

El problema de la determinación de las fuentes del derecho penal internacional

The problem of determining the sources of international criminal law

Norman Reynerio Orellana Pérez
Doctorado en Derecho Penal y Procesal Penal
Universidad de San Carlos de Guatemala
orellanaprez@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5999-4113>

Recibido: 28/01/2023
Aceptado: 01/05/2023
Publicado: 29/05/2023

Referencia del artículo

Orellana Pérez, N. R. (2023). El problema de la determinación de las fuentes del derecho penal internacional. *Revista Diversidad Científica*, 3(1), 103-113. DOI: <https://doi.org/10.36314/diversidad.v3i1.51>

Resumen

PROBLEMA: es el planteamiento y la defensa de la hipótesis de que existe un sistema de fuentes de Derecho penal internacional distinto e independiente del Derecho internacional general. **OBJETIVO:** Determinar de la aplicación de la costumbre internacional como fuente de derecho en los tribunales penales internacionales, especialmente en la Corte Penal Internacional. **MÉTODO:** la ciencia aplicada al ámbito jurídico, la observación de los hechos para esbozar una hipótesis, acudir al análisis normativo e institucional y luego intentar realizar deducciones válidas respecto del análisis y síntesis realizados. **RESULTADOS:** no fue posible detectar patrones y tendencias. Tampoco existe una clara distinción entre las normas procesales y sustantivas. Se encontró que sigue siendo muy importante para estos tribunales aplicar prioritariamente su propio estatuto de creación y algunas normas derivadas como las reglas de procedimiento y prueba de cada uno de ellos. **CONCLUSIÓN:** se encuentra el Derecho Penal Internacional, la costumbre, sin perder su total importancia, comienza a ceder terreno significativamente frente al Derecho escrito y determinado. En lo que específicamente se refiere al cuadro de fuentes aplicables del Derecho Penal Internacional, cabe presagiar una paulatina desaparición de la costumbre, en la medida que el proceso de evolución y codificación se vaya profundizando.

Palabras clave: costumbre, fuentes del derecho, Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, elementos de los crímenes, principio de legalidad penal

Abstract

PROBLEM: it is the approach and defense of the hypothesis that there is a system of sources of international criminal law that is different and independent of general international law. **OBJECTIVE:** To determine the application of international custom as a source of law in international criminal courts, especially in the International Criminal Court. **METHOD:** science applied to the legal field, observation of the facts to outline a hypothesis, go to the normative and institutional analysis and then try to make valid deductions regarding the analysis and synthesis carried out. **RESULTS:** patterns and trends could not be detected. Nor is there a clear distinction between procedural and substantive rules. It was found that it is still very important for these courts to apply, as a priority, their own statute of creation and some derived norms such as the rules of procedure and evidence of each one of them. **CONCLUSION:** International Criminal Law is found, the custom, without losing its total importance, begins to give ground significantly in front of the written and determined Law. In what specifically refers to the table of applicable sources of International Criminal Law, it is possible to predict a gradual disappearance of the custom, to the extent that the process of evolution and codification deepens.

Keywords: custom, sources of law, International Criminal Court, Rome Statute, elements of crimes, principle of criminal legality.

Introducción

El presente artículo es resultado de la investigación doctoral para la presentación de tesis de doctorado, presentada por el autor dentro del programa de Doctorado en Derecho Penal y Procesal Penal del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala. El problema investigado consistió en la determinación de la utilización de la costumbre internacional como fuente de derecho en los tribunales penales internacionales, especialmente en la Corte Penal Internacional.

El tema de la utilización de la costumbre internacional como fuente de derecho en los tribunales penales internacionales, pero particularmente en la Corte Penal Internacional, es de suma importancia porque la observancia del principio de legalidad penal es una exigencia de observancia obligatoria en todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

El principio *nullum crimen nulla poena sine lege* representa un derecho fundamental que es el reflejo del principio de irretroactividad penal. Este principio se explica con la prohibición de imputación de delitos que no estuviesen tipificados previamente a la comisión del hecho delictivo. Se trata de un principio eminentemente liberal que fue planteado primariamente por Kant y desarrollado jurídicamente por el jurista alemán Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. El primer Código Penal que lo consagró fue el de Baviera de 1813 y el primer instrumento de derechos humanos que lo contempló fue la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879.

En el Derecho Penal Internacional no ha sido posible su consagración de forma taxativa debido a los problemas que ha presentado este incipiente ámbito del Derecho Internacional Público, sin embargo, es un avance que el estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículos 21 no contemple a la costumbre como fuente de derecho de la CPI, no obstante, dicho principio se ha venido observando de forma consuetudinaria en los tribunales penales internacionales, lo cual no es coherente con la aplicación de penas y medidas de seguridad porque todos los sistemas penales, sean domésticos e internacionales, deben sujetarse a los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos humanos.

Materiales y métodos

Los materiales utilizados en la investigación fueron documentos con información de primera mano, entre ellos: libros publicados, ensayos escritos por especialistas, publicaciones especializadas y sentencias emitidas por algunos tribunales interna-

cionales en cuanto a la utilización de la costumbre como fuente de derecho para la emisión de sus fallos. Las técnicas de investigación utilizadas fueron en esencia pequeños resúmenes de las fuentes consultadas, fichas bibliográficas para identificar las referencias, organización sistemática de la información por medio de mapas conceptuales y ordenación cronológica de la jurisprudencia consultada. En virtud de tratarse de un tópico en el que no abunda la información por tratarse de tribunales especializados provenientes de tratados internacionales, las referencias se realizaron únicamente a aquellos que aún continúan trabajando por ser temporales y a la Corte Penal Internacional en su carácter de tribunal permanente.

Resultados y discusión

El principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) despliega toda su vigencia en el Derecho penal interno de los Estados modernos. Este principio, en su formulación clásica, que es la imperante en los sistemas domésticos continentales, reconoce fundamentalmente una doble garantía. De acuerdo con Cassese (2008) la garantía criminal o la exigencia de que el delito esté previsto en la ley antes de su comisión (*nullum crimen sine lege*) y la garantía penal o la exigencia de que la pena esté también determinada previamente en la ley (*nulla poena sine lege*) (p. 75).

Los requisitos que actualmente se imponen a la norma jurídica penal, partiendo de la formulación de Feuerbach (*nullum crimen nulla poena sine lege*), como exigencia del principio de legalidad, son: *lex praevia* (ley previa), *lex scripta* (ley escrita), *lex stricta* (ley estricta) y *lex certa* (ley cierta) (Dondé, 2010, p. 123).

De estos contenidos, algunos -que la norma penal sea previa, escrita, estricta y cierta- se refieren al aspecto material del principio, es decir, al que tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica para que los ciudadanos conozcan las conductas prohibidas; mientras que otros integran la denominada garantía formal o la exigencia de que exista una ley en sentido formal que defina el delito y la pena, aprobada por un parlamento democrático, como expresión de la voluntad de los ciudadanos a los que representa. Son éstos, quienes, a través de sus representantes políticos, deciden qué conductas deben ser prohibidas o permitidas.

“En los sistemas penales domésticos continentales, la única fuente normativa penal es la ley, aunque en el sistema anglosajón subsisten figuras delictivas de creación jurisprudencial” (Ollé, 2008, p. 58).

La idea del principio de legalidad en los ordenamientos penales domésticos es factible de trasladarse al Derecho Penal Internacional en el cual también es exigible el principio de irretroactividad del derecho penal o principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) que exige que al momento en que se cometan los hechos delictivos exista una disposición normativa que tipifique los elementos de los crímenes internacionales (*nullum crimen sine lege*), con la particularidad de que dicha disposición puede ser escrita o bien consuetudinaria, y que, además, imponga una sanción penal (*nulla poena sine lege*).

“El principio de legalidad está reconocido en el ámbito del Derecho internacional en diferentes convenios internacionales” (Becerra, 2007, p. 13). La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el artículo 11.2 proclamó que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional y que tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

En el espacio regional europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos contempla el principio de legalidad penal en el Derecho interno y en el Derecho internacional en el artículo 7.

En su primer apartado, el artículo 7 del Convenio, establece la garantía de que únicamente podrá ser condenada una persona siempre y cuando, al momento de realizarse la acción u omisión calificada como delito, estas conductas deben estar tipificadas como infracción tanto en el derecho doméstico como en el internacional, y, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ratifica el principio de legalidad de las penas estableciendo que no se impondrá una pena más grave que la legalmente aplicable al momento de la comisión del delito.

El apartado segundo confirma como fuente válida del Derecho penal, como *lex praevia*, los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Y en parecidos términos se pronunciaba el artículo II-109 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y, también, el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, referido a los Principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas. “Los dos artículos con idéntica redacción confirman, como fuente del Derecho penal, los principios generales del Derecho reconocidos por el conjunto de las naciones” (Virally, 1994, p. 92).

El Convenio Europeo de Derecho Humanos, en el artículo 7, establece, por tanto, el principio de juridicidad, o principio de legalidad limitado, por el que se justifica la innecesidad de la existencia de ley en sentido formal (escrita), siempre que la norma penal aplicable fuere previsible. Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Streletz, Kessler y Krenz*, *Kolk y Kislyly*, *Kononov* y en el caso *Touvier*, ha señalado que esa norma no escrita debe garantizar los aspectos materiales del principio de legalidad para respetar la seguridad jurídica (accesibilidad, irretroactividad, previsibilidad entendida como precisión y taxatividad y prohibición de la analogía).

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que el Derecho aplicable goce de previsibilidad y concreción, y admite que la jurisprudencia pueda contribuir a la interpretación de la norma penal completando su insuficiencia para reforzar su taxatividad y previsibilidad” (Charney, 1999, p. 47).

Estas deficiencias se superarían trasladando el Derecho consuetudinario a una norma escrita en la que se describa con precisión las conductas típicas. El artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de alcance universal, se pronuncia respecto del principio de legalidad en términos semejantes al artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y establece como fuente los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. El Convenio Europeo de Derechos Humanos quizá con menos precisión se refiere a los principios reconocidos por las naciones civilizadas.

La redacción del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para un sector mayoritario de la doctrina, surgió para evitar que se invocase la vulneración del principio de legalidad en los juicios celebrados después de la Segunda Guerra Mundial contra los responsables de los crímenes internacionales.

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado el artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también a supuestos distintos a los de la Segunda Guerra Mundial, donde concluía que se respetaba los principios de legalidad, como hemos visto en algunos de los casos citados.

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra el principio de legalidad en el artículo 9 y no lo limita al Derecho interno de los Estados al afirmar que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

Atendiendo al proceso de evolución en el que se encuentra el desarrollo del Derecho Penal Internacional, resulta importante advertir no sólo que la costumbre puede considerarse todavía una fuente jurídica aplicable, sino también que su función en el sistema de fuentes está igualmente llamada a variar en la medida en que se transforma el orden penal internacional (Shaw, 2003, pp. 61).

Esto quiere decir que no resulta adecuado tomar el sistema actual de fuentes del Derecho Penal Internacional como algo fijo y ya consolidado, sino que, al contrario, es más bien esperable que su estructura varíe. En este sentido, la aceptación del Derecho consuetudinario en el sistema punitivo internacional es algo que tiene vocación de variar en las etapas de este ámbito del Derecho.

“En el Derecho penal, las normas consuetudinarias dejaron de valer como tales, y pasaron a hacerlo en tanto norma escrita en la ley -en tanto norma positiva-” (Arilla, 2001, p. 39). Examinando con perspectiva histórica la jurisprudencia de los tribunales internacionales y la práctica convencional de los Estados, resulta posible concluir que existe una clara proclividad a que los tratados comiencen a tener una mayor importancia en el Derecho Penal Internacional.

En ese sentido, si bien estos instrumentos legales no llegan a suplantar por completo a la costumbre, lo cierto es que la positivización de muchas reglas consuetudinarias lleva a que los tratados comiencen a absorber al Derecho no escrito. El camino recorrido por la costumbre internacional desde los juicios de Núremberg hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional avala esta aproximación al problema. Con la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional puede observarse un claro intento en el Derecho Internacional por reducir grandes niveles de incertidumbre en la aplicación del Derecho Penal Internacional, a partir de una mayor codificación.

Ello se ve reflejado en el hecho de contar el Estatuto de Roma, “con una regulación muy detallada de los elementos del crimen, de los principios generales de la responsabilidad y de los eximentes, lo cual, además de redundar en el mandato de taxatividad, hace que la costumbre se vea parcialmente desplazada” (Ambos, 1999, p. 122).

Esta conclusión se ve igualmente apoyada por lo dispuesto en el artículo 21.1 del estatuto de la Corte Penal Internacional, en virtud del cual la costumbre internacional solo es aplicable de modo subsidiario.

De cualquier manera, pese al importante acercamiento del sistema penal internacional plasmado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a los derechos penales nacionales, debe decirse que, para la doctrina dominante, el Derecho consuetudinario no se ha visto completamente desplazado y conserva todavía un papel importante.

Puede verse entonces, que en esta fase de mayor desarrollo en la que se encuentra el Derecho Penal Internacional, la costumbre, sin perder su total importancia, comienza a ceder terreno significativamente frente al Derecho escrito y determinado.

En lo que específicamente se refiere al cuadro de fuentes aplicables del Derecho Penal Internacional, cabe presagiar una paulatina desaparición de la costumbre, en la medida que el proceso de evolución y codificación se vaya profundizando. “El Estatuto de la Corte Penal Internacional representa un importante paso dado en esta dirección y de alguna manera supone la salida de un estado embrionario en que se encontraba el poder penal internacional hasta su entrada en vigor” (Gadirov, 2008, p. 87).

Siendo el Estatuto de Roma el Código Penal por excelencia que rige en la comunidad internacional, la ampliación del número de Estados ratificantes irá haciendo desaparecer al Derecho consuetudinario del sistema de fuentes. En ese sentido entonces, no parece inadecuado predecir que cuando el Derecho Penal Internacional haya alcanzado un nivel más desarrollado de evolución, los tratados serán su única fuente.

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

El único aspecto en el cual ha habido un uso sustancial de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia fue para determinar el alcance del concepto de territorio ocupado para efectos de determinar la naturaleza internacional de un conflicto armado. No obstante, la argumentación es algo confusa (Werle, 2010, p. 119).

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

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

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

No ha vuelto al mencionarse a la Corte Internacional de Justicia como fuente de Derecho Penal Internacional; “esto es lógico pues las materias que se abordan por ambos tribunales son diferentes por lo que encontrar una gradual separación es natural. Esto tiene como consecuencia que el sistema de fuentes también se separe” (Perrin, 2015, p. 77).

Referencias

- Ambos, K. & Guerrero, O. J. (Editores). (1999). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/estatuto_roma.pdf
- Arilla Bas, F. (2001). Derecho penal. México: Editorial Porrúa. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3805/7.pdf>

- Becerra, M. (2007). Las fuentes del derecho penal internacional. En: García, Sergio (coordinador). Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas De González Mariscal. Tomo I. México: UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5143/17.pdf>
- Cassese, A. (2008). Derecho penal internacional. México: UNAM. México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3070/12.pdf>
- Charney, J. I. (1999). El impacto en el sistema jurídico internacional del crecimiento de tribunales y tribunales internacionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxix_curso_derecho_internacional_2012_concepcion_escobar_hernandez.pdf
- Dondé Matute, J. (2010). Principio de legalidad penal: perspectivas de derecho nacional e internacional. México: Editorial Porrúa. https://www.elsotano.com/libro/principio-de-legalidad-penal-perspectivas-del-derecho-nacional-e-internacional_10335345
- Gadirov, E. (2008). Elementos de los crímenes. En: comentario al estatuto de roma de la corte internacional de justicia. México: UNAM. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>
- Ollé Sesé, M. (2008). Derechos humanos y justicia penal internacional. España: Universidad Internacional de Andalucía. https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3479/2008_derechoshumanos.pdf
- Perrin, B. (2015). La emergente tradición del derecho penal internacional. Madrid: Editorial Trotta.
- Shaw, M. (2003). Derecho internacional. México: Editorial Porrúa. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLIII_curso_derecho_internacional_2016_Publicacion_Completa.pdf
- Virally, M. (1994). Fuentes de derecho internacional. En: Sorensen, Max (coordinador). Manual de derecho internacional público. México: Fondo de Cultura Económica.

[https://www.redcea.com/cealegal/Peacekeeping%20Operations%201st%20Generation%20Internation/International%20Law/\(ESP-Manual\)%20Fuentes%20del%20Derecho%20Internacional%20Publico.pdf](https://www.redcea.com/cealegal/Peacekeeping%20Operations%201st%20Generation%20Internation/International%20Law/(ESP-Manual)%20Fuentes%20del%20Derecho%20Internacional%20Publico.pdf)

Werle, G. (2010). Tratado de Derecho penal internacional. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch. <https://es.scribd.com/document/433823427/Werle-Gerhard-Tratado-de-Derecho-Penal-Internacional-pdf>

Sobre el autor **Norman Reynerio Orellana Pérez**

Es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Maestría en Derecho Penal, Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, Maestría en Derecho Constitucional, Postgrado en Administración Pública, Maestría en Administración Pública (Distinción Magna Cum Laude), Doctorado en Derecho. Publicación de ensayos “Evolución del Derecho Penal después de los atentados de las Torres Gemelas, La evolución del Derecho Penal del Enemigo”, publicación de Monografía “El Derecho Penal Internacional como Sistema Jurídico-Penal”. Publicación del artículo científico “El impacto de la jurisprudencia en materia de Derecho Penal Internacional”, Revista Diversidad Científica, Centro Universitario de Oriente –CUNORI- Departamento de Estudios de Postgrado.

Declaración de intereses

Declaro no tener ningún conflicto de intereses, que puedan haber influido en los resultados obtenidos o las interpretaciones propuestas.

Copyright (c) 2023 por Norman Reynerio Orellana Pérez



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/). Usted es libre para compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato y adaptar el documento, remezclar, transformar y crear a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente, siempre que cumpla la condición de **atribución**: usted debe reconocer el crédito de una obra de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace.