuetudinario. Esto es, de hecho, el caso con el artículo 7 del Estatuto de la CPI, que enumera los crímenes de lesa humanidad. El artículo 7 incluye, con ligeras variaciones, los actos enumerados en el Proyecto de Código de 1996 y en los Estatutos del TPIY y el TPIR.³⁶ Se define explícitamente la «persecución» como «la privación intencional y grave de los derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o colectividad».³⁷ El Estatuto de la CPI, sin embargo, define a algunos aspectos de los crímenes de lesa humanidad y, por tanto, también de la persecución, en términos diferentes a los que se encuentran en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y a los aceptado como derecho internacional consuetudinario. En primer lugar, esta provisión sólo se aplica si el perpetrador se involucra en una forma de conducta que implique la comisión múltiple de actos numerados, mientras tanto se persigue o promueve «una política del Estado o una organización a cometer» un ataque contra una población civil.³⁸ Esto es una limitación sobre el derecho internacional consuetudinario existente.³⁹ En segundo lugar, los motivos discriminatorios mencionados por el Estatuto de la CPI no se limitan a políticos, raciales o religiosos, sino también abarcan las minorías étnicas, culturales, de género y «otros motivos

³⁴ W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 196; O. Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), pp. 441-442.

³⁵ O. Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 442.

³⁶ Ver Estatuto del TPIY, Art. 5; Estatuto del TPIR, Art. 3, 1996 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Art. 18.

³⁷ Estatuto de la CPI, Art. 7(2)(g).

³⁸ Estatuto de la CPI, Art. 7(2)(a).

³⁹ La norma de derecho internacional consuetudinario, reconocido por el TPIY se resume en el caso del *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Chamber Judgement, 17 September 2003, para. 185.

Estatuto de la CPI, Art. 7(1)(h).

universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional». ⁴⁰ Esto es una ampliación de la ley, tal como se indica en los Estatutos del TPIY y el TPIR, ⁴¹ y a pesar de su vaguedad y las dificultades de aplicación, debe ser bienvenida. En tercer lugar, la persecución bajo el Estatuto de la CPI debe ser cometida en relación con otros actos o crímenes de la competencia de la CPI: un elemento que no esté obligado por el derecho consuetudinario. ⁴² En vista de estas discrepancias entre el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de la CPI, ¿qué ley debe aplicarse? Creo que será interesante ver cómo los primeros casos ante la CPI que implican el delito de persecución serán juzgados. Si bien es evidente que el Estatuto es un tratado y que los Estados Partes considerarán a sus términos como obligatorio en relación a la definición de los delitos tipificados en el Estatuto, pero me pregunto si el artículo 21, podrá permitir cierta flexibilidad en la *interpretación* del Estatuto en consonancia con el derecho internacional consuetudinario. En caso de que adopten la interpretación amplia de «cuando proceda» que he esbozado antes, podríamos ver a la CPI utilizando a la definición de persecución que se encuentra en el derecho internacional consuetudinario. En mi opinión, esta es la posición más lógica a adoptar. Es decir, es lógico elegir la aplicación del derecho consuetudinario cuando tiene un alcance más amplio, salvo en los casos en que los redactores del Estatuto han dejado claro que la definición más restringida del Estatuto debe aplicarse.

Otro tema interesante es, qué fuentes utilizará la Corte a la hora de abordar con los Estados que no han ratificado el Estatuto. Este es, por supuesto, el caso de Sudán en relación con la situación en Darfur, que ahora está bajo investigación. En tales circunstancias ¿qué hará la Corte, se aplicará el derecho internacional sólo como se establece en el Estatuto, teniendo en cuenta que el Estatuto no es vinculante para los Estados como Sudán? o ¿aplicará el derecho internacional consuetudinario, probablemente aplicable a todos los Estados y otros súbditos del derecho internacional, independientemente de si han ratificado el Estatuto? Si el Tribunal se aplicará el derecho consuetudinario en relación con los Estados como Sudán, ¿se lo aplicará incluso cuando no sigue la letra del Estatuto? En relación con cuestiones como la persecución, estos no son preguntas meramente hipotéticas. Sin embargo, tendremos que esperar un poco para que la práctica ponga a prueba esta teoría interesante de la interacción entre las fuentes del derecho penal internacional.

⁴⁰ Estatuto de la CPI, Art. 7(1)(h).

⁴¹ Los artículos 5(h) y 3(h) del Estatuto del TPIR dicen que solo reconocen los motivos «political, racial and religious».

⁴² Una sentencia en este sentido fue hecho por una Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso de *Kupreškić et al.* que señaló que «although the Statute of the ICC may be indicative of the *opinio juris* of many States, Article 7(1)(h) is not consonant with customary international law». La Sala procedió a rechazar por ser demasiado estrecho el requisito que la persecución debe estar relacionado con un crimen de la competencia de la Corte o con otro crimen contra la humanidad.

Prosecutor v. Kupreškić et al., Case No. IT-95-16-T, Judgement, 14 January 2000, paras 579-581.

2.3. LOS ESTATUTOS COMO FUENTES DE OBLIGACIONES LEGALES

Si los estatutos de las cortes y tribunales internacionales no son siempre fuentes primarias del derecho penal internacional, normalmente son fuentes de obligaciones jurídicas para los Estados. Es importante recordar que para los tribunales penales internacionales, la cooperación del Estado es crucial para la eficacia del proceso judicial. Sin esa cooperación, los tribunales realmente se convierten en tigres sin dientes: son incapaces de aprovechar material probatorio, obligar a los testigos a prestar declaración, realizar investigaciones o imponer órdenes de detención. Sin estas facultades, la cuestión de cuáles son las fuentes del derecho penal internacional aplicables se convierte en una cuestión sin contenido! Por esa razón, quiero examinar brevemente las diferentes formas en que los estatutos de los tribunales y cortes internacionales imponen obligaciones jurídicas a los Estados.

Siendo aprobadas de conformidad con el Capítulo VII las Resoluciones del Consejo de Seguridad, el Estatuto del TPIY crea obligaciones para todos los Estados miembros de la ONU según el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas. Esto también es válido para el Estatuto del TPIR, que fue adoptado en circunstancias similares.⁴³ A medida que se adoptaron en virtud de las disposiciones contenidas en un tratado, es decir, la Carta de la ONU, estos estatutos forman parte de una legislación internacional «secundaria» que se dirige a todos los Estados miembros de la ONU.⁴⁴ La obligación principal de los Estados figura en el artículo 29 del Estatuto del TPIY (y del artículo 28 del Estatuto del TPIR), que dice que «los Estados deberán cooperar con el Tribunal Internacional en la investigación y el enjuiciamiento de personas acusadas de haber cometido graves violaciones del derecho internacional humanitario».⁴⁵

Esto es distinto del Estatuto de la CPI que, al ser un tratado, sólo impone obligaciones a los Estados parte en ese tratado.⁴⁶ El enfoque es diferente también en el Tribunal Especial para el Líbano («TEL»). Aunque, al igual que el TPIY y el TPIR, este tribunal fue establecido por el Consejo de Seguridad actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU, no se especifica una obligación universal de cooperar. Por el contrario, impone un estándar doble. Por un lado, crea obligaciones a Líbano de plena cooperación con el Tribunal. Por otra parte, permite al Tribunal entrar en acuerdos de cooperación con los Estados interesados, en ausencia de otras obligaciones adeudados por los Estados.⁴⁷

Hay una miríada de formas en que los estatutos de los tribunales internacionales pueden actuar como fuentes de derecho, que muchas veces se pasan por alto porque no entran las fuentes «tradicionales» del derecho internacional establecidas

⁴³ *Infra*, fn. 7

⁴⁴ A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 26

⁴⁵ Estatuto del TPIY, Art. 29.

⁴⁶ Para un análisis más detallado de las obligaciones de los Estados en virtud del régimen de la CPI ver, A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp 358-360.

⁴⁷ Para una discusión detallada sobre los problemas sustantivos en relación con la cooperación del Estado con el Tribunal Especial para el Líbano, ver B. Swart, «Cooperation Challenges for the Special Tribunal for Lebanon», *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007) 1153.

en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ: como bases de la competencia, como fuentes primarias de la legislación aplicable y como base de una obligación legal. Será interesante ver si los futuros tribunales penales internacionales adoptan el enfoque de la CPI en el establecimiento de una jerarquía de fuentes aplicable, o si se prefieren el modelo en que «eligen los jueces» qué se pone de manifiesto en los tribunales *ad hoc*.

3. Tratado y Costumbre

Cuando mi colega, Rosalyn Higgins se enfrentó con la tarea de redactar sus conferencias para el Curso General de Derecho Internacional de 1994, en la Academia de La Haya, decidió que en lugar de adoptar un enfoque lineal, se esforzaría por centrarse en la forma curiosa en que un concepto en el derecho internacional puede llevar en otra materia, aparentemente sin relación. En ese momento, ella escribió: «Yo quería mostrar a los estudiantes cómo encaja el rompecabezas, cómo una área afecta la otra, cómo siempre hay una interrelación nueva por descubrir».⁴⁸ Del mismo modo, en un estudio de las fuentes del derecho penal internacional, se hace evidente que cada una de las fuentes afecta a la otra y que, en muchos aspectos, las fuentes no pueden ser estudiadas individualmente. En consecuencia, en este curso me gustaría adoptar un enfoque similar mientras que exploramos algunas de las fuentes del derecho internacional tal como se establece en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

En este curso, no tengo la intención de enumerar o analizar laboriosamente cada una de las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, este tipo de análisis ya se ha abordado por muchos libros de texto con los que estoy seguro están familiarizados. Más bien, quisiera destacar un par de formas interesantes en que interactúan estas fuentes, y algunas «conversaciones» entre estas fuentes, en el ámbito del derecho penal internacional. A modo de ejemplos de la práctica de los tribunales internacionales, quiero destacar algunos de los problemas verdaderos de encontrar, y aplicar, las fuentes en el derecho penal internacional. En particular, tengo la intención de examinar (i) la interacción entre fuentes convencionales y fuentes consuetudinarias del derecho, (ii) las dificultades de definir el derecho internacional consuetudinario, y (iii) la variada utilización de principios generales del derecho internacional.

Como ya señalé más arriba, no hay equivalente del artículo 21 del Estatuto de la CPI en los Estatutos del TPIY y el TPIR. En consecuencia, ha sido el papel de los jueces de estos tribunales el decidir qué fuentes de derecho aplicar y en qué orden. No es extraño, entonces, que la cuestión a qué fuentes pueden mirar los jueces para decidir la ley aplicable resulte: ¿están limitados los tribunales a aplicar el derecho internacional consuetudinario o pueden también recurrir al derecho convencional? ¿En qué condiciones pueden basarse en el derecho convencional?

⁴⁸ R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon Press, 1994), vi.

¿Y qué ocurre cuando el alcance del derecho convencional es diferente del derecho consuetudinario?

Para empezar, quiero examinar esta cuestión en lo que se refiere específicamente al TPIY. Los problemas del TPIY en este ámbito se derivan de un párrafo aparentemente inocente, el párrafo 34, que figura en el Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIY. Ese infame párrafo dice:

En opinión del Secretario General, la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el tribunal internacional debe aplicar las normas del derecho internacional humanitario que forman más allá de toda duda parte del derecho consuetudinario a fin de que el problema de la adhesión de los Estados a algunos pero no todos convenios específicos no se plantee. Este parece ser especialmente importante en el contexto de un tribunal internacional para enjuiciar a las personas que han cometido graves violaciones del derecho internacional humanitario.⁴⁹

Evidentemente, hay dos maneras de interpretar esta declaración. Por un lado, se podría decir que, sobre la base del principio de legalidad, el Secretario General llegó a la conclusión de que el TPIY debe aplicar, con exclusividad, el derecho internacional consuetudinario. Por otro lado, se puede sugerir que si el TPIY aplicara el derecho convencional quizás tendrá problemas, teniendo en cuenta que no todos los Estados se han adherido a todos los tratados pertinentes. Consideremos, por ejemplo, el Protocolo Adicional I que aún varios Estados no han ratificado.⁵⁰ Siguiendo esta línea de argumentación, si no hay ningún problema de adhesión, el TPIY podrá aplicar el derecho convencional y, en los casos en que los Estados no son partes, los jueces deben considerar el derecho internacional consuetudinario, a fin de preservar el principio de legalidad.

Teniendo en cuenta este párrafo a la luz de la cuestión específica de la sucesión de Estados a los tratados humanitarios internacionales que se planteaban en el desmembramiento de la ex Yugoslavia,⁵¹ parece muy probable que el Secretario General

⁴⁹ *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, UN Doc. No. S/25704 (3 May 1993), para. 34.

⁵⁰ Entre estos Estados son: Estados Unidos, Israel, Irán, Pakistán, Turquía, Afganistán e Irak.

⁵¹ Esta cuestión de la sucesión de Estados surgió debido a que Croacia declarara su independencia de Yugoslavia el 25 de junio 1991, pero no hizo una notificación de sucesión con respecto a los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales hasta el 11 de mayo de 1992. Del mismo modo, Bosnia y Herzegovina declaró su independencia el 3 de marzo de 1992, pero no depositó una «declaración de sucesión» a estos tratados hasta el 31 de diciembre de 1992. Así, hubo un desfase temporal entre la fecha de la independencia y la notificación formal de la sucesión. Durante este tiempo, hubo numerosos informes de violaciones de derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia. Ambos las notificaciones de sucesión se hicieron con la condición de que los tratados pertinentes sería con carácter retroactivo a la fecha de la independencia como se autoriza en el artículo 23(1) de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados («Convención de Viena sobre la Sucesión»). A pesar de este condición, la cuestión se convirtió en si era compatible con el principio de legalidad que el acusado sea condenado por violaciones de los tratados durante este intervalo de tiempo. Esta cuestión fue resuelta por la Sala de Apelaciones en la Sentencia de *Čelebići*: «It may be now considered in international law that there is automatic State succession to multilateral humani-

intentó seguir la segunda opinión. Esta opinión ha sido ampliamente adoptada en la jurisprudencia del TPIY. Dicho esto, voy a mencionar un par de casos, con el fin de ilustrar que la pregunta de la preferencia por el derecho de los tratados o el derecho internacional consuetudinario tiene historia.

La pregunta se examinó en primer lugar en la Decisión de Apelación del caso *Tadić* sobre Jurisdicción.⁵² Una de las cuestiones más amplias antes de la Cámara fue uno que ilustra claramente la interacción de las convenciones y costumbres como fuentes de derecho para los tribunales penales internacionales: ¿puede un tribunal hacer cumplir las disposiciones de los tratados que son vinculantes para una parte en el conflicto, aunque la prohibición basado en los tratados no es un delito en virtud del derecho internacional consuetudinario? Más concretamente, la cuestión era el alcance de la competencia de la materia del TPIY en virtud del artículo 3 del Estatuto del TPIY, que se ocupa de «violaciones de las leyes y costumbres de la guerra».

Frente a las opciones de aplicar únicamente el derecho internacional consuetudinario, o aplicar una combinación de derecho convencional y el derecho consuetudinario, la Sala de Apelaciones optó por la segunda opción. Señaló que el artículo 3, abarca una categoría residual de delitos diseñada para capturar todas las demás graves violaciones del derecho internacional humanitario que no caen en el ámbito de los artículos 2, 4 o 5, en particular, los elementos del derecho consuetudinario sobre todo aplicables a los conflictos armados internos, así como los delitos que se especifican en los acuerdos vinculantes a las partes en el conflicto en la ex Yugoslavia, pero que aún no eran normas del derecho internacional consuetudinario.⁵³ Después de esta conclusión, la Sala de Apelaciones sostuvo que:

Los siguientes requisitos se deben cumplir para que un delito sea objeto de enjuiciamiento ante el Tribunal Internacional por medio del artículo 3:

(i) la violación debe constituir una infracción de una norma de derecho internacional humanitario;

(ii) la norma debe ser consuetudinaria en su naturaleza o, si pertenece al derecho de los tratados, ciertas condiciones deben cumplirse ...;

(iii) la violación debe ser ‘grave’, es decir, debe constituir una violación de una norma que protege valores importantes, y la violación debe implicar graves consecuencias para la víctima ...;

(iv) la violación de la norma debe suponer, en virtud del derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que viola la norma.⁵⁴

tarian treaties in the broad sense, i.e., treaties of universal character which express fundamental human rights.» (*Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgement, 20 February 2001 («*Čelebići* Sentencia de la Sala de Apelaciones»), para. 111.)

⁵² *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 («*Tadić* Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Jurisdicción»).

⁵³ *Tadić* Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Jurisdicción, para. 89.

⁵⁴ *Tadić* Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Jurisdicción, para. 94.

Sobre esta base, la Sala estableció que estaba dispuesta a mirar a ambos, convenciones y costumbres, como fuentes de derecho. Comentando más sobre el uso de los convenios por el TPIY, la Sala en *Tadić* observó (en lo que era estrictamente *obiter dictum*) que el TPIY está autorizado a aplicar cualquier acuerdo internacional que fue «sin duda, vinculante para las partes en el momento del presunto delito» y «no estaba en conflicto con o abrogando de las normas perentorias del derecho internacional».⁵⁵ Así se confirmó la interpretación del informe del Secretario General que expliqué antes, diciendo: «la única razón detrás del objetivo declarado de los redactores que el Tribunal Internacional debería aplicar el derecho internacional consuetudinario era para evitar violar el principio de *nullum crimen sine lege* en el caso de que una de las partes en el conflicto no se adhieran a un tratado específico».⁵⁶

A pesar de este aparentemente claro pronunciamiento sobre la cuestión, en la Decisión de Apelación de *Tadić* sobre la competencia, un estudio de la jurisprudencia del TPIY muestra que este ha sido un tema de debate continuo. Por ejemplo, como la Sala de Primera Instancia en *Kordić y Čerkez* dijo: «El artículo 3 se refiere a violaciones que no sólo están basados en la costumbre, sino también basados en tratados.»⁵⁷ Al contrario, en la Sentencia de *Blaškić*, la Sala de Apelaciones señaló que «el Tribunal podrá entrar condenas sólo cuando se ha cerciorado de que el delito se prohíbe en virtud del derecho internacional consuetudinario en el momento de su comisión».⁵⁸ De verdad, este comentario se hizo en el contexto de observaciones sobre la preferencia del Tribunal para el derecho consuetudinario, en lugar de basarse simplemente en la construcción del Estatuto del TPIY para establecer la legislación aplicable.⁵⁹ Además, en su más reciente pronunciamiento sobre la cuestión, en el año 2006 en la sentencia de Apelaciones de *Galić*, la Cámara parece haber vuelto a la posición de *Tadić*, señalando:

los Jueces han tratado de asegurarse de que los delitos imputados en la acusación ante sí son crímenes bajo el derecho internacional consuetudinario en el momento de su comisión ... esto se debe a que en la mayoría de los casos, en las disposiciones de los tratados sólo se prevé la prohibición de un determinado comportamiento, no para su tipificación como delito, o la disposición del tratado en sí no definen suficientemente los elementos de la prohibición de que penalicen así que el derecho internacional consuetudinario debe ser examinado para la definición de esos elementos.⁶⁰

⁵⁵ *Tadić* Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Jurisdicción, para. 143.

⁵⁶ *Tadić* Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Jurisdicción, para. 143.

⁵⁷ *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14-2, Trial Chamber Judgement, 26 February 2001 («*Kordić and Čerkez* Sentencia de la Sala de Primera Instancia»), para. 167.

⁵⁸ *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeal Chamber Judgement, 29 July 2004, para. 141.

⁵⁹ *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeal Chamber Judgement, 29 July 2004, para. 141, fn. 282.

⁶⁰ *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Appeals Chamber Judgement, 30 November 2006, para. 83

La Sala pasó a referirse al ejemplo en el caso de *Kordić y Čerkez* en la que se sostuvo que, si bien los tratados sirvieron de base para la jurisdicción del TPIY, la Sala debe mirar hacia el derecho internacional consuetudinario, a fin de determinar que esa conducta podría dar lugar a la responsabilidad penal individual.⁶¹ Por último, la Sala de Apelaciones llegó a la conclusión de que, «mientras que el derecho convencional vinculante que prohíbe la conducta, y prevé la responsabilidad penal individual puede proporcionar la base para la jurisdicción del Tribunal Internacional, en la práctica el Tribunal Internacional siempre comprueba que la disposición del tratado en cuestión también es declarativa de la costumbre».⁶² De estos ejemplos, es evidente que, aunque el TPIY tiene preferencia por el derecho internacional consuetudinario, está más que dispuesto a aplicar el derecho de los tratados si es el que mejor expresa la ley sobre la cuestión.

A partir de este análisis anterior, se le puede perdonar por pensar que el debate sobre el derecho de los tratados y el derecho consuetudinario es simplemente un escenario «entre lo uno o lo otro», en el que el Tribunal simplemente selecciona su fuente primaria de derecho, la aplica a los hechos y hace una sentencia. En la práctica, sin embargo, es mucho más complicado, como demuestra un caso de estudio de la forma en que la «tortura» ha sido definido por el TPIY. El proceso de definir la tortura extendió a través de un número de casos ante el Tribunal, comenzando con la sentencia de la Sala de Primera Instancia en el caso de *Čelebići*. En ese caso, la Sala sostuvo que la prohibición de la tortura es una norma perentoria, que no se puede suspender bajo ninguna circunstancia.⁶³ Al formular esta conclusión inicial se miró hacia el derecho convencional y el derecho internacional consuetudinario. En relación con el derecho convencional, la Sala citó proscripciones de la tortura en los instrumentos de derecho internacional humanitario y de derechos humanos, tanto internacionales como regionales.⁶⁴ En relación con el derecho internacional consuetudinario, la Cámara miró hacia el gran número de Estados partes en esos instrumentos, así como la ratificación de la Convención contra la Tortura de 1984 por «más de la mitad de los miembros de las Naciones Unidas», así como el hecho de que la predecesora de la Convención, la Declaración sobre la Protección de la Tortura, fue aprobada por unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas.⁶⁵ Incluso este ejemplo muestra cómo los tratados pueden ser utilizados para pruebas de costumbre, una interesante interacción entre las fuentes.

Como no hay una definición del delito de tortura previsto en los Convenios de Ginebra, el próximo paso en el razonamiento de la Sala de Primera Instancia fue buscar a otras fuentes de derecho para extrapolar los elementos. En particular, la Cámara miró hacia la redacción de la Convención contra la Tortura de

⁶¹ *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004, paras 41-42.

⁶² *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-A, Appeals Chamber Judgement, 30 November 2006, para. 85.

⁶³ *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21, Trial Chamber Judgement, 16 November 1998 («*Čelebići* Sentencia de la Sala de Primera Instancia»), para. 454.

⁶⁴ *Čelebići* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, paras 452-453.

⁶⁵ *Čelebići* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, para. 453.

1984 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶⁶ Finalmente, se llegó a la conclusión de que la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura refleja «un consenso que la Sala de Primera Instancia considera que es representante del derecho internacional consuetudinario.»⁶⁷ Nuevamente, en este caso, podemos ver cómo el derecho convencional, cuando no es aplicable directamente, informa la fuente primaria, el derecho internacional consuetudinario.

Según el último caso de *Kunarac*, sin embargo, el enfoque de *Čelebići* fue problemático porque adoptó nociones desarrolladas en diferentes contextos jurídicos.⁶⁸ Es decir, adoptaron una definición de tortura que se había desarrollado en un contexto de derechos humanos, en lugar de un contexto de derecho internacional humanitario. Este problema de contexto es particularmente pertinente a la cuestión de la posición de la persona que presuntamente llevó a cabo la tortura: ¿es un requisito de la tortura en el derecho internacional consuetudinario que esa persona sea un funcionario público, o que actúe por instigación de un funcionario público? La Sala de Primera Instancia en *Kunarac*, al analizar las autoridades de los derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, consideró que, estos organismos no tuvieron la intención de limitar los actos de tortura a las cometidas por funcionarios públicos.⁶⁹ Además, las disposiciones de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales y el Comentario de CICR sobre los dos instrumentos, todos llegaron a la conclusión de que la tortura es reprobable en cualquier forma y bajo cualquiera circunstancia.⁷⁰ Esto, por supuesto, fue una definición más amplia a la que figura en la Convención contra la Tortura. En vista de esta distinción y los contextos de los distintos instrumentos, la Sala concluyó que la presencia de un funcionario del Estado, o de alguna persona de autoridad en el proceso de la tortura no es un requisito necesario de la tortura tal como se define en el derecho internacional humanitario debajo del derecho internacional consuetudinario.⁷¹ En última instancia, por lo tanto, aunque la fuente primaria de derecho es tanto consuetudinaria como convencional, los elementos del delito proceden del derecho internacional consuetudinario.

Ahora establecido que, aún cuando el derecho convencional se encuentra disponible, los tribunales *ad hoc* a menudo eligen referirse al derecho internacional consuetudinario como la fuente primaria de derecho, la siguiente pregunta lógica es: ¿qué método utilizan para «descubrir» el derecho internacional consuetudinario? De hecho, ¿hay incluso un método establecido? La respuesta corta es que no,

⁶⁶ *Čelebići* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, paras 455-474

⁶⁷ *Čelebići* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, para. 459; See also *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber Judgement, 10 December 1998, paras 160-161; *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-A, Appeals Chamber Judgement, 21, July 2000, para. 111.

⁶⁸ *Prosecutor v. Kunarac*, Case Nos IT-96-23- & IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgement, 22 February 2001, («*Kunarac* Sentencia de la Sala de Primera Instancia»), paras 469, 471.

⁶⁹ *Kunarac* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, paras 478-481.

⁷⁰ *Kunarac* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, paras 490-492.

⁷¹ *Kunarac* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, para. 496.

los tribunales internacionales *ad hoc* aún no han adoptado un método de determinación de normas de derecho internacional consuetudinario, aunque un análisis de la jurisprudencia revela varias pautas. En muchos aspectos, las dificultades que los tribunales *ad hoc* han tenido en la articulación de un método para determinar la existencia o no de las leyes consuetudinarias, puede ser la misma razón que la expresión «derecho internacional consuetudinario» está ausente en el artículo 21 del Estatuto de la CPI.

Los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario son conocidos: la práctica de los Estados y la *opinio juris*. Como un comentarista dijo «la práctica de los Estados se entiende como cualquier acto o declaración de un Estado desde el que puntos de vista sobre el derecho consuetudinario se puede inferir, incluyendo actos físicos, demandas, declaraciones *in abstracto* (como resoluciones de la Asamblea General), la legislación nacional, fallos nacionales y omisiones». ⁷² La noción de la «*opinio juris*» se explicó por la CIJ en sus casos sobre la *Plataforma Continental del Mar del Norte*:

No sólo los actos en cuestión deben equivaler a una práctica, sino que también deben ser tales, o se deben llevar a cabo de tal manera, tal como ser evidencia de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de un derecho que requiere ello. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la misma noción de la *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados afectados deben, por tanto, sentir que están conformándose a lo que equivale a una obligación legal. ⁷³

La cuestión fundamental aquí es: ¿a qué *fuentes* puede mirar el Tribunal con el fin de determinar la fuente primaria, en este caso, el derecho internacional consuetudinario. En su nivel más básico, la «costumbre» es la práctica de los Estados y la *opinio juris*. En la práctica, sin embargo, es más complicado (como siempre!). Esta fórmula es, por ejemplo, tal vez demasiado rígida cuando se trata de derecho penal internacional. Como a menudo la práctica en este campo se va a referir al derecho penal interno, muchas veces codificado, a veces es difícil encontrar *opinio juris* que lo acompaña. Dicho esto, la práctica de los Estados también puede ser difícil de encontrar, como la Sala de Primera Instancia de *Čelebići* señaló:

Las pruebas de la existencia de tal derecho consuetudinario –la práctica de los Estados y la *opinio juris*– puede, en algunas situaciones, ser extremadamente difícil de determinar, en particular cuando existe un tratado multilateral que haya sido adoptado por la inmensa mayoría de los Estados. Las pruebas de la práctica de los Estados fuera del tratado, aportando pruebas de distintas normas consuetudinarias o la aprobación de las normas convencionales en el mundo de la costumbre, se hace

⁷² M. Akehurst, «Custom as a Source of International Law», *British Yearbook of International Law*, 47 (1974-75) 53.

⁷³ Ver, Corte Internacional de Justicia, *Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. The Netherlands (North Sea Continental Shelf Cases)* ICJ Rep 1969, 3, para. 77

cada vez más difícil de alcanzar, ya parece que sólo la práctica de los que no son partes en el tratado puede ser considerado pertinente.⁷⁴

Estas dificultades han impedido a los tribunales internacionales en la adopción de un enfoque metodológico y clínico en la determinación de la costumbre. Dicho esto, un enfoque que se ha utilizado en un número de casos es una encuesta de la práctica de los Estados. En este marco, la Sala examinará la legislación y las decisiones de un número de Estados con el fin de apoyar (o denunciar) una proposición de ley.⁷⁵ Esto parece una manera bastante sencilla de determinar la costumbre. Sin embargo, el proceso es inevitablemente afectado por los antecedentes de los magistrados que lo integran. De hecho, las barreras lingüísticas y culturales significan que las encuestas de la práctica de los Estados suelen ser muy selectivas. Por ejemplo, en el caso de *Erdemović*, la práctica de los Estados a que se refería una opinión separada incluyó a las leyes de los países de origen de los magistrados quienes estaban sentados en el banquillo en ese caso.⁷⁶

En última instancia, sin embargo, es tal vez de poca importancia que no se ha establecido una metodología que se sigue paso a paso para la determinación de la costumbre. La falta de una metodología se considera discutible mientras el tribunal internacional en cuestión sigue siendo consciente de la importancia del principio de legalidad al aplicar el derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho. Esta fue la observación de la Sala de Primera Instancia en la Sentencia *Vasiljević*. En esa ocasión, la Sala observó que, cuando se trata de la definición del delito de «violencia contra la vida y la persona», ha omitido identificar las fuentes de sus propuestas y, en particular, ha omitido los detalles pertinentes a la práctica de los Estados.⁷⁷ Tras reconocer la importancia del principio de legalidad, señaló que «una condena penal nunca debería estar basada en una norma que un acusado no podía razonablemente haber sido consciente de en el momento de los hechos, y esta norma debe hacer suficientemente claro de qué acción o omisión podía implicar su responsabilidad penal.»⁷⁸

4. Principios Generales del Derecho

Los tribunales penales internacionales recurren a la utilización de los principios generales cuando hay una «brecha de llenado, para ser una interpretación, o

⁷⁴ *Čelebići* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, para. 302.

⁷⁵ Para más elaboración en este punto, ver M. Bohlander & M. Findlay, «The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles», *Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2 (2002) 3.

⁷⁶ *Prosecutor v. Erdemović*, Case No. IT-96-22-A, Appeals Chamber Judgement, 7 October 1997, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah. Para más ejemplos, ver F. Raimondo, «General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunals», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 6 (2007) 393 at 402.

⁷⁷ *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32, Trial Chamber Judgement, 29 November 2002 («*Vasiljević* Sentencia de la Sala de Primera Instancia»), paras 193-203.

⁷⁸ *Vasiljević* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, para. 193 (citadas omitidas).

de función suplementario en una decisión».⁷⁹ Aunque aparentemente sencilla, la definición del origen de estos «principios generales» ha sido objeto de algún debate. Por ejemplo, la jurisprudencia del TPIY ha mencionado en diversas ocasiones a los «principios generales del derecho penal internacional», «principios generales del derecho internacional» y «principios generales del derecho penal derivados de los sistemas jurídicos nacionales del mundo». Parece que las circunstancias determinarán qué serie de principios generales se examinará. También es importante ser consciente de que las fuentes que se derivan los principios generales son también las se derivan de la costumbre.

Por un lado, los principios generales del derecho penal internacional incluyen a los principios relativos al derecho penal como el principio de legalidad y el principio de igualdad de armas. Por ejemplo, en un examen del principio de legalidad, la Sala II del TPIY señaló en el caso de *Čelebići* que los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* están «bien reconocidos en los sistemas de justicia penales mas importantes del mundo como los principios fundamentales de la delincuencia».⁸⁰ Llegó a la conclusión de que el principio también fue un principio de derecho penal internacional. Esto demuestra cómo los principios fundamentales del derecho penal internacional pueden ser derivados de los sistemas jurídicos nacionales. Por otro lado, los principios generales del derecho internacional se componen de principios que son consistentes en los documentos que integran el orden jurídico internacional. Estos documentos pueden incluir, pero no se limitan a, los tratados, declaraciones, estatutos y decisiones de los tribunales internacionales.

El enfoque del TPIY de una jerarquía que se otorga a esas categorías de principios generales ha sido coherente. En la sentencia en el juicio *Furundžija*, el Tribunal estaba tratando de establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario relativa a la definición de violación. Después de examinar la legislación nacional, encontró que esa definición sí existía, excepto que había un desacuerdo en un punto - la criminalización de la penetración oral forzada. Para hacer frente a esta discrepancia la Sala de Primera Instancia señaló que era necesario «establecer si se podrían llegar a una solución adecuada por recurrir a los principios generales del derecho penal internacional o, si estos principios no eran de uso, a los principios generales del derecho internacional».⁸¹ Se procedió a extrapolar que «el principio general de la dignidad humana» que es la base del derecho internacional humanitario y de derechos humanos, así como el «principio de legalidad», estaba a favor de la conclusión de que la penetración oral constituyera violación.⁸² Si bien el razonamiento de la Sala de Primera Instancia era poco claro sobre este punto, parece que estos dos principios eran, respectivamente, considera-

⁷⁹ F. Raimondo, «General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunals», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 6 (2007) 393 at 396.

⁸⁰ *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16 November 1998, para. 403.

⁸¹ *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber Judgement, 10 December 1998 («*Furundžija* Sentencia de la Sala de Primera Instancia»), para. 182.

⁸² *Furundžija* Sentencia de la Sala de Primera Instancia, paras 183-185.

dos como principios generales del derecho internacional, y principios generales del derecho penal internacional.

El enfoque era más claramente explicado por la Sala de Primera Instancia en *Kupreškić et al.* cuando sostuvo que:

cualquier momento en que el Estatuto no regula una materia específica, y el Informe del Secretario General no ha demostrado ser de cualquier tipo de asistencia en la interpretación de los Estatutos, corresponde al Tribunal Internacional a que se inspiren en (i) las normas del derecho internacional consuetudinario o (ii) los principios generales del derecho penal internacional, o, a falta de tales principios, (iii) los principios generales del derecho penal común a los sistemas jurídicos mas importantes del mundo, o, a falta de tales principios, (iv) los principios generales de derecho en consonancia con los requisitos básicos de la justicia internacional.⁸³

Debidamente aplicaron este criterio al determinar la forma en que la Sala de Primera Instancia debería responder a una errónea calificación jurídica de los hechos por el Fiscal.⁸⁴ En ausencia del derecho consuetudinario o principios generales del derecho penal internacional en la materia, el Tribunal participó en un examen de cómo se trataba la materia en los sistemas jurídicos nacionales. Concluyeron que no podrían encontrar un principio general del Derecho penal comun a todos los principales sistemas jurídicos, el Tribunal se dirigió a «buscar un principio general de derecho en consonancia con las características fundamentales y los requisitos básicos de la justicia penal internacional».⁸⁵ Llegaron a la conclusión de que dichos requisitos incluyen la necesidad de garantizar que «los derechos del acusado sean plenamente salvaguardados» y que «el Fiscal [...] esté en la posición de ejercer todas las facultades expresa o implícitamente que se derivan del Estatuto, o inherentes a su funciones, que son necesarias para el cumplimiento de su misión de manera eficiente y en el interes de la justicia».⁸⁶

El Estatuto de la CPI incorpora muchas de las conclusiones anteriores del TPIY relativas a la utilización de los «principios generales» como fuente de derecho. Los artículos 22 y 23 del Estatuto de la CPI, por ejemplo, encargan la aplicación de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* en los fallos de la CPI.⁸⁷ De esta manera, estos principios ya no son sólo los principios generales del derecho penal internacional, pero son normas estatutarias vinculantes para los magistrados de ese Tribunal. Otros principios del derecho penal internacional se especifican en los artículos 24 a 33 de su Estatuto.⁸⁸ Además, el artículo 21 del Estatuto pertenece a

⁸³ *Prosecutor v. Kupreškić et al.* Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber Judgement, 14 January 2000 («*Kupreškić* Sentencia de las Sala de Primera Instancia»), para. 591.

⁸⁴ *Kupreškić* Sentencia de las Sala de Primera Instancia, paras 728-737.

⁸⁵ *Kupreškić* Sentencia de las Sala de Primera Instancia, para. 738.

⁸⁶ *Kupreškić* Sentencia de las Sala de Primera Instancia, para. 739.

⁸⁷ Estatuto de la CPI, Arts. 23 y 23.

⁸⁸ Art. 24: Irretroactividad *ratione personae*- «Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor»; Art. 25: Responsabilidad penal individual- «Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable indivi-

la legislación aplicable y establece una jerarquía de fuentes. En virtud de esto, si el Estatuto de la CPI y sus Reglamentos resultan ser inútiles, los jueces pueden mirar a los «tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional».⁸⁹ Como el artículo 21 estipula, además, es sólo en el caso de que estas fuentes no son útiles que los jueces pueden examinar:

principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, las legislaciones nacionales de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el delito, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto y con el derecho internacional y las normas reconocidas internacionalmente.

De esta manera, el Estatuto establece que (i) hay ciertos principios del derecho penal internacional por los que el Tribunal está legalmente obligado, (ii) a falta de orientación de estos principios, o por el Estatuto de la CPI, en general, la Corte debe mirar a, entre otras fuentes, los principios generales del derecho internacional (especialmente el derecho internacional humanitario), y (iii) en ausencia de orientación a través de estas fuentes, la Corte puede participar en una encuesta de las «leyes nacionales de los Estados».

El sistema establecido para los grupos especiales de Timor Oriental, creado en 2000, se inspira en gran medida desde el Estatuto de Roma. En particular, adopta muchos de los «Principios Generales de Derecho Penal» codificados en el Estatuto de Roma.⁹⁰ De esta manera, se basa en la labor iniciada en la IMT y continuada

dualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto»; Art. 26: Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte- «La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen»; Art. 27: Improcedencia del cargo oficial- «Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella»; Art. 28: Responsabilidad de los jefes y otros superiores- «El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas» en los casos enumerados; Art. 29: Imprescriptibilidad- «Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán»; Art. 30: Elemento de intencionalidad- «Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen»; Art. 31: Circunstancias eximentes de responsabilidad penal- «Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta» en los casos enumerados; Art. 32: Error de hecho o error de derecho- «El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen»; Art. 33: Órdenes superiores y disposiciones legales- «Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos» en varios casos enumerados.

⁸⁹ Estatuto de la CPI, Art. 21(1)(b).

⁹⁰ Comparar Rome Statute, Part 3: General Principles of International Law with UNTEAT, Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels *con* Exclusive Jurisdiction Over Serious Criminal Offences, Part III: General Principles of International Law.

por los tribunales *ad hoc* sobre la traducción de los principios generales del derecho penal que se encuentra en los principales sistemas jurídicos a los principios generales del derecho penal internacional. Dicho esto, a diferencia del artículo 21 del Estatuto de la CPI, el sección 3 de la Resolución que establece los paneles no confiere competencia para mirar a otros principios de derecho que se puedan derivar de las leyes nacionales de los sistemas jurídicos del mundo. Por el contrario, se limita a «los tratados aplicables, principios reconocidos, y normas del derecho internacional, incluyendo los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados».⁹¹

La pregunta sigue, ¿cómo disciernen los tribunales internacionales los principios del derecho penal común a los sistemas jurídicos mas importante del mundo? Esta fue respondida en la Sala de Primera Instancia en la sentencia de *Furundžija*. En esa instancia, se sostuvo que el Tribunal debe mirar la «legislación nacional». En el debate sobre la misma cuestión, la Sala de Primera Instancia en la sentencia de *Kupreškić* también decidió que el tribunal podría examinar a la jurisprudencia.⁹² La Sala de Primera Instancia en el caso *Furundžija* destacó que ciertas condiciones se aplican a examinar esos materiales. En primer lugar, se hizo claro que la referencia no debe limitarse a un solo sistema jurídico nacional, como sólo lo de los Estados de derecho común o de los Estados de derecho civil. Por el contrario, el Tribunal debe tratar de mirar a todos los «sistemas jurídicos mas importantes del mundo».⁹³ En segundo lugar, la Sala de Primera Instancia subrayó que, dado que los juicios penales internacionales son inevitablemente diferentes de los procesos penales nacionales, hay una cuestión a de tener en cuenta «la especificidad de los procesos penales internacionales, cuando se utilizan conceptos de la legislación nacional [para evitar] una transposición mecánica o importación de la legislación nacional en el proceso penal internacional [...] así como las distorsiones de los rasgos únicos de este tipo de proceso».⁹⁴ Es importante añadir una advertencia a esta segunda condición. Los juicios internacionales son fundamentalmente diferentes de los ensayos nacionales, y los jueces hacen bien en tener en cuenta tales diferencias. Sin embargo, ha habido pocas ocasiones en que las cortes internacionales y los tribunales han rechazado la aplicación de los principios generales del derecho internacional en el derecho penal meramente por una incompatibilidad entre los sistemas nacionales e internacionales. En Apelación relativa a la competencia el en caso de *Tadić*, la Sala de Apelaciones, notó tal incompatibilidad. Discutiendo el principio general de que un tribunal tiene que ser «establecido por la ley», la Sala señaló que «el apelante no había satisfecho la Cámara que los requisitos establecidos en estos tres convenios [relativo al principio general] deben aplicarse no sólo en el contexto de los sistemas jurídicos nacionales, sino

⁹¹ UNTEAT, Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction Over Serious Criminal Offences, Section 3.1(b).

⁹² *Kupreškić* Sentencia de las Sala de Primera Instancia, para. 680.

⁹³ *Furundžija* Sentencia de las Sala de Primera Instancia, para. 178.

⁹⁴ *Furundžija* Sentencia de las Sala de Primera Instancia, para. 178.

también con respecto a los procedimientos ante un tribunal internacional».⁹⁵ En este caso, sin embargo, resolvieron esta incoherencia, evaluando el contenido del principio general de derecho en el contexto del sistema jurídico internacional, en lugar de rechazar al principio de completo.

Los tribunales internacionales a menudo han recurrido a esta fuente subsidiaria de derecho para establecer la existencia de principios comunes a los sistemas jurídicos mas importantes del mundo o para repugnar la existencia de tales principios.

Por ejemplo, en una decisión de 2004 el Tribunal Especial para Sierra Leona se enfrentó con la cuestión de si un acusado debe ser juzgado en su presencia o si el juicio *in absentia* es permisible en ciertas circunstancias. En esa ocasión, después de encontrar que esta práctica estaba permitida en virtud de su Estatuto, la Corte aguardó a los sistemas jurídicos nacionales, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales como el TPIY y el TPIR, y los tribunales regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹⁶ Posteriormente, el Tribunal llegó a la conclusión de «que la jurisprudencia, en evolución o en el pasado, apunta a la sostenibilidad jurídica del juicio *in absentia*, en determinadas circunstancias».⁹⁷ Aunque la Corte no dijo expresamente que miraba hacia los principios generales en este caso, su enfoque es claro.

Un ejemplo de que el Tribunal descarta la existencia del principio general de derecho reconocido por todas las naciones se puede encontrar en el fallo de la Sala de Apelaciones en *Tadić*. En ese caso, la Sala de Apelaciones sostuvo que el concepto de actuar con un objetivo común existía en muchos sistemas nacionales. Sin embargo, encontraron que, como no todos los Estados adoptaron la misma noción de un propósito común, no era equivalente a un principio general. Para ser considerado como un principio: «sería necesario demostrar que, en cualquier caso, los sistemas jurídicos mas importantes del mundo tomarían el mismo enfoque a este concepto».⁹⁸ Este caso demuestra como el Tribunal es muy serio en el proceso de evaluación de la existencia de principios generales.

5. Otras Fuentes Escritas de la Ley

Quizas hayan observado a partir de mi análisis en este serie, que el derecho internacional consuetudinario ha desempeñado un papel crucial en el desarrollo del derecho penal internacional y ha sido sin duda la fuente primaria de la ley para los tribunales *ad hoc*. Dicho esto, por motivos relacionados con los requisitos básicos de un juicio penal justo, el derecho penal, por lo menos a nivel nacional, siempre

⁹⁵ *Tadić* Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Jurisdicción, para. 42.

⁹⁶ *Prosecutor v. Sessay et al.*, Case No. SCSL-04-15-T, Ruling on the Issue of the Refusal of the Third Accused, Augustine Gbao, to Attend Hearing of the Special Court of Sierra Leone on 7 July 2004 and Succeeding Days, 12 July 2004 («*Sessay* Decisión»), paras 9-10.

⁹⁷ *Sessay* Decisión, para. 11.

⁹⁸ *Tadić* Sentencia de la Sala de Apelaciones, para. 225.

ha preferido las fuentes escritas a las fuentes amorfas como la costumbre.⁹⁹ La codificación de fuentes en el Estatuto de la CPI es tal vez una expresión que los Estados también prefieren las fuentes escritas del derecho penal a nivel internacional. En consecuencia, en mi última conferencia de esta serie quiero examinar con más detalle a las fuentes escritas de la ley, distintas de los Estatutos y algunos tratados de DIH ya examinados, y sus interacciones entre sí y con la costumbre. En particular, voy a mirar en: (i) el papel desempeñado por los tratados de derechos humanos en el diálogo sobre las fuentes del derecho penal internacional (ii) la tensión entre la teoría de las decisiones judiciales como fuente secundaria y su utilización en la práctica, y por último (iii) un breve examen de la redacción de la legislación procesal de los tribunales penales internacionales, que figuran en las diversas normas de procedimiento y prueba.

5.1. EL IMPORTANTE PAPEL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Es lamentable que muchos de los análisis convencionales de la ley como fuente del derecho penal internacional se limitan a los principales tratados de derecho internacional humanitario como los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales y la Convención sobre el Genocidio. Aunque no quiero poner en duda la importancia de estos tratados —que son, por supuesto, los componentes básicos del derecho penal internacional— creo que el enfoque de su función disminuye la atención a la importante función que desempeñan los tratados internacionales de derechos humanos como una fuente de derecho. En particular, quiero acentuar la importancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966.

En su nivel más general, los principios fundamentales contenidos en los tratados de derechos humanos son la base para todas las operaciones en el derecho penal internacional. Reconociendo este punto, la Sala de Apelación del TPIR ha reconocido que los tratados de derechos humanos, como el PIDCP o el Convenio Europeo de Derechos Humanos,¹⁰⁰ sin ser «vinculante por su propia voluntad», sin embargo, son «parte del derecho internacional general y se aplican sobre esa base».¹⁰¹ Además, el Estatuto de la CPI, si bien no se reconoce oficialmente el cuerpo de los tratados de derechos humanos como fuente de derecho (aunque esto es posiblemente incluido en la referencia a los tratados aplicables, los principios y normas en el artículo 21(1)(b)) dice que la aplicación y interpretación de la ley «debe ser coherente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».¹⁰²

⁹⁹ Para obtener más información sobre este punto de vista ver: V. Degan, «On the Sources of International Criminal Law», *Chinese Journal of International Law* 4 (2005) 45 at 51.

¹⁰⁰ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus protocolos, 213 U.N.T.S., entró en vigor el 3 de septiembre 1953.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Jean-Bosco Barayagwiza*, Case No. ICTR 97-19-AR72, Decision, 3 November 1999, para. 40.

¹⁰² Estatuto de la CPI, Art. 21(3). Ver también *Prosecutor v. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo Against the

Además de estas declaraciones imprecisas, ¿cómo deben ser utilizados los tratados de derechos humanos como fuente de derecho, por los tribunales internacionales? Expresé mi opinión sobre esta cuestión en mi reciente disensión parcial en la Sala de Apelaciones de la sentencia de *Mrkšić*.¹⁰³ En ese caso, sostuve, como he argumentado en otros casos¹⁰⁴ que el TPIY y el TPIR *tienen que* respetar la norma de los derechos humanos previstos en los tratados de derechos humanos fundamentales, como el PIDCP. En virtud de esta construcción, los tratados de derechos humanos son una lente a través de la cual los estatutos de los tribunales internacionales deben ser interpretados. Lamentablemente, esto no ha sido la práctica de los tribunales *ad hoc*, especialmente en relación con el derecho de apelación que fue objeto de mi disensión parcial.

En la sentencia *Mrkšić*, disentí en la convicción de la Sala de Apelaciones de Veselin Šljivančanin por ayudar e instigar el asesinato, y la decisión de aumentar su condena. Estaba convencido entonces, como lo estoy ahora, que aplicar esta nueva condena y la sentencia en la apelación constituye una violación del artículo 14(5) del PIDCP, que establece que «cada persona declarada culpable de un delito tendrá derecho de que su condena y la sentencia sean revisados por un tribunal superior, conforme a la ley». En esa disensión, expresé mi opinión de que el principio consagrado en este artículo se aplica sin excepción a el TPIY.¹⁰⁵ El razonamiento para esto es clara: tanto el TPIY y el TPIR fueron creado por el Consejo de Seguridad y son órganos de las Naciones Unidas, la Asamblea General de la cual aprobó por unanimidad el PIDCP. En consecuencia, como expresión directa de la misma organización internacional que promovió y apoyó por unanimidad el PIDCP, los tribunales no pueden tener derecho a evitar la aplicación de los principios consagrados en ella.¹⁰⁶ A pesar de que algunos jueces en el pasado, reconocieron que la ausencia de un derecho a apelar las condenas entrados por primera vez por la Sala de Apelaciones «es probablemente una infracción contra el principio fundamental de equidad»¹⁰⁷, la práctica de los tribunales *ad hoc* no ha utilizado estas fuentes de derechos humanos todo su potencial.

Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19(2) of the Statute of 3 October 2006, 14 December 2006, para. 37.

¹⁰³ *Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin*, Case No. IT-95-13/1-A, Appeals Chamber Judgement, 5 May 2009, Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar («*Mrkšić* – La Disidencia Parcial del Juez Pocar»).

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006, Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, p. 187; *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case No. ICTR-97-20-A, Judgement, 20 May 2005, Dissenting Opinion of Judge Pocar, pp. 131-133; *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-A, Judgement, 26 May 2003 («*Rutaganda* Sentencia de la Sala de Apelaciones»), Dissenting Opinion of Judge Pocar, p. 4.

¹⁰⁵ *Mrkšić* – La Disidencia Parcial del Juez Pocar, paras 2-3.

¹⁰⁶ *Mrkšić* – La Disidencia Parcial del Juez Pocar, paras 8-9.

¹⁰⁷ En el contexto de la *Rutaganda* Sentencia de la Sala de Apelaciones, los Magistrados Meron y Jorda observaron en su Opinión Separada que la ausencia del derecho a apelar una condena entrado por primera vez por la Sala de Apelaciones, salvo en el caso de que el asunto es remitido a la Sala de Primera Instancia, «is likely to infringe upon the fundamental principle of fairness recognized both in international law and many national legal systems». Señalaron que, como la sentencia no se incre-

Este ejemplo ilustra que la selección de las fuentes de derecho, en la práctica, tiene un impacto real sobre la evolución del derecho penal internacional, y sobre lo que está en juego - la libertad de una persona. Queda por ver si la CPI va a adoptar un enfoque diferente de los tribunales *ad hoc* sobre este punto. Creo que sin duda hay potencial para este enfoque, sobre todo por la redacción del artículo 21(3) que he mencionado antes: la aplicación y interpretación de la ley «debe ser coherente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».¹⁰⁸ Además, en una primera decisión sobre jurisdicción en el caso *Lubanga*, el Tribunal observó que:

los derechos humanos apoyan el Estatuto, en todos aspectos, incluido el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Sus disposiciones deben interpretarse y más importante aplicarse, de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.¹⁰⁹

¿Será posible que este punto de vista significa que la CPI adopte una visión diferente sobre el derecho a la apelación de la adoptada por los tribunales *ad hoc*? Sólo el tiempo lo dirá. En cualquier caso, como un comentarista ha señalado, la inclusión del artículo 21(3) dentro de la codificación de las fuentes del derecho es importante porque asegura que el «Estatuto no esté limitado por los puntos de vistas que prevalecieron en el momento de su adopción... la referencia [a las normas de derechos humanos] en el Estatuto trae las promesas de una interpretación innovadora en los próximos años».¹¹⁰

Por último, quisiera señalar que, cualquier punto de vista del grado en que los tratados internacionales de derechos humanos son vinculantes para el TPIY y el TPIR, es ampliamente reconocido que son «autoritario como prueba de la costumbre internacional»¹¹¹ y puede haber casos en que un tratado sirve como la cristalización de una norma de costumbre. Un caso ante el Tribunal Especial para Sierra Leona es un ejemplo útil. En 2004, el Tribunal Especial para Sierra Leona fue llamado a examinar si, en virtud del derecho internacional consuetudinario en 1996 (el momento de los actos alegados en la acusación contra los acusados) «la conscripción o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos que

mentó, no era necesario para esclarecer, en esa ocasión, el cumplimiento del enfoque de la Sala de Apelaciones, con este «fundamental principle of fairness». No obstante, consideraron que, «given the importance of the issue raised, it is absolutely necessary for the Appeals Chamber to deal with it in the future, in order to find solutions consistent with fundamentals principles of fairness and due process» (*Rutaganda Appeal Judgement, Separate Opinion of Judges Meron and Jorda*, p. 1). La Sala de Apelaciones aún no ha abordado la cuestión mencionada.

¹⁰⁸ énfasis adicional.

¹⁰⁹ *Prosecutor v. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19(2) of the Statute of 3 October 2006, 14 December 2006, para. 37.

¹¹⁰ W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 198.

¹¹¹ *Prosecutor v. Barayagwiza*, Case No. ICTR 97-19-AR72, Decision, 3 November 1992, para. 40.

les utilizan para participar activamente en las hostilidades» constituye una prohibición que implica la responsabilidad penal individual.¹¹² El Tribunal Especial de Sierra Leona determinó que, antes de 1996, la prohibición sobre el reclutamiento de niños había cristalizado como derecho internacional consuetudinario, demostrado por el reconocimiento generalizado de una norma que prohíba el reclutamiento de niños en varios instrumentos internacionales que fueron ratificados por un gran número de Estados, incluidos el Cuarto Convenio de Ginebra, los Protocolos adicionales, la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.¹¹³

5.2. DECISIONES JUDICIALES – ¿SIMPLEMENTE UNA FUENTE «SECUNDARIA»?

La segunda fuente de derecho escrito que me gustaría examinar son las decisiones judiciales. Desde el momento que las decisiones judiciales, incluso desde el mismo organismo, fueron relegadas a la condición como un «medio auxiliar para la determinación de las normas internacionales de derecho» en el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ, su papel ha sido interesante. A pesar de que en nombre son fuentes «secundarias», las decisiones de ambas jurisdicciones nacionales e internacionales han desempeñado un papel significativo en el desarrollo del derecho penal internacional.

En cierta medida, los tribunales penales internacionales han utilizado las decisiones judiciales como fuentes secundarias. Es decir, que utilizan las decisiones judiciales para ayudar con la interpretación de las fuentes primarias, como los tratados,¹¹⁴ o para ayudar a establecer la existencia de otras fuentes tales como las normas de la costumbre y los principios generales.¹¹⁵ Por ejemplo, en la sentencia de *Čelebići*, al determinar el ámbito de aplicación del artículo 7(3) del Estatuto del TPIY, la Sala de Primera Instancia examinó al derecho internacional consuetudina-

¹¹² *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case No. SCSL-2003-14-AR72(E), Decisions on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, 31 May 2004.

¹¹³ *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case No. SCSL-2003-14-AR72(E), Decisions on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, 31 May 2004.

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, el examen que tomo la Sala de Primera Instancia del TPIR de la historia del desarrollo de los crímenes de lesa humanidad en *Prosecutor v. Akayesu*, que invoca la jurisprudencia nacional e internacional en el examen de la evolución de estos crímenes desde los casos de Nuremberg y de Tokio a las de «the *Eichmann*, *Barbie*, *Touvier* and *Papon* cases» al Estatuto de la CPI: *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgement, 2 September 1998, paras 567-576.

¹¹⁵ Por ejemplo, en la Sentencia de *Furundžija*, en la realización de un estudio de la legislación nacional y las decisiones judiciales nacionales para encontrar una definición uniforme de «violación», la Sala de Primera Instancia miró a la práctica de, entre otros Estados, Pakistán, India, Sudáfrica, Australia, Zambia y el Reino Unido (*Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber Judgement, 10 December 1998, para. 180). Además, en *Kupreskić*, la Sala de Primera Instancia miró a las decisiones judiciales de Francia, Canadá, Italia, Austria, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su examen de la doctrina de «lesser included defence» (*Prosecutor v. Kupreskić et al.*, Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber Judgement, 14 January 2000, paras 686-695).

rio sobre la responsabilidad de mando. A través de un análisis de la jurisprudencia de la Segunda Guerra Mundial sobre este punto, llegó a la conclusión de que el principio de la responsabilidad superior reflejada en el artículo 7(3) del Estatuto no se refiere sólo a los comandantes militares, sino que también abarca los dirigentes políticos y otros superiores civiles en los puestos de la autoridad.¹¹⁶ Esta conclusión fue refrendada posteriormente por la Sala de Apelaciones.¹¹⁷

De estos pocos casos, resulta que los tribunales internacionales sólo utilizan las decisiones judiciales como una fuente subsidiaria, en relación con las fuentes primarias. De hecho, en teoría, así es como las decisiones judiciales deben ser utilizados.¹¹⁸ Sin embargo, este es un ejemplo donde la teoría no coincide exactamente con la práctica. De hecho, los tribunales internacionales han referido a su propia práctica anterior como una fuente primaria de la ley. Esto nos lleva a la cuestión del principio de precedente obligatorio, o *stare decisis*, en el derecho penal internacional.

Si reconocemos que los tribunales se basan en gran medida de la jurisprudencia, debemos preguntarnos, ¿en qué condiciones lo hacen? ¿Y cuál es el valor de la utilización del precedente como fuente del derecho en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales?

La breve respuesta es que los distintos tribunales han desarrollado diferentes métodos para la aplicación del precedente. Los Estatutos del TPIY y el TPIR y sus Reglas de Procedimiento y Prueba son silencio en relación con las cuestiones planteadas por *stare decisis*. Como resultado, los magistrados decidieron la cuestión en una de sus primeras sentencias, la Sala de Apelaciones del TPIY declaró que «en el interés de la certidumbre y la previsibilidad, la Sala de Apelaciones debe seguir sus decisiones anteriores, pero deben tener libertad para apartarse de ellos, por razones potentes fundadas en el interés de la justicia».¹¹⁹ Tales razones pueden incluir: (i) una decisión anterior que se decidió sobre la base de un principio jurídico equivocado, o (ii) un caso anterior que se había dado por *incuriam*, en el sentido de que había decidido erróneamente, porque el juez o los jueces fueron mal informados en cuanto a la ley aplicable.¹²⁰ Asimismo, sostuvo que «una construcción adecuada de los Estatutos establece que la *ratio decidendi* de sus decisiones son vinculantes para las Salas de Primera Instancia».¹²¹ Para llegar a esta conclusión, rechazó a un argumento del acusado, según el cual la doctrina del precedente obligatorio es incompatible con el principio de legalidad. Por último, la Sala de Apela-

¹¹⁶ *Prosecutor v. Mucić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16 November 1998, paras 357-363.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. 96-21-A, Appeals Chamber Judgement, 20 February 2001 («Čelebići Sentencia de la Sala de Primera Instancia»), para. 195.

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, A. Cassese: «Formally speaking [judicial decisions] may only amount to a 'subsidiary means for the determination of international rules of law'» (A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp 36-37).

¹¹⁹ *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-A, Appeals Chamber Judgement, 24 March 2000 («Aleksovski Sentencia de la Sala de Apelaciones»), paras 107, 109.

¹²⁰ *Aleksovski* Sentencia de la Sala de Apelaciones, para. 108.

¹²¹ *Aleksovski* Sentencia de la Sala de Apelaciones, para. 113.

ciones en el caso de *Aleksovski* determinó que, por el hecho de que las Salas de Primera Instancia tienen la competencia coordinada, no están obligadas a seguir las decisiones de uno al otro, aunque pueden hacerlo si se encuentran que las decisiones de la otra son persuasivas.¹²² Poco después, el Sala de Apelaciones del TPIR adoptó la misma posición.¹²³ Evidentemente, entonces, es la Sala de Apelaciones a sí mismos, por sus decisiones, que han estimulado la tendencia de estos tribunales a confiar en su propia jurisprudencia por adoptar con autoridad un principio apuntada a fomentar la uniformidad y la previsibilidad.

La Sala de Apelaciones del TPIY sólo ha encontrado «razones potentes» para apartarse de sus decisiones anteriores en dos ocasiones.¹²⁴ En *Kordić y Čerkez*, la Sala de Apelaciones consideró jurisprudencia anterior como una aplicación incorrecta de la norma legal aplicable a la compleja cuestión de las condenas acumulativas.¹²⁵ En *Žigić*, consideró que «razones potentes fundadas en el interés de la justicia... exige una partida de la opinión de la mayoría en» una sentencia anterior y sostuvo que no existía un mecanismo para la reconsideración de una sentencia definitiva, y solamente había el proceso de revisión previsto en el Estatuto del TPIY.¹²⁶ Ambos casos confirman que, a fin de apartarse de una decisión, no es suficiente que la Sala de Apelaciones nombre esa decisión como equivocada: una revocación de la decisión debe ser también en el interés de la justicia. En otras palabras, es muy difícil para el TPIY apartarse de su jurisprudencia anterior. Este paso es admirable, ya que crea la práctica previsible, un elemento clave de cualquier sistema jurídico penal. Este elemento es aún más importante en el contexto en que opera el Tribunal, donde las normas del derecho penal internacional se están desarrollando, y la necesidad de certeza del régimen en el que son juzgados los casos es aún más pronunciada.¹²⁷ Por otro lado, sin embargo, esto sin duda eleva el estado de las decisiones judiciales anteriores a más de una simple fuente subsidiaria revelando una desconexión entre la *teoría* de las fuentes del derecho penal internacional y la *práctica*.

A primera vista, puede parecer como el enfoque de la CPI difiere de la de los Tribunales *ad hoc*, como el artículo 21(2) especifica que, tras mirar a los Estatutos y de otras fuentes, la «Corte podrá aplicar principios y normas tal como se inter-

¹²² *Aleksovski* Sentencia de la Sala de Apelaciones, para. 114.

¹²³ *Semanza v. Prosecutor*, Case No. ICTR-97-20-A, Decision, 31 May 2000, para. 92: «The Appeals Chamber adopts the findings of ICTY Appeals Chamber in the *Aleksovski* case[125] and recalls that in the interests of legal certainty and predictability, the Appeals Chamber should follow its previous decisions, but should be free to depart from them for cogent reasons in the interests of justice.»

¹²⁴ Aunque la posibilidad fue discutida en detalle en *Prosecutor v. Naser Orić*, Case No. IT-03-68-A, Appeals Chamber Judgement, 3 July 2008. Ver en particular el Opinión Separado y la Declaración del Magistrado Liu y el Opinión Separado y Disidencia Parcial del Magistrado Schomburg.

¹²⁵ *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Chamber Judgement, 17 December 2004, para. 1040.

¹²⁶ *Prosecutor v. Zoran Žigić a.k.a. «Ziga»*, Case No. IT-98-30/1-A, Decision on Zoran Žigić's «Motion for Reconsideration of Appeals Chamber Judgement IT-98-30/1-A delivered on 28 February 2005, 26 June 2006, para. 9.

¹²⁷ Ver *Aleksovski* Sentencia de la Sala de Apelaciones, para. 113(iii).

preta en sus decisiones anteriores». Sin embargo, aunque todavía es pronto para predecir la forma en que la CPI interpretará esta disposición y prever su interrelación con otras normas del Estatuto, parece evidente que las diferencias entre esta institución y la práctica de los Tribunales *ad hoc* parecen ser limitadas. Básicamente, por no ordenar el uso del precedente, exige a las Salas de la CPI a comportarse de manera similar a la manera de los otros tribunales penales internacionales y como la mayoría de los órganos judiciales internacionales han estado operando hasta la fecha.

Otra pregunta distinta pero relacionada la hora de examinar las decisiones judiciales como una fuente del derecho penal internacional es el papel de precedente en las relaciones entre los órganos judiciales internacionales. Hay muchas ocasiones en que los tribunales se han mostrado dispuestos a recurrir a tal precedente - es una forma útil de mantener la coherencia en el derecho penal internacional, y en el derecho internacional en general. Por ejemplo, el TPIY y el TPIR se han referido extensamente a las conclusiones de otros tribunales.¹²⁸ El artículo 20 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, incluso va tan lejos como para prever que su Sala de Apelaciones, al afirmar, revisar o revertir una decisión, «se guiará por las decisiones de la Sala de Apelaciones de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda».

Sin embargo, hay también ocasiones en que un tribunal internacional declinará seguir las decisiones de otra institución internacional. Un ejemplo interesante de esto es la Decisión de la CPI sobre la confirmación de los cargos de *Lubanga*. En esa decisión, la Sala sostuvo que la definición del derecho internacional consuetudinario de la «empresa criminal conjunta» aprobada por el TPIY era inaplicable en el régimen estatutario de la CPI.¹²⁹ Este ejemplo va más allá de un mero ejemplo de la utilización (o más bien desuso) de las decisiones judiciales como fuente de derecho. Se conecta a nuestras anteriores discusiones sobre el papel del Estatuto de la CPI como fuente primaria de derecho dentro la jurisdicción y demuestra cómo esto dicta la elección de otras fuentes por la Corte.

5.3. LA CREACIÓN DE REGLAS DE PROCEDIMIENTO

Hasta el momento, esta discusión de las fuentes del derecho penal internacional se ha centrado principalmente en las fuentes de derecho sustantivo. Esto es por una buena razón - en última instancia, es el derecho sustantivo que determina si el acusado irá a la cárcel. Dicho esto, creo que no es prudente afrontar a este derecho sustantivo sin mirar, al menos brevemente, algunas áreas del derecho procesal. Normas de procedimiento en los tribunales internacionales, por lo general se diri-

¹²⁸ Ver, por ejemplo, *Prosecutor v. Barayagwiza*, Case No. ICTR-97-19-AR72, Decision, 3 November 1999, para. 40, refiriéndose a la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹²⁹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007 (versión pública) (traducción oficial de la corte), paras 322-367.

jan por las específicas «Reglas de Procedimiento y Prueba», son fundamentales para el funcionamiento diario de las cortes y tribunales internacionales. Es también a través de estas normas que los derechos indispensables de un juicio justo se respeten. Por ejemplo, la Regla 95 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, autoriza al Tribunal a excluir las pruebas obtenidas en violación de los principios fundamentales del Derecho, tales como salvaguardias de los derechos humanos o, de hecho, las pruebas, la admisión lo cual será «la antítesis de, y dañará seriamente la integridad del proceso».

El proceso para la adopción y el desarrollo de estas normas es diferente en cada tribunal. De acuerdo a los Estatutos del TPIY y el TPIR, las Reglas podrán ser adoptadas por la propia Corte.¹³⁰ En cambio, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI son adoptadas por una mayoría de dos tercios en la Asamblea de los Estados Partes.¹³¹ Esta norma es equilibrada contra el poder de una mayoría de dos tercios de los jueces para la elaboración de reglas provisionales que se aplicarán hasta que las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes «en casos urgentes y cuando éstas reglas no prevén para una situación específica ante la Corte».¹³²

Los tribunales penales internacionales, deben, en primer lugar, crear los nuevos modelos de procedimiento. De este modo, con frecuencia han examinado al procedimiento de los sistemas nacionales. Por supuesto, a nivel nacional, los Estados están modificando a menudo sus modelos de procedimiento. En muchos sentidos, este proceso nacional recuerda la dinámica descrita en la «paradoja de Zenon»: el rápido Aquiles, en su intento de llegar a la tortuga, abarca todos los segundos mitades de la distancia entre ellos, Aquiles, sin embargo, nunca alcanzará la tortuga, ya que nunca cubrirá la totalidad de la distancia que les separa. En otras palabras, aunque la mayoría de los sistemas jurídicos modernos tienen atributos tanto de la ley civil y las tradiciones jurídicas de derecho común, generalmente se basan principalmente en uno o el otro y no pueden lograr un equilibrio.

El marco del procedimiento de los tribunales internacionales, sin embargo, y en particular del TPIY, es totalmente *sui generis* en este sentido: se combina las características del derecho común y de los sistemas de derecho civil en un régimen diferente de cualquier sistema procesal nacional. A través del TPIY, la paradoja de Zenon se convierte en una realidad: una síntesis entre el derecho común y los sistemas de derecho civil se ha alcanzado, su convergencia se ha completado - Aquiles, de alguna manera, ha logrado tocar la tortuga. En consecuencia, en el análisis de este sistema híbrido no se puede mirar sólo a una de las dos tradiciones de procedimiento. Más bien, todo análisis debe tener en cuenta la perspectiva de ambos.¹³³

¹³⁰ Estatuto del TPIY, Art. 15; Estatuto del TPIR, Art. 14.

¹³¹ Estatuto de la CPI, Art. 51(1),(2).

¹³² Estatuto de la CPI, Art. 51(3).

¹³³ Peter Carmichael Keen, *Tempered Adversariality: the Judicial Role and Trial Theory in the International Criminal Tribunals*, *Leiden Journal of International Law*, 17(2004), pp. 767-768, 811; Daryl A. Mundis, *From «Common Law» Towards «Civil Law»: The Evolution of the ICTY Rules of*

Para seguir elaborando: la primera version del Reglamento del TPIY, aprobado en 1994, señaló en gran medida más del modelo de adversarios del derecho común que el modelo inquisitivo de los sistemas de derecho civil. Las razones pueden haber estado en el precedente de Nuremberg o en el hecho de que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos hizo una propuesta detallada de las normas y principios de las pruebas nada más crearse el TPIY.¹³⁴ En el período de intervención, sin embargo, fuentes del derecho civil han ejercido mas influencia sobre las normas del TPIY. En particular, la introducción en julio de 1998 de la Regla 65^{ter} la que se estableció el juez de instrucción («pre-trial judge»), tiene más en común con un sistema de derecho civil de un sistema de derecho común.

En muchos aspectos, los distintos orígenes culturales y jurídicos de los magistrados de los tribunales penales internacionales han dado forma a los modelos de procedimiento adoptados. Por una parte, estas diferencias pueden condicionar las interpretaciones que los jueces dan a determinadas normas de procedimiento. Por otra parte, pueden generar una tendencia a fusionar, a través de la enmiendas para la modificación del Reglamento, las diferentes tradiciones jurídicas de los jueces a los que pertenecen. En la experiencia del TPIY, cuando el modelo de derecho común mostró sus debilidades, los magistrados educados en el derecho civil estaban dispuestos, por la base de las experiencias adquiridas en sus propios sistemas nacionales, a proponer enmiendas a la legislación orientadas al derecho civil. A diferencia de los sistemas nacionales, donde sobre la base del desconocimiento, el poder legislativo tiene tendencia a resistir la tentación de importar soluciones jurídicas «extranjeras», la variedad de los antecedentes de los magistrados del TPIY ha sido instrumental en la creación de un auténtico modelo internacional penal de adjudicación que no favorece una tradición jurídica sobre la otra.

6. Conclusion

Considerando que el ámbito de la justicia penal internacional empezó con los dos tribunales temporales de Nuremberg y Tokio, ahora se ha caracterizado por una mezcla de foros - la CPI, un número de tribunales *ad hoc* internacionales o con participación internacional, los tribunales estatales en los países neutrales y de los tribunales estatales en los países en que se cometieron los crímenes. Esta explosión en el número de tribunales que examinan cuestiones de derecho penal internacional ha complicado la cuestión de las fuentes en el derecho penal internacional. Como mencioné al comienzo de este curso, ya no es (si alguna vez lo fue) suficiente con mirar sólo a las fuentes tradicionales. Ahora, uno debe mirar las interacciones entre las fuentes, así como la influencia de los regímenes lega-

Procedure and Evidence, 14 *Leiden Journal of International Law* 367-382, at 367, (2001) G, Kirk McDonald, Trial procedures and Practice, in G. Kirk Mc Donald & O. Swaak Goldman (Eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*, 547-622, at 556 (2000).

¹³⁴ Ver T. Meron, «Procedural Evolution in the ICTY», *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004) 520 at 522.

les e incluso los antecedentes de los magistrados: la cuestión de las fuentes es un diálogo, no un monólogo.

A pesar de lo lejos que hemos llegado en nuestra comprensión de las fuentes del derecho penal internacional en los últimos cincuenta años no quiere decir que este campo no está aún en desarrollo. De hecho, en muchos aspectos el sistema de derecho penal internacional está todavía en su infancia y, desde luego, las preguntas siguen siendo: ¿La CPI preferirá su Estatuto a las normas del derecho internacional? ¿Existe un método para descubrir el derecho internacional? ¿Y deberían ser obligados los tribunales internacionales a aplicar las normas más elevadas de los derechos humanos adoptado en los tratados?

En cada una de estas preguntas, y en las otras que he planteado en estas conferencias, la diferencia entre la *teoría* de las fuentes del derecho penal internacional, y la *práctica* está a la vanguardia. De hecho, las fuentes del derecho penal internacional seguirán desempeñando «the trick of singularity»- una multitud de fuentes todas interaccionando en un sistema colapsado de derecho penal internacional.

