

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE
ROMA EN EL ÁMBITO INTERNO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO
INTERNACIONAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL**

AUTOR:

JESÚS ANTONIO AMPUERO FASANANDO

ASESOR:

DR. GATTAS ELÍAS ABUGATTAS GIADALAH

Julio, 2018

RESUMEN

El principio de legalidad penal juega un rol importante dentro de un Estado constitucional y democrático de derecho. Es en el ámbito del derecho penal donde cobra mayor relevancia en la medida que el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, sobre todo el ejercicio de la libertad personal, depende, en cierta forma, del respeto del principio de legalidad penal, ya que éste implica que los ciudadanos tengan la posibilidad de conocer, previamente, los actos que constituyen delito y la sanción penal correspondiente. De esta manera, el principio de legalidad refuerza la seguridad jurídica en un Estado constitucional de derecho. La presente investigación postula la hipótesis que el principio de legalidad penal comprende el derecho internacional como el derecho interno, de modo que, ante un vacío, omisión o deficiencia en la legislación interna, los crímenes internacionales del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional pueden aplicarse directamente. Se persigue como objetivo, entonces, determinar el alcance y contenido del principio de legalidad en el ámbito del derecho y la jurisdicción internacionales. Para lograr este objetivo, se utilizan las herramientas del método dogmático y el estudio y análisis de la bibliografía jurídica relacionada con el tema, recurriendo a la búsqueda y análisis comparativo de las normas internacionales sobre Derechos Humanos, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, vinculados con el principio de legalidad penal. Se arriba a la siguiente conclusión: desde la perspectiva del derecho internacional, el contenido del principio de legalidad penal está conformado no sólo por el derecho interno sino también por el derecho internacional, por lo que es viable aplicar directamente los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma frente a una legislación interna deficiente o que omite tipificarlos.

Indice

RESUMEN

Introducción.....	I
Capítulo 1.....	1
El principio de legalidad en la doctrina del derecho penal.....	1
1.1. Breve reseña histórica: origen y antecedentes políticos y filosóficos del principio de legalidad penal.....	1
1.2 El principio de legalidad en la dogmática del derecho penal.....	11
1.3 Contenido y alcance del principio de legalidad según la doctrina del derecho penal.....	13
Capítulo 2.....	29
El principio de legalidad en el derecho internacional.....	29
2.1 La obligación de implementar las normas del Derecho Internacional en el derecho interno.....	29
2.1.1. Características y fuentes del Derecho Internacional.....	30
2.1.2. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y la obligación de cumplir los tratados.....	31
2.1.3. Relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno.....	34
2.1.4. La obligación de implementar las normas internacionales en el derecho interno.....	37
2.1.5. La responsabilidad internacional y el hecho ilícito internacional.....	38
2.2 La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional y el principio de legalidad.....	40
2.3 El principio de legalidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.....	42
2.4 El principio de legalidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos...	44
2.5 El principio de legalidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	46
2.6 Alcance del principio de legalidad en el Derecho Internacional.....	47

Capítulo 3.....	50
El principio de legalidad penal en la jurisdicción de los Tribunales Internacionales.....	50
3.1 Los juicios de Nüremberg y el principio de legalidad	50
3.2 El principio de legalidad penal en los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda	51
3.2.1 El Tribunal Penal Internacional para la ex–Yugoslavia.....	51
3.2.2 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda	64
3.3 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el principio de legalidad.....	66
3.4 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el principio de legalidad.....	69
3.5 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el principio de legalidad.....	72
3.5.1 El Estatuto de Roma y el surgimiento de la Corte Penal Internacional	72
3.5.2 El Estatuto de Roma y el principio de legalidad	74
Capítulo 4.....	76
El principio de legalidad y la implementación de los crímenes internacionales regulados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	76
4.1 El Estatuto de Roma y los crímenes internacionales	76
4.1.1 Crímenes internacionales: sentido amplio y sentido estricto.....	76
4.1.2. Los crímenes internacionales en el Estatuto de Roma.	77
4.2 El principio de legalidad en la Constitución Política del Perú de 1993 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.....	80
4.3 La regulación de los crímenes internacionales en el Código Penal Peruano.....	89
4.3.1 La fallida implementación del Estatuto de Roma en el ámbito nacional.....	89
4.3.2 El Código Penal Peruano y los crímenes internacionales.....	91
4.4 El Estatuto de Roma y la obligación internacional de implementar los crímenes internacionales en la legislación interna	93
4.5 La aplicación del principio de legalidad en la implementación de los crímenes internacionales en el derecho interno peruano	95
4.5.1 La implementación de los crímenes internacionales en Latinoamérica.....	95

4.5.2 El principio de legalidad penal y la implementación de los crímenes internacionales	98
Conclusiones	101
Bibliografía	106
Bibliografía complementaria	114
Anexo 1	118
Anexo 2	121



Introducción

El 7 de abril de 2009, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República condenó al expresidente Alberto Fujimori Fujimori a 25 años de pena privativa de libertad, como autor mediato de los delitos de homicidio calificado o asesinato y lesiones graves, en los casos de Barrios Altos y La Cantuta, y secuestro agravado, en agravio del periodista Gustavo Gorriti y el empresario Samuel Dyer Ampudia. Lo singular de este fallo, aparte de su repercusión jurídica mundial, es la precisión que la Sala Penal Nacional realiza sobre que los delitos de asesinato y lesiones graves constituyen crímenes contra la humanidad, según el derecho penal internacional.

Justamente, uno de los cuestionamientos que planteó en su impugnación la defensa del sentenciado Alberto Fujimori, para solicitar la nulidad de la condena, fue la vulneración del principio de legalidad penal, bajo el argumento de que, al calificar la Sala Penal Especial los hechos como delitos contra la humanidad y aplicar retroactivamente el crimen de lesa humanidad de asesinato, previsto en el Estatuto de Roma de 1998, a hechos ocurridos en los años 1991 y 1992, se lesionaba el principio de legalidad, y respecto de este último cuestionamiento alegaba que el asesinato no se encontraba considerado como delito contra la humanidad en el derecho penal interno sino hasta el 13 de setiembre de 2001, año en que el Estado peruano aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Transcurridos ocho meses, el 30 de diciembre de 2009, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República se pronunciaría, en segunda instancia, confirmando la condena de 25 años. Para desestimar los cuestionamientos planteados por la defensa de Alberto Fujimori, la Sala Penal Transitoria sostuvo que éste había sido condenado por un delito previsto en el artículo 108.3 del Código Penal Peruano, vigente al momento de los hechos, y no en aplicación del Estatuto de Roma y que la mención a los crímenes de lesa humanidad era meramente declarativa, por lo que, en este sentido, no se había afectado el principio de legalidad penal.

Años más tarde, Alberto Fujimori presentaría una demanda de *habeas corpus* donde, entre otros aspectos, planteaba argumentos similares, pero, esta vez, dirigidos contra las resoluciones judiciales supremas que lo condenaron a 25 años de pena privativa de libertad. La Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 01460-2016-PHC/TC, con fecha 3 de mayo de 2016, desestimó el *habeas corpus* por mayoría, con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, sosteniendo que Alberto Fujimori fue condenado por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado en aplicación del Código Penal, no del Estatuto de Roma, y que la calificación de los delitos como de lesa humanidad tenía carácter declarativo y “no fue *una razón determinante (sic.)* para comprobar su participación en los hechos delictivos que se le imputaban” (Fundamento Jurídico 56).

La emisión de estas dos últimas sentencias, es decir, las expedidas por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República y el Tribunal Constitucional, buscaron la solución más fácil para resolver el problema formulado. Si se observa con atención, la discusión introducida por la defensa de Alberto Fujimori planteaba un tema de fondo que fue eludido, convenientemente, por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, Altos Tribunales de Justicia que pudieron decir mucho más de lo que simplemente resolvieron y establecer así una doctrina jurisprudencial que sirva de guía para eventuales casos futuros. La cuestión de fondo evadida consistía en determinar los alcances del principio de legalidad penal, en materia de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y su aplicación en los casos que esas figuras delictivas internacionales no se encontrasen tipificadas en el Código Penal Peruano o en nuestra la legislación interna.

Como es sabido, el principio de legalidad juega un rol importantísimo en un Estado constitucional y democrático de derecho, que se observa con mayor notoriedad en el ámbito del derecho penal, donde recibe el nombre de principio de legalidad penal. El ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, sobre todo la libertad personal, depende, en gran medida, del respeto del principio de legalidad penal. Desde ahora, hay que dejar subrayado que usaremos

indistintamente las expresiones principio de legalidad o principio de legalidad penal para referirnos a un mismo concepto.

La función de garantía para los derechos fundamentales que implica el principio de legalidad supone que todas las personas deben tener la posibilidad de conocer, anticipadamente, qué actos constituyen conductas ilícitas prohibidas penalmente y la sanción que la realización de tales acciones conlleva. Así, el principio de legalidad refuerza la seguridad jurídica, que también es uno de los principios relevantes en un Estado democrático de derecho.

La presente investigación parte de la hipótesis de que el principio de legalidad penal comprende tanto lo regulado en el derecho interno como en el derecho internacional y, por tanto, pueden aplicarse directamente los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin necesidad que estén tipificados en la legislación penal nacional, y que esta aplicación no representa una afectación del principio de legalidad.

Para lograr el objetivo de la presente investigación, cual es determinar el alcance y contenido del principio de legalidad en el ámbito del derecho y la jurisdicción internacionales, se utilizarán las herramientas del método dogmático, recurriendo al estudio y análisis de la bibliografía jurídica existente sobre el tema, así como a la búsqueda y análisis comparativo, no sólo de las normas internacionales sobre Derechos Humanos y de aquellas contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sino también de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos sobre el principio de legalidad penal.

Empezaremos así estableciendo, en el Capítulo 1, el origen y los antecedentes históricos del principio de legalidad y qué significado tiene este principio para el derecho penal. Es en esta área del derecho donde el principio de legalidad penal se sistematiza y cobra importancia teórica, llegando a tener un desarrollo prácticamente completo desde inicios del siglo XIX. Sin embargo, esta construcción sistemática sólo sería uno de los corolarios del principio de

legalidad penal, ya que el otro vendría determinado a mediados del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial, por el derecho internacional.

De ahí la necesidad de estudiar esa otra rama del derecho, centrándonos en lo que es materia de investigación, para develar qué aporte jurídico proporciona al principio de legalidad. Para esto, previamente, es importante conocer las características del derecho internacional y qué fuentes lo nutren como disciplina jurídica porque, de algún modo u otro, la configuración del principio de legalidad penal en este ámbito es un reflejo de aquéllas. Esto es lo que se desarrollará en el Capítulo 2, donde se estudiará también la obligación de implementar las normas del derecho internacional en el derecho interno, la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados y, en este marco conceptual, qué relación existe en el derecho internacional y el derecho interno y la responsabilidad internacional que genera el incumplimiento de las normas internacionales, conocido como hecho ilícito internacional. Luego, para cerrar se determinará qué normas internacionales sobre derechos humanos se refieren al principio de legalidad penal y, tal vez, lo más importante de este apartado, cuál es el alcance que tiene en el derecho internacional.

El Capítulo anterior funciona como una especie de preámbulo de lo que se estudiará en el Capítulo 3. Aquí veremos cómo los distintos Tribunales Internacionales, desde Nüremberg hasta los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, pasando por las dos Cortes Regionales de Derechos Humanos más conocidas en nuestro ámbito, han estructurado el contenido del principio de legalidad penal, desde la perspectiva del derecho internacional, lo que luego se traducirá en su reconocimiento normativo en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, cuyo estudio, en lo relacionado al tema de tesis, se efectuará en el último apartado del presente Capítulo.

Finalmente, el Capítulo 4 trata sobre la implementación de los crímenes internacionales del Estatuto de Roma en el ámbito de la legislación interna o nacional. Se efectuará un breve análisis de los crímenes internacionales que esta Norma Internacional regula y a partir de aquí averiguar, en nuestro entorno jurídico nacional, qué posición constitucional tiene el principio de legalidad

penal y, comparativamente, cómo es que el Código Penal Peruano tipifica los crímenes internaciones y si cumple o no con adecuarse al Estatuto de Roma. El estudio de estos aspectos es importante, siendo el apartado medular de la presente investigación, porque a partir de ello derivarán consecuencias jurídicas positivas o negativas de cara a la implementación o no implementación de los crímenes internacionales en el derecho interno y, en especial, en lo que es materia de tesis, a la aplicación directa de las figuras delictivas internacionales del Estatuto de Roma en el derecho interno.

Mis agradecimientos, sin límite de tiempo y espacio, al Dr. Gattas Elías Abugattas Giadalah, quien desde la impartición de sus recordadas clases magistrales de “Jurisdicción internacional” terminó por convencerme de abordar el tema de tesis que aquí se presenta, aceptando ser asesor de la misma. Agradezco sus sabios consejos, finos comentarios y precisas observaciones que coadyuvaron a perfilar la tesis desde un inicio y darle forma definitiva.

Igualmente, mi gratitud al Dr. Walter Albán Peralta, Director de la Maestría en Política Jurisdiccional, quien desde su Curso de Asesoría de Tesis I, II y III nos hizo, un seguimiento activo, ciclo tras ciclo, de los avances de nuestros temas, alentándonos, en todo momento, a elaborar y culminar la tesis y apoyándonos constantemente, pese a sus múltiples labores, en la elaboración de la tesis en las diversas conversaciones sostenidas en clase que me ayudaron a esclarecer el tema de investigación.

Capítulo 1

El principio de legalidad en la doctrina del derecho penal

1.1. Breve reseña histórica: origen y antecedentes políticos y filosóficos del principio de legalidad penal

En el escenario de la historia universal y jurídica la aparición del principio de legalidad penal es reciente; apenas rige algo más de dos siglos.¹ Antes de la época de la Ilustración no existía como concepto sistemático en la teoría del derecho y hasta finales del siglo XVIII aún no se encontraba vigente (Hruschka, 2014: p. 88), coincidiendo su aparición incluso con el surgimiento del derecho penal moderno.²

Para comprender mejor por qué el principio de legalidad tuvo su origen en la Ilustración es necesario examinar lo sucedido antes de esta época, es decir, en la Edad Media y en la etapa denominada el Antiguo Régimen. Para lograr

¹ Este principio también es llamado por la doctrina principio de legalidad estricta (Antolisei, 1988: p. 43), principio de legalidad estricto (Naucke, 2000: p. 546) o principio de estricta legalidad (Ferrajoli, 1995: p. 35).

² Jiménez de Asúa (1964) opina que “[l]a filosofía del siglo XVIII fue decisiva no sólo para que surgiese la máxima como derecho individual en Francia, sino para darle esa universalidad que antes no tuvo, a pesar de los documentos consagratorios ya citados” (Tomo II, p. 387), refiriéndose con esto a la Carta Magna inglesa de 1215, las Constituciones de Filadelfia de 1774 y de Virginia de 1776, entre otros documentos. Roxin (1997), por su parte, nos dice que: “El principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración” (p. 144). Según Fierro (2003) parece exacto señalar que “el precedente más directo del principio de legalidad penal estaría en las ideas expuestas por la filosofía de la Ilustración” (p. 94). Con mayor convicción, García-Pablos (2009) afirma que el principio de legalidad es “un imperativo del Derecho Penal Liberal, nacido de la Ilustración (p. 426) y Ruiz (2003) sostiene que “el principio de legalidad, tal como lo concebimos hoy, no tiene su origen hasta la Ilustración” (p. 44). Prieto (2007), por su lado, sostiene que “[l]a aportación original de la Ilustración se centra en lo que FERRAJOLI ha denominado estricta legalidad, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica una exigencia que pesa sobre el legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa” (p. 58). Sobre este, Bustos (1994) destaca que “cuando los autores quieren indagar sobre los orígenes reales del pensamiento jurídico-penal actual, en sus pretensiones científicas y de sistema, necesariamente se remontan entonces al Iluminismo” (p. 95), y Mezger (1958), por último, nos dice, con dos frases contundentes, que “el derecho penal que hoy rige, es hijo de la *época de las luces*” y que “el espíritu del derecho penal moderno tiene su origen en los principios de la época de las luces” (pp. 35 y 40).

este objetivo, centraremos nuestra atención en las características de las leyes penales así como en el modo en que éstas eran aplicadas por los jueces, dejando de lado los textos, documentos o antecedentes normativos para estudiar las ideas de aquellos célebres pensadores que durante los siglos XVII y XVIII, desde el ámbito de la política y la filosofía, coadyuvaron a darle forma.

Remontándonos a la Edad Media encontramos que, lejos de existir manifestaciones concretas del principio de legalidad,³ las leyes penales eran sumamente ambiguas, al extremo de que éstas no describían completamente los tipos penales ni establecían de manera precisa las sanciones, al mismo tiempo que otorgaban al juez un amplio margen de discrecionalidad al momento de emitir su decisión (Gómez, 2012: pp. 113-114). En este período histórico, era habitual imponer un castigo bien según el derecho consuetudinario o bien según el arbitrio judicial (Roxin, 1997: p. 141), al lado de este último predominaba también la analogía como expresión de una soberanía ilimitada. Bramont (1950) nos dice que, en esta época, “[e]l arbitrio del juez existe para determinar e imponer penas no establecidas, y para definir delitos no previstos, decidiendo por analogía” (p. 6).

El contexto descrito no sólo era un rasgo distintivo de la Edad Media, de hecho, también fue una situación común en el Antiguo Régimen. Nieto (2012) señala, al respecto, que, al igual que en la Edad Media, en el derecho penal del Antiguo Régimen no se conocía el principio de tipicidad de las penas y que, de haberse conocido, habría sido considerado injusto porque, en aquella época, se otorgaba mayor importancia al principio de adecuación de las penas a las singularidades del caso particular, lo que sólo podía garantizarse con el arbitrio judicial, y, por otro lado, sobre la base de la defensa de los intereses sociales, tampoco se aceptaba el principio de tipicidad de los delitos ya que se asumía que “las normas generales (leyes y estatutos) no estaban en condiciones de prever todos los ilícitos ni de adaptar los existentes a la evolución de los tiempos. De aquí que se encomendase al arbitrio judicial la creación de tipos delictivos inéditos” (p. 215).

³ Nos apartamos así del maestro español Luis Jiménez de Asúa (1964) quien, en su Tratado de Derecho Penal, Tomo II, sostiene que el principio de legalidad “tiene sus primeras manifestaciones en la Edad Media (p. 384).

Pero, es necesario indagar cómo se desarrollaban esas prácticas en el Antiguo Régimen. Sobre esto, Pérez (1984) detalla que:

“Confundidos en una mano los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y sin límite alguno en sus posibilidades de actuación, el ciudadano quedaba entregado al arbitrio de la Administración y al de la Justicia, sin que supiera nunca con certeza si su conducta era o no punible, pues en la apreciación de lo que era delito, así como en la elección o graduación, o incluso invención, de penas, prevalecía la más amplia discrecionalidad de las Autoridades; y aún se acrecentaba el peligro mediante la admisión en lo penal de fuentes consuetudinarias y criterios de analogía, que elevaban al máximum la inseguridad de los súbditos” (pp. 611-612).

También García de Enterría (2001) nos explica que en el Antiguo Régimen el *ius puniendi* era una facultad personal e indeterminada del monarca que se deducía del encargo divino de regir a los hombres, basándose su actuación en la filosofía del orden y el pecado, de modo que

“[I]a pena se concebía como una expiación de un pecado, un anticipo del juicio y del castigo divinos. En la práctica, todo eso concluía en la arbitrariedad absoluta de la justicia penal, en la completa indeterminación de los ilícitos, precisados en cada caso mediante simples juicios morales *ad hoc*, o por simples oportunismos políticos, en el predominio dado al más simple pragmatismo represivo (eran objeto de ‘crudos escarmientos’ los delitos que más alarmaban al poder o los ciudadanos), y, finalmente, a la consideración del proceso penal, regido por el solo principio inquisitivo, como un simple modo eficaz de averiguar la comisión de los delitos y de arrancar, mediante el tormento como instrumento normal, la que se consideraba prueba plena, la confesión del reo” (p. 156).

Es en este contexto histórico que surge la figura de Thomas Hobbes con su importante y conocida obra *Leviathan* de 1651, donde ya alude a la idea de un principio de legalidad penal.⁴ Así, Hobbes (2014) sostiene que un crimen es un pecado consistente en la comisión, por acción o palabra, de aquello que la ley prohíbe o la omisión de lo que la ley ha ordenado (p. 222). Pero, la fuente u

⁴ Para Inzunza (2009), “las primeras postulaciones teóricas acerca del principio de legalidad de los delitos y de las penas” se deben a Hobbes (p. 17).

origen de todo crimen -añade- consiste en algún defecto del entendimiento, en algún error en el razonamiento o alguna fuerza repentina de las pasiones.

Según Hobbes (2014), el defecto en el entendimiento es la ignorancia y ésta puede ser de tres tipos: la ignorancia de la ley, la ignorancia del soberano y la ignorancia de la pena. Sin embargo, la ignorancia de la pena, donde la ley está declarada, no es una excusa para el hombre porque éste al quebrantar la ley debe soportar la pena aun cuando no sepa cuál es, ya que quien voluntariamente realiza una acción, acepta todas las consecuencias conocidas de esa acción y debido a que el castigo es una consecuencia conocida de la violación de la ley en cada nación, castigo que ya se encuentra determinado por la ley, entonces el que realiza la acción se encuentra sometido a ese castigo; ya que sino fuera de este modo, el hombre estaría sujeto a un castigo arbitrario (pp. 223-224). Desde la perspectiva de Hobbes (2014), ninguna ley promulgada después de un hecho cometido puede constituir un delito; una ley positiva no puede ser cumplida antes de que sea promulgada y, por tanto, no puede ser obligatoria, pero si la ley que prohíbe un hecho es promulgada antes de que éste sea realizado, quien comete el hecho es responsable según la pena establecida después de realizarlo (p. 225).

Estos pasajes del *Leviathan*, sobre todo este último, parecen referirse al principio de legalidad penal. Sin embargo, López Oñate (1953) advierte que antes, en una época anterior al *Leviathan*, en su obra *De Cive* de 1642, Hobbes ya insinuaba la presencia del principio legalidad en el Capítulo III, 16, cuando expresa que: “Gran parte de la ilesa libertad necesaria a la ciudad y a los ciudadanos singulares para vivir bien, está también en que no haya que temer otras penas que las que pueden preverse y esperarse” (p. 84).

Con posterioridad al *Leviathan*, Hobbes, también, parece aludir al principio de legalidad penal en su obra “Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común de Inglaterra”, cuya fecha de redacción es incierta pero habría sido elaborada hacia finales de la década de 1660 (Rodilla, 2013: p. XXXIII-XLVII). En el “Diálogo”, intercambiando ideas sobre las penas y ante la interrogante del filósofo sobre quién tiene la facultad de definir y asignar el castigo respectivo por la infracción cometida, el jurista responde:

“El modo de castigar cualquier delito ha de ser determinado por el Derecho común. Es decir, si existe un estatuto que lo determine, entonces la sentencia tienen (*sic.*) que ser con arreglo al estatuto; sino está especificado por el estatuto entonces ha de seguirse la costumbre propia de estos casos; pero, si el caso es nuevo, no sé por qué el juez no puede resolverlo con arreglo a la razón” (Hobbes, 2014: p. 113).

Luego de reconocer la facultad o poder del rey de Inglaterra de dictar una sentencia de muerte, el jurista esgrime: “Pero castigar con la muerte sin una ley previa sólo puede parecer un duro modo de proceder con nosotros, a quienes no gusta oír hablar de leyes arbitrarias, y mucho menos de castigos arbitrarios” (Hobbes, 2014: p. 115).

Estas ideas de Hobbes, sin embargo, no llegaron a tener tanta repercusión como para generar un cambio en la forma en que los jueces venían aplicando las leyes penales en las etapas históricas mencionadas. Inclusive, durante el siglo XVIII los jueces seguían manteniendo un extenso ámbito de decisión fuera del alcance determinado por la ley.

Sobre esto último, Hruschka (2014) señala que la teoría de los delitos de excepción así como doctrinas similares “permitían a los jueces del siglo XVIII no someterse a los tipos legales ni a los marcos penales legales” y en determinada clase de delitos no punibles legalmente como el *stellionatus* y los *delicta extraordinaria* el castigo se dejaba en manos de la discreción del juez, quien, por un lado, tenía el poder ilimitado de agravar, de forma extraordinaria y discrecional, la pena ordinaria ante la presencia de circunstancias especiales graves, y, junto a esto, por otro lado, tenía “un derecho de atenuación prácticamente ilimitado” y en vez de usar los tipos penales establecidos legalmente “los jueces del siglo XVIII se sirvieron de un análisis de costes-beneficios” (p. 89). Al respecto, Roxin (1997) precisa que la admisión de los *crimina extraordinaria* suponía que “la conducta merecedora de pena se podía sancionar incluso sin ley por decisión judicial” (p. 141).

Con la llegada la Ilustración se produce un cambio radical en todo lo que venía aconteciendo hasta ese momento, como consecuencia de las nuevas

ideas que iban apareciendo y de aquello que Einstein (2004) llamaba el espíritu de la época⁵ (p. 135). El pensamiento de la ilustración proclama, básicamente, que la humanidad misma es la finalidad más próxima para decidir cuáles acciones son buenas y cuáles son malas y que lo bueno es aquello que sirve para aumentar o mejorar el bienestar de los hombres, con lo cual “el ser humano se convierte en el horizonte de nuestra actividad, en el punto focal hacia lo que todo converge” (Todorov, 2016: pp. 89-90).

Este movimiento fue una reacción contra los hechos acontecidos durante la Edad Media y, sobre todo, el Antiguo Régimen, y también una reacción contra la situación que venía ocurriendo en parte del siglo XVIII, de ahí que uno de los fundamentos de la doctrina jurídica de la época de la Ilustración “fue la denominada ‘primacía de la legislación’, que se tradujo en un amplio movimiento que pugnaba por la sustitución de las fuentes consuetudinarias, doctrinarias y judiciales del derecho por la ley” (Inzunza, 2009: p. 11). Pero esto no fue todo, la reacción liberal de los pensadores de la Ilustración contra los excesos cometidos durante las épocas anteriores, que tenían que ver con la interpretación de las leyes penales, llegó al extremo de adoptar como postura, justamente, la prohibición de interpretar las leyes penales (Nuñez, 1999: p. 71) y esto podemos hallarlo claramente expresado en las ideas de Montesquieu y Beccaria.

Las directrices básicas de la Ilustración fueron establecidas por los pensadores franceses, en quienes predomina los conceptos de crítica, tolerancia y libertad (Duchhardt, 1992: pp. 182 y 185). No obstante, el movimiento de la ilustración no se redujo únicamente a los contornos del territorio francés sino que también comprendió otras zonas de Europa, aunque con diversos matices en cada región (Munck, 2013: pp. 16-17). Encontramos así a las importantes figuras de Rousseau y Montesquieu, cuyas ideas, en especial de este último, influirán y modelarán el pensamiento de otra gran figura como es Cesare Beccaria, desde la vertiente de la ilustración italiana, y

⁵ Escribía Einstein, en una publicación de 1934, comentando el caso Gumbel, profesor de la Universidad de Heidelberg que había sido atacado violentamente por haber denunciado los asesinatos políticos cometidos por los nazis alemanes, que “existe también algo llamado el espíritu de la época, una actitud mental característica de una generación concreta, que pasa de individuo a individuo y constituye el rasgo distintivo de una sociedad”.

hallamos también aquí a la notable presencia de Immanuel Kant, desde el lado de la ilustración alemana.

Charles-Louis de Secondat, comúnmente conocido con el nombre de Montesquieu, publica en 1748 su célebre obra “Del espíritu de las leyes” donde, además de abordar diversos temas relacionados con las leyes o más bien con el intento de captar o comprender el espíritu de las leyes, formula una crítica directa y firme contra la severidad de las penas y la tortura a los delincuentes a la vez que postula la existencia de una justa proporción o armonía entre los delitos y las penas. Con cierta seguridad, puede afirmarse que Montesquieu conocía lo escrito por Thomas Hobbes en el *Leviathan*; en los pasajes iniciales del Libro I, referido a *Las Leyes de la naturaleza*, objeta lo que Hobbes sostiene⁶.

En lo fundamental, para Montesquieu (2002) las penas severas concuerdan más con un gobierno despótico, que tiene como principio el terror, que con un gobierno monárquico o republicano y este hecho no sería difícil de probar ya que en casi todos los países de Europa las penas disminuyen o aumentan en la medida que se encuentren más cerca o más lejos de la libertad. “La libertad del ciudadano depende principalmente de [la] condición de las leyes penales”, de ahí que la libertad no está garantizada cuando no lo está la inocencia de los ciudadanos. (pp. 169 y 279).

De acuerdo con Montesquieu (2002) es esencial la armonía que debe existir entre las penas “puesto que es de rigor que se evite antes un gran delito que otro menor, lo que ataca más a la sociedad que lo que la afecta menos” (p. 178). Con este postulado, Montesquieu (2002) se está refiriendo a la debida proporción que debe existir entre los delitos y las penas, idea que, luego, reafirmará cuando sostenga que

⁶ El siguiente texto de Montesquieu (2002) revela lo que se viene afirmando:

“El deseo de atacarse los unos a los otros que Hobbes atribuye a los hombres no es razonable. La idea del mando y de la dominación es tan compleja y depende de tantas otras que no sería ésta la que primero tendría.

Pregunta Hobbes, ‘¿Por qué, si los hombres no están por naturaleza en estado de guerra, van siempre armados?, ¿y por qué tienen llaves para cerrar sus casas?’. Mas no se advierte que se atribuye a los hombres, antes del establecimiento de las sociedades, lo que sólo pudo llegar después de tal establecimiento, que les hace encontrar motivos para atacarse y defenderse” (p. 90).

“La libertad se perfecciona por la naturaleza de las penas y su proporcionalidad. Constituye un triunfo de la libertad que las leyes criminales establezcan cada pena conforme a la naturaleza específica del delito. Toda arbitrariedad se acaba; la pena no surge del albedrío del legislador, sino de la naturaleza de la cosa y no es ya el hombre quien hace violencia al hombre” (p. 280).

Otra figura de especial renombre en la época de la ilustración es Cesare Beccaria con su afamado libro *De los delitos y de las penas*, publicado en Italia en 1764. Esta obra, en su momento, generó diversas reacciones negativas al punto de ser “considerado por muchos como profundamente subversivo, blasfemo y peligroso” (Munck, 2013: p. 218). No obstante, debe reconocerse a Beccaria el mérito de haber hablado “alto y claro y haberse dirigido no a un estrecho grupo de personas doctas, sino al gran público, excitando con su elocuencia a los prácticos del derecho a reclamar una reforma que se imponía y a los legisladores a concederla” (Costa, 1953: p. 103).

El valor de la obra de Beccaria no es tanto la originalidad con que presenta sus ideas sino, más bien, “la unidad programática con que éstas fueron expuestas en un momento en que las condiciones prevalecientes eran del todo favorables a su acogida” (Inzunza, 2009: p. 23), vale decir, todas aquellas circunstancias que venían ocurriendo desde el Antiguo Régimen y, antes, desde la Edad Media.

Inspirado por el pensamiento de Montesquieu en *Del espíritu de las leyes*⁷, Beccaria (2014) expresará que “muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de la legislación tan principal y tan descuidada en casi toda Europa” (p. 40). Reflexiona, luego, sobre el derecho de castigar del soberano y establece principios y consecuencias una las cuales derivará en lo que, actualmente, conocemos con el nombre de principio de legalidad.

⁷ Beccaria (2014) desde la introducción de su obra *De los delitos y las penas* y respecto de los temas que en ésta desarrolla muestra ya su admiración por Montesquieu con las siguientes palabras: “El inmortal presidente Montesquieu ha pasado rápidamente sobre esta materia. La verdad indivisible me fuerza a seguir las trazas luminosas de este gran hombre, pero los ingenios contemplativos para quienes escribo sabrán distinguir mis pasos de los suyos. Dichoso yo si pudiese, como él, obtener las gracias secretas de los retirados pacíficos secuaces de la razón, y si pudiese inspirar aquella dulce conmoción con que las almas sensibles responden a quien sostiene los intereses de la humanidad” (p. 41).

Beccaria (2014) sostiene que todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares son injustas por su naturaleza (p. 44), sustentando el derecho de sancionar en el contrato social (Bacigalupo, 1996: p. 33). Y así nos dirá Beccaria (2014) lo más importante, quizá, de su reflexión, con notoria influencia en su pensamiento de Rousseau,⁸ a saber, que

“sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente” (pp. 44-45).

Otro importante pensador de la época Ilustración, como ya señalamos, es Kant. Hruschka (2012) atribuye a Kant el hecho de ser el primero no sólo en plantear el Estado de Derecho y los fundamentos del Derecho penal propios de aquél sino también el primero en formular el principio de legalidad en su obra *Principios metafísicos del derecho*,⁹ también conocida en nuestro idioma con el nombre de *Principios metafísicos de la doctrina jurídica* (Kant, 1989: pp. 87-88).

Estos *Principios* constituyen, sin embargo, la primera parte de una obra mayor que Kant denominó *La metafísica de las costumbres*, cuya segunda parte corresponde a los *Principios metafísicos de la doctrina de la virtud*. No se conoce la fecha exacta de la aparición de la primera edición de los *Principios metafísicos del derecho* (Cortina, 1989: p. XIX, nota 11), mas, por el contrario, de lo que sí se tiene conocimiento es del año de publicación de la segunda edición, en 1798, la misma que fue acompañada de un apéndice con adiciones

⁸ Para Bustos (1994), Beccaria era un contractualista “pero en cierto modo distanciado de ROUSSEAU, en cuanto le concede autonomía al legislador” para dictar penas (p. 96).

⁹ En la versión digitalizada por la Universidad de Sevilla, recuperado de: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>, última visita: 10 de enero de 2018.

u observaciones aclaratorias a los *Principios metafísicos de la doctrina jurídica* (Cortina y Conill, 1989: p. 197, nota 1).

Pues bien, qué nos dice Kant sobre el principio de legalidad que permite afirmar a Hruschka que fue quien por primera vez formuló dicho principio. Kant (1873) sostiene que el derecho de castigar es “el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de la trasgresión de la ley” (p. 194). Seguidamente, proporciona una definición de lo que entiende por *crimen*:

“La transgresión de la ley pública, que hace al que la comete indigno del derecho de ciudadanía, se llama ó *crimen* pura y simplemente, ó *crimen privado*, ó *crimen público* (*sic.*). El crimen puro y simple se ventila ante la justicia civil, el crimen público ante la justicia criminal” (Kant, 1873: pp. 194-195).

Considera Kant (1989) que la pena (refiriéndose a la pena judicial) únicamente debe imponerse al sujeto que ha delinquido y que esto sólo puede ocurrir luego de que haya sido encontrado merecedor de castigo por un juez:

“La *pena judicial* (*poena forensis*), distinta de la *natural* (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido* (...) Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*” (p. 166).¹⁰

De acuerdo con Kant entonces no puede haber crimen donde no hay una infracción de la ley pública y no puede haber pena donde el individuo no ha delinquido transgrediendo la ley, con lo cual Kant se acerca a la idea del principio de legalidad si, acaso, es que, en realidad, se encuentra formulando tal principio como señala Hruschka. De esta manera, Kant también parece referirse al principio de legalidad, tal como lo hicieron en su oportunidad

¹⁰ En la traducción del texto de Hruschka (2012), realizada por Juan Luis Fuentes Osorio, la expresión “*digno de castigo*” se traduce como “*merecedor de castigo*” (p. 89).

Hobbes, Montesquieu y Beccaria, célebres pensadores cuyas obras no pasaron desapercibidas por sus pares.¹¹

Se cierra aquí una primera fase en los orígenes históricos, filosófico-políticos del principio de legalidad penal, luego vendrá una segunda fase a inicios el siglo XIX que significará la delimitación y concreción sistemática del principio de legalidad en una fórmula expresada en latín que será elaborada por la doctrina del derecho penal alemán, cuya influencia se extenderá por toda la dogmática penal, incluso, hasta nuestros días.

1.2 El principio de legalidad en la dogmática del derecho penal

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, conocido simplemente como Feuerbach, publica en 1801 su *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* donde, por primera vez, formula el principio de legalidad penal mediante las fórmulas en latín *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali*, con alcance científico y con una exposición sistemática de sólida construcción y fundamentación teóricas, que, posteriormente, la doctrina penal ha sintetizado en el brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Fierro, 2003: p. 93; Hruschka, 2012: p. 88; Jakobs, 1997: p. 79; Jiménez de Asúa, 1958: p. 97; Ruiz, 2003: p. 56). Este momento es, sin duda, el punto crucial que fijará los contornos definitivos del principio de legalidad penal y que la teoría del derecho penal moderno seguirá y repetirá una y otra vez hasta la actualidad.

Según Naucke (2000), “[e]n FEUERBACH se encuentra de forma cabal la unidad entre contenido y forma que el principio de legalidad requiere”:

“En el enunciado ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’ se hace referencia con ‘*crimen*’ al injusto realmente grave (y sólo a éste) contra la persona y el Estado; y con ‘*poena*’ a la condena soberana (que no brutal) del injusto grave. La teoría de

¹¹ Montesquieu, como ya se dijo, critica lo expuesto por Hobbes en el *Leviathan*; Beccaria, por su parte, se inspira y recibe influencia *Del espíritu de las leyes* de Montesquieu, en tanto que Kant (1773) califica de “sofisma y falsa concepción del derecho” el sentimiento humanista con que Beccaria tacha de injusta toda pena de muerte en *De los delitos y las penas* (p. 201).

la coacción psicológica no sirve para los pequeños robos o estafas, sino para el homicidio, la violación y la alta traición. La fuerza con la que se amenaza, que da lugar a la prevención intimidatoria de FEUERBACH, sólo será posible si se da un engarce entre el injusto grave y el convencimiento de sancionarlo adecuadamente.

El principio de legalidad, en el pensamiento de FEUERBACH, es el recipiente que recoge dicho engarce y continuamente le da forma” (p. 535).

Pero Feuerbach para sistematizar el principio de legalidad, necesariamente, tuvo que conocer las ideas y obras de sus antecesores Hobbes, Beccaria y Kant. A este respecto, Hruschka (2012) señala que Feuerbach en su obra denominada *Anti-Hobbes* recoge “la idea de Kant de que una persona sólo puede ser penada cuando y porque ‘ha delinquido’” (p. 91). Así mismo, es interesante observar cómo el pensamiento de Feuerbach se asemeja al de Kant cuando define lo que es un *crimen*:

“Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una *lesión jurídica o injuria*. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un *crimen*. Por ende, crimen es, en el sentido más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal” (Feuerbach, 1969: p. 64).

Por otro lado, en su *Tratado*, Feuerbach se refiere a Beccaria y su obra *De los delitos y de las penas*, aunque lo haga a nota de pie de página, cuando sostiene que la *política criminal* es uno de los conocimientos auxiliares comprensivos del derecho criminal, (Feuerbach, 1969: pp. 50-51, nota 4).

Ahora bien, cómo llega a sistematizar el principio de legalidad. Feuerbach (1969) establece primero que “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible” (p. 63). Partiendo de este postulado, deriva los siguientes principios:

“I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está

condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada” (Feuerbach, 1969: p. 63).

Con estos postulados, Feuerbach termina por consagrar, de modo definitivo, el principio de legalidad¹² en la conocida fórmula en latín *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay delito, no hay pena, sin ley), y pese a que no es el creador de este principio hay que reconocerle el mérito de haber ideado no sólo su formulación sino también de haberle agregado a ésta una fundamentación autónoma tomando como base la teoría de la pena (Roxin, T. I, 1997: p. 146). Desde este momento, puede afirmarse, entonces, que empieza a regir el principio de legalidad a nivel de la dogmática penal¹³ y así permanecerá, prácticamente, intacto hasta nuestros días.

1.3 Contenido y alcance del principio de legalidad según la doctrina del derecho penal

Los teóricos del derecho penal, de forma categórica y podría decirse unánime,¹⁴ sostienen que sólo la Ley es la única fuente del derecho penal, la fuente por excelencia, la fuente exclusiva del derecho penal (Bacigalupo, 1996: p. 37; Bustos, T. I, 2004: p. 577; Cury, T. I, 1991: p. 145; Fontán, 1998: p. 102; Jiménez de Asúa, 1995: p. 54; Novoa, 1960: p. 121; Nuñez, 1999: p. 61; Polaino, 2004: p. 312; Zaffaroni, T. I., 1960: p. 124). Pero, debemos preguntarnos por qué la Ley es tan importante para el derecho penal y, sobre todo, para la vida y la libertad de las personas.

¹² A este respecto, Cury (1992) sostiene que la consagración definitiva del principio de legalidad “sólo se produce a fines del siglo XVIII y principios del XIX” (p. 143).

¹³ Para Larenz (1985), sin embargo, la máxima *nulla poena sine lege* rige desde el siglo XVIII (p. 164).

¹⁴ Fierro (2003) llama la atención de que, en los últimos tiempos, el Estado “ha perdido la exclusividad en la producción de normas penales y debe compartirla con la comunidad internacional que, a través de sus convenciones, dictan tratados que en algunos casos ya han sido incorporados a nuestro derecho positivo vigente” (pp. 35-36). Por otro lado, Inzunza (2009) deja anotada la situación problemática de la garantía de reserva de ley por un “déficit democrático en la formación de la ley penal” como consecuencia de la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte de México (p. 76).

La razón de ello se encuentra en que “el Derecho Penal regula algunas de las formas más contundentes de uso de la fuerza por parte del Estado, puesto que su utilización va a suponer, siempre y en todo caso, la grave afectación de derechos fundamentales” (Álvarez, 2009: p. 15). El derecho penal se adentra tan hondamente en la vida, la libertad, el honor y el patrimonio de las personas que es necesario rodear su accionar con ciertas garantías (Mezger, 1958: p. 62). Justamente, la Ley sirve para frenar la acción que tiene el derecho penal en la vida y la libertad de las personas, de aquí su relevancia. No basta, sin embargo, la presencia de una Ley para garantizar los derechos de las personas también es importante observar su contenido. La severidad con que actúa el derecho penal obliga, entonces, que, a diferencia de otras ramas jurídicas, tenga que expresarse de un modo determinado, con un lenguaje jurídico-penal específico que lo restrinja, ya que

“[l]a calidad de los bienes jurídicos que debe proteger, y la peligrosidad de los instrumentos que puede utilizar para esa protección, colocan al derecho penal en una relación especial, no solamente respecto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el conflicto penal, son también respecto del lenguaje (...) es justamente el lenguaje el que ayuda a asegurar importantes principios del sistema jurídico” (Hassemer, 1995: pp. 20-21).

Para el derecho penal, la ley penal desempeña un rol importante en la tutela de las personas, es decir, cumple una función decisiva en la garantía individual o garantía de la libertad de las personas (Bacigalupo, 1996: p. 32; Nuñez, 1999: p. 64). Esta garantía se encuentra representada por el principio de legalidad que es la “*garantía política* de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo” y, a su vez, es “una exigencia de *seguridad jurídica*” que supone la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas que la ley penal determina (Mir, 2011: p. 72). En otras palabras, el principio de legalidad significa “*seguridad jurídica* (el ciudadano conoce con anticipación las conductas prohibidas) y *garantía política* (el Estado no puede amenazar a las personas con otras penas que las que han sido previamente determinadas)” (Garrido, 2001: p. 34).

Según Jescheck (1981) esa función de garantía de la ley penal tiene una cuádruple dimensión:

“La pena no puede ser fundamentada ni tampoco agravada por Derecho consuetudinario, por analogía o por efecto retroactivo de la ley penal. Las leyes penales deben además redactarse con la mayor claridad posible para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto legal lo más exactamente posible (*principio de legalidad*).

La exclusión del Derecho consuetudinario y la prohibición de la analogía se dirigen al juez, la prohibición de retroactividad y de indeterminación de las leyes penales al legislador” (p. 173).

En ese contexto, debemos averiguar qué contenido asigna la doctrina del derecho penal al principio de legalidad. Cuando revisamos la bibliografía vinculada al tema, encontramos que un sector de la doctrina penal, que podríamos llamar minoritario, se anima a desarrollar específicamente el contenido del principio de legalidad. La gran mayoría, en cambio, prefiere abordar los significados, aspectos, instrucciones, repercusiones o consecuencias del principio de legalidad, aunque con esto parecen referirse a su contenido. Lo que ambos grupos o sectores doctrinales tienen en común es la cuestión relativa a las prohibiciones que se derivan del principio de legalidad.

Pues bien, dentro del primer grupo, encontramos a Berdugo, Arroyo, Ferré, Serrano y García (1996) quienes afirman que el principio de legalidad está compuesto por diversos postulados o subprincipios:

“la reserva absoluta de Ley -monopolio del Parlamento- para definir las conductas constitutivas de delito y disponer la aplicación de penas, con exclusión de otras disposiciones legales de inferior rango y de la costumbre; la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem*; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo; la prohibición de castigar por lo mismo más de una vez (*ne bis in ídem*)” (p. 37).

Para Inzunza (2009), sin embargo, la reserva de ley es una garantía de forma o de procedimiento y no una garantía de contenido:

“Quiere con ello decirse que por mor de este mandato al legislador no le viene indicada, ni vedada, materia alguna de regulación, sino únicamente la obligación de establecer los delitos y sus penas mediante una ley que sea expresión del proceso de formación regulado en la propia Constitución. Tampoco proviene de ella, al menos no es posible colegirla sin forzar una interpretación que apele a una derivación en vía de consecuencia, la exigencia de que la ley cumpla con requisitos atinentes a la corrección y calidad lingüística” (pp. 66-67).

Pese a esto, Insunza (2009) reconoce que “el mandato de *lex certa* se encuentra estrechamente vinculado con otros contenidos del principio de legalidad penal, como componentes de un todo” (p. 61). Añade que la doctrina mayoritaria vincula “las exigencias de claridad y precisión de la ley penal al mandato de determinación, situando a la reserva de ley sólo como garantía de formación democrática de la ley penal, esto es, como el ‘aspecto formal’ del principio de legalidad” (p. 67).

De acuerdo con este sector minoritario de la doctrina penal, el contenido del principio de legalidad no se agotaría en los postulados arriba señalados, ya que éstos van unidos a dos manifestaciones del principio de legalidad, ubicadas en el terreno de la aplicación de la ley: “la garantía de que el enjuiciamiento del delito se realice conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la garantía que la pena se ejecute y cumpla conforme a lo dispuesto en las Leyes” (Berdugo *et al.*, 1996: p. 37).

Desde el ámbito del derecho procesal penal, Córdón (2002) afirma que el contenido esencial del principio de legalidad está formado por la denominada “*garantía procesal o jurisdiccional*” y se completa con la “*garantía criminal*”, la “*garantía penal*” y la “*garantía de ejecución*” (p. 18), garantías a las que, también, se referirá un subgrupo del sector mayoritario, como se verá a continuación.

La doctrina penal mayoritaria trata, más bien, o prefiere referirse a los significados, garantías, aspectos, alcances, instrucciones, repercusiones o consecuencias y prohibiciones del principio de legalidad.

Cury (1992), por ejemplo, afirma que el principio de legalidad tiene varios significados. El primero de éstos es que representa una prohibición de retroactividad limitativa de las facultades del legislador. Significa, a su vez, que sólo una ley, promulgada según las normas constitucionales de la materia, puede ser fuente del derecho penal, con lo cual el principio de legalidad constituye una limitación al juez para que no busque la solución del problema bajo su ámbito de decisión más allá del margen estrecho previsto en la ley penal. Finalmente, según Cury, el principio de legalidad “expresa una prohibición de *analogía*, estrechamente vinculada con el aspecto anterior, pues si se prohíbe al juez recurrir a cualquier clase de normas que no estén contenidos en una ley formal, con mayor razón ha de vedársele la creación de ellas mediante un razonamiento analógico” (T. I., pp. 143-144).

Dentro de este sector mayoritario es posible hallar un subgrupo de autores, provenientes de la doctrina penal española, fundamentalmente, que se refieren a las garantías del principio de legalidad partiendo de la distinción entre las repercusiones y los aspectos de dicho principio.

Así, García-Pablos (2009) señala que, en el ámbito penal, el principio de legalidad tiene una triple repercusión: primero, fundamenta cuatro garantías del ciudadano; segundo, influye en las fuentes y la interpretación de la ley penal y tercero, “condiciona la técnica legislativa que se utilice para formular en cada caso y definir la materia de prohibición” (pp. 439-440). Ahora bien, García-Pablos (2009) sostiene que la primera garantía del ciudadano es la *garantía criminal*, que

“impide se repute delictiva una conducta no tipificada previamente en la ley penal y castigada por ésta con una pena. Cierra el paso, por tanto, a la admisibilidad del llamado ‘delito natural’, al que se refirieron los positivistas; y a la creación de comportamientos criminales por vía judicial, ya que dicho cometido corresponde exclusivamente a la ley. Por idéntica razón no cabe definir conductas como

delictivas a través de normas (administrativas) con rango inferior a la ley, procedentes del poder ejecutivo.

A esta garantía suelen asociarse las exigencias genéricas derivadas del '*nullum crimen*': prohibición de retroactividad ('*lex praevia*'), exclusión del derecho consuetudinario como fuente directa del Derecho Penal ('*lex scripta*'), prohibición de la analogía 'in malam partem' ('*lex stricta*') y mandato de certeza o prohibición de cláusulas generales e indeterminadas ('*lex certa*') (sic.) (p. 440).

La segunda garantía del ciudadano es la *garantía penal* que prohíbe la imposición de una pena que no se encuentre previamente establecida en la ley penal: "Es la ley la que debe determinar la clase y duración de la pena, y no el juez, como sucediera en el Antiguo Régimen, ni la Administración" (p. 443). La tercera garantía es la *garantía jurisdiccional* a tenor de la cual "nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente en juicio seguido con todas las garantías establecidas en la ley" (p. 445). Y la última es la *garantía de ejecución* que significa que "la pena sólo puede ejecutarse en la forma legalmente establecida (García-Pablos, 2009: p. 448).

Otros autores que adoptan esta categorización de las garantías del principio de legalidad penal son Ruiz (2003: pp. 61-67), Sáinz (1985: p. 83) y Mir (2011), aunque este último prefiere referirse a aquéllas como los *aspectos* del principio de legalidad y denomina *garantía judicial* a la *garantía jurisdiccional* (pp. 72-73).

En este subgrupo, podríamos bien incluir a Cordón (2002) pero este autor, como ya dijimos, pertenece al sector minoritario de la doctrina penal y se refiere a las garantías indicadas como parte del contenido esencial del principio de legalidad, llamando *garantía procesal* a la *garantía jurisdiccional* (p. 18).

Una posición singular es la que expone Garrido (2001) para quien el principio de legalidad tiene dos alcances, uno restringido, que corresponde al *nullum crimen, nulla poena sine legem* y uno amplio, que comprende tres

garantías: la garantía de legalidad propiamente tal, la garantía de jurisdicción y la garantía de ejecución (p. 34).

Acabamos de señalar que García-Pablos sostiene que una de las repercusiones del principio de legalidad es que fundamenta determinadas garantías para el ciudadano. En adición a esto, como ya mencionamos, dicho autor afirma que el principio de legalidad, a su vez, supone dos repercusiones más, una de las cuales tiene un efecto decisivo en las fuentes y la interpretación de la ley penal, que “[i]mplica una severa limitación de las fuentes creadoras del Derecho Penal, excluyendo la costumbre (*‘lex scripta’*) y la analogía *‘in malam partem’* (*‘lex stricta’*) y fundamenta, naturalmente, la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo (*‘lex praevia’*) (García-Pablos, 2009: pp. 439-440).

Para Nuñez (1999), en cambio, el principio de legalidad se manifiesta a través de diversas consecuencias, a saber:

“la indelegabilidad de la facultad legislativa penal, el principio de reserva penal con sus presupuestos (la tipicidad del hecho punible, la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía y la irretroactividad de la ley penal) y la predeterminación de la pena aplicable” (p. 65).

Roxin (1997), por su parte, también alude a las repercusiones o consecuencias tradicionales del principio de legalidad y sostiene que éstas se plasman en cuatro prohibiciones: “la prohibición de analogía y la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena”, dirigidas al juez, y “la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas”, dirigidas al legislador (p. 140).

Una variante de las prohibiciones mencionadas por Roxin es la que proporciona Silvestroni (2004) para quien del principio de legalidad derivan “la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa; la prohibición de aplicación de pena sin ley formal; la prohibición de analogía; y la prohibición de indeterminación.” (p. 139). Nótese que Silvestroni en lugar de referirse a la prohibición del derecho consuetudinario para sustentar o agravar la pena hace

mención a la prohibición de aplicación de pena sin ley formal, con lo cual alude a la misma prohibición señalada por Roxin.

Mir Puig (2011) opina, en cambio, que el principio de legalidad contiene tres prohibiciones: “la prohibición de la analogía, la prohibición de fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal” (p. 38). De igual parecer es Bacigalupo (1996: pp. 35-38).

Estas prohibiciones son percibidas también como instrucciones concretas dirigidas tanto al legislador como al juez penal. Así, Hassemer (1995) nos dice que el principio de legalidad se extraen cuatro instrucciones estrictas:

“El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*); el legislador y el juez penales no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: *lex praevia*); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *lex scripta*) y no puede aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: *lex stricta*)” (pp. 21-22).

Pues bien, como ya habremos podido inferir llegados a este punto, la doctrina penal mayoritaria cuando alude a los significados, aspectos, alcances, garantías, instrucciones y consecuencias del principio de legalidad se está refiriendo al contenido mismo del principio de legalidad que el sector penal minoritario expresa sin ambages. El contenido del principio de legalidad queda conformado, entonces, para la doctrina del derecho penal, por subprincipios y prohibiciones, estas últimas dirigidas tanto al legislador como al juez penal.

El principio de legalidad comprende, por tanto, el subprincipio de fijación o determinación legal de los delitos y las penas o reserva de ley (que supone la prohibición de creación de los delitos y las penas ya sea mediante la costumbre o por decisión judicial); el subprincipio de certeza o taxatividad de la ley penal (que denota la prohibición de cláusulas generales o indeterminadas); el subprincipio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables para el

imputado (que implica la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo) y el subprincipio de prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva. Estos cuatro postulados o subprincipios, a su vez, están relacionados con dos de las garantías que señala la doctrina penal mayoritaria: la garantía criminal y la garantía penal.

El subprincipio de determinación, fijación o establecimiento legal de los delitos y las penas, también llamado de reserva de ley o de determinación legal de la punibilidad, implica que sólo una Ley, expedida por el Congreso, puede crear delitos y establecer sanciones penales, quedando excluidas las disposiciones legales de rango inferior y la costumbre o el derecho consuetudinario (Bacigalupo, 1996: p. 37; Berdugo *et al.*, 1996: p. 37).

En este punto, debemos indagar qué razón mueve a los tratadistas del derecho penal para excluir el derecho consuetudinario en la fundamentación de la punibilidad. La razón de esto es que el derecho consuetudinario “no lo ha creado una instancia legitimada lo más directamente posible de modo democrático” (Jakobs (1997: p. 89). En otras palabras, la configuración de una infracción penal y su represión son materias que corresponden únicamente al Poder Legislativo y, por tanto, escapan del ámbito de las facultades ejecutivas, judiciales (Nuñez, 1999: p. 64) y, hay que añadir, de la costumbre.

La determinación legal de la punibilidad, como exigencia dirigida al Parlamento, “tiene por objeto reducir al máximo razonable la posibilidad de *decisión personal* de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe” (Bacigalupo, 1996: p. 37).

Al respecto, es válido preguntarnos si la forma de ley es necesaria para determinar la punibilidad. Jakobs (1997) nos proporciona una respuesta afirmativa cuando señala que

“[l]a forma de ley se requiere porque la punibilidad ha de estar determinada mediante reglas generales, no sólo mediante reglas válidas para el caso concreto o sólo para un individuo. No se trata aquí de la generalidad de la ley como garantía

de solución concreta (como algo paralelo a la ley natural), sino de la generalidad para impedir la arbitrariedad” (p. 89).

La exigencia de legalidad supone, de otro lado, que la ley penal debe reunir determinados requisitos, a saber, debe tratarse de una ley previa (*lex praevia*), escrita (*lex scripta*), estricta (*lex stricta*) (Mir, 2011: p. 73) y formal (Silvestroni, 2004: p. 139). Estos requisitos, a su vez, se encuentran relacionados con cada uno de los subprincipios que forman el contenido del principio de legalidad. Así, el requisito de ley previa está vinculado con el subprincipio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables para el imputado; los requisitos de ley formal y escrita se relacionan con el subprincipio de determinación, fijación o establecimiento legal de los delitos y las penas o reserva de ley y el subprincipio de certeza o taxatividad de la ley penal; por último, el requisito de ley estricta está unido al subprincipio de prohibición de analogía e interpretación extensiva de la ley penal.

Por consiguiente, la ley penal es formal “cuando fue sancionada por el órgano con competencia legislativa”; es escrita “cuando no emana de usos, prácticas o cánones sociales, sino que se encuentra plasmada en un documento, mediante un uso lingüístico inamovible”; es previa “cuando fue sancionada con anterioridad al hecho bajo análisis” y es estricta “cuando se ajusta con precisión al caso bajo análisis, sin interpretaciones que extiendan su alcance a hechos diversos al abarcado por la norma” (Silvestroni, 2004: p. 139).

Dos precisiones son importantes sobre esto. La primera es que la exigencia de ley previa (*lex praevia*)

“expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica” (Mir, 2011: p. 73).

La segunda es que la exigencia de una ley escrita (*lex scripta*) supone la exclusión de la costumbre como posible fuente de creación de los delitos y las

penas, no siendo suficiente, a este respecto, la existencia de cualquier tipo de ley penal escrita sino que es necesario que la misma emane del Poder Legislativo (Mir, 2011: p. 74).

Ahora bien, el subprincipio de certeza o taxatividad, denominado también por la doctrina penal como subprincipio de exhaustividad o de determinación de las leyes penales, implica que “[e]l legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible” (Hassemer, 1995: p. 21). Se trata de un postulado de precisión de la ley penal, vinculado con la ley estricta (*lex stricta*), que da lugar a un mandato de determinación “que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear” (Mir, 2011: p. 74), tratando de evitarse con esto que en la estructura normativa de la ley penal se utilicen cláusulas generales indeterminadas.

A la vez, dicho subprincipio importa, también, un mandato de certeza (*lex certa*) que genera diversas consecuencias dependiendo de su ubicación ya sea en el momento legislativo o en el momento judicial, distinguiéndose entre un mandato de determinación como “exigencia emanada del derecho a la legalidad penal para que el legislador describa de manera clara y precisa las conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas” y un mandato de taxatividad como “exigencia dirigida al juez para que se abstenga de aplicar las normas penales a los casos que no vengan *expresamente* previstos en las mismas, más allá del sentido literal posible” (Insunza, 2009: pp. 60-61).

En realidad, no es que el juez penal se abstenga de aplicar una ley penal sino, más bien, que de no encajar la conducta imputada en la descripción legal respectiva simplemente determinará que no se trata de una acción típica o de una conducta debidamente tipificada, con lo cual el mandato de certeza es un asunto que recae siempre en la competencia del legislador y se encuentra exclusivamente dirigido a éste.

El subprincipio de certeza o taxatividad es vinculado, por otro lado, con la reserva absoluta de ley. Ferrajoli (1995) es quien asume esta posición. Sostiene este autor que, en la determinación abstracta de lo que es punible, el

principio de legalidad exige dos condiciones, una de éstas de “carácter *formal* o *legal* del criterio de definición de la desviación punible” y otra de “carácter *empírico* o *fáctico* de las hipótesis de desviación legalmente definidas”. De acuerdo con la primera condición la desviación punible es “la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*”. Conforme a la segunda condición, “la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de *status* o de autor, sino sólo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la otra máxima clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa*” (p 34).

Identifica así Ferrajoli la primera condición con el “principio de la *reserva de ley* en materia penal y del consiguiente *sometimiento del juez a la ley*”, precisando que, según dicha condición, el juez sólo puede calificar como delito únicamente aquellos hechos que formalmente vienen señalados por la ley como presupuestos para aplicar una pena y no fenómenos que estime inmorales o considere que merezcan sanción penal. La segunda condición, en cambio,

“comporta además el carácter *absoluto* de la reserva de la ley penal, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es *solamente* a la ley: sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva” (pp. 34-35).

A partir de ello, Ferrajoli denomina *principio de mera legalidad* a la reserva de ley, como aquella norma dirigida a los jueces “a quienes prescribe la aplicación de las leyes”, y *principio de estricta legalidad* a la reserva absoluta de ley, como aquella otra norma dirigida al legislador “a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales”, precisando que este último principio “se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter ‘constitutivo’ antes que ‘regulativo’ de lo que es punible” y, por esta razón, este *principio de estricta legalidad* “no admite ‘*normas constitutivas*’, sino sólo

'*normas regulativas*' de la desviación punible: por tanto, no normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino sólo reglas de comportamiento que establecen una *prohibición*", de modo que "la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto" (pp. 35-36).

De esta manera, puede afirmarse que sólo aquella Ley que contenga "una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse *exhaustiva*", cumplirá con el principio de legalidad (Bacigalupo, 1996: p. 34). Esta exigencia de exhaustividad y claridad en la descripción de los comportamientos punibles condiciona, entonces, la técnica legislativa que se utilice para la formulación y definición de la materia penal (García-Pablos, 2009: p. 440), de modo que sólo podrán ser consideradas exhaustivas, en principio, aquellas leyes que contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y establezcan su duración mínima y máxima así como la especie de pena que corresponde imponer (Bacigalupo, 1996: p. 34).

Sin embargo, el principio de legalidad no debe confundirse "con una imposición constitucional del casuismo legislativo" ya que para cumplirlo sólo bastará "la determinación, lo más precisa posible, del ámbito de lo relevante penalmente como delito", sin necesidad de un casuismo legislativo, porque la ley jamás puede hacer surgir la certeza de la punición de forma acabada, debido a que su previsión es siempre abstracta (Zaffaroni, 1998, T. I: pp. 139-140). En otras palabras, la exhaustividad admite cierto grado de generalización en la medida que, para cumplir con la exigencia de determinación legal, no es necesario que la ley establezca un casuismo estricto; no obstante, ese grado de generalización se vuelve inadmisibles "cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido" (Bacigalupo, 1996: p. 35).

Otro aspecto que es importante resaltar es que la presencia del subprincipio de prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva importa que sólo se encuentra prohibida la analogía *in malam partem*, vale decir, la analogía contra el imputado o procesado o aquella analogía que lo perjudica. Esto

significa que la prohibición mencionada “excluye cualquier interpretación que vaya más allá del ‘sentido literal posible’ del texto legal”, constituyéndose, por tanto, en un límite que el juez debe respetar para evitar convertirse en legislador (Corcoy, 2010: p. 165).

Dicha prohibición, sin embargo, no alcanzaría a la analogía *in bonam partem*, por lo que, en este supuesto, la interpretación analógica de la ley penal sí estaría legitimada (Bacigalupo, 1996: p. 35) o es legítima “porque consiste en aplicar un precepto legal en una de las alternativas comprendidas en el sentido literal posible de su texto” (Garrido, 2001: p. 37). Lo que se prohíbe, entonces, es la aplicación analógica de la ley penal, no la interpretación por analogía.

Es necesario diferenciar aquí entre la interpretación analógica o por analogía y la aplicación analógica o por analogía de la ley penal. La primera, nos dice Garrido (2001), consiste en buscar un sentido interpretativo del texto legal que se encuentre dentro de su sentido literal posible y aplicar la ley penal “en uno de los sentidos que ella tiene conforme a su tenor literal, porque ese sentido es *análogo* al que también tienen otras disposiciones legales semejantes”, mientras que aplicar por analogía la ley penal consiste en algo distinto, vale decir, salvar vacíos o lagunas legales creando una norma jurídica inexistente para un caso concreto; “supone el uso de una norma penal en una situación categóricamente *no comprendida* por ella -en ninguno de los posibles sentidos que se desprenden de su texto-, pero *análoga* a otra situación sí comprendida por esa norma”; es decir, lo que se hace “es crear un texto legal para una hipótesis no reglada por el ordenamiento jurídico, aplicando una norma dictada para una situación distinta, pero análoga a aquella donde indebidamente se aplica” (pp. 36-37).

Mir Puig (2011) explica la diferencia entre interpretación y analogía en los siguientes términos:

“mientras la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su ‘*sentido literal posible*’, la analogía supone la aplicación de la ley penal

a un supuesto *no comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal” (p. 75).

Pese a todo, la doctrina del derecho penal no es pacífica sobre la admisión de la analogía *in bonam parte* (Corcoy, 2010: p. 166). En cualquier caso, como ya se estableció, lo que sí es indiscutible es la prohibición de la analogía *in malam partem*.

Una distinción adicional es si existe alguna diferencia entre la interpretación extensiva y la analogía. La interpretación extensiva supone, en palabras sencillas, la aplicación de la ley penal de la forma más amplia posible hasta donde su sentido literal lo permita; la analogía, en cambio, importa la aplicación de la ley penal a un caso similar al regulado legalmente pero que no está comprendido en su texto (Bacigalupo, 1996: p. 35). Interpretar una ley penal extensivamente equivale a interpretarla de modo tal que la incriminación penal se extienda a conductas que se encuentran más allá del sentido literal posible de su texto (Berdugo *et al.*, 1996: p. 42). Sobre esto, Corcoy (2010) nos dice que

“en la interpretación extensiva se aplica la norma a casos no previstos con claridad en el significado nuclear de la misma, sin salirse de su marco legal. En la analogía, a partir de la semejanza o identidad de razón con respecto a otra norma o conjunto de normas, se crea una nueva norma analógica que resuelve el caso no regulado. En la práctica esta diferenciación no es tan sencilla, por lo que, especialmente en Derecho penal, es aconsejable huir de la interpretación extensiva y seguir siempre una interpretación restrictiva” (p. 166).

Otro punto que no parece fuera de discusión es que la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución conformen el contenido del principio de legalidad. Después de todo, ambas garantías son resultado del subprincipio de determinación legal de los delitos y las penas; vale decir, la existencia de una ley penal que establece un hecho punible y su respectiva sanción penal presupone tanto la garantía jurisdiccional como la garantía de ejecución, ya que no podría juzgarse ni sentenciarse a una persona, menos aún ejecutarse la sentencia, sin la existencia de una ley penal previa.

Tampoco parece formar parte del contenido del principio de legalidad la prohibición de castigar por el mismo hecho delictivo cometido más de una vez o lo que se conoce como prohibición del *ne bis in ídem*, ya que ésta se encuentra vinculada al juzgamiento y eventual sentencia que se dicte al interior de un proceso penal, es decir presupone el inicio de un juicio penal sin el cual dicha prohibición no operaría, por este motivo se trata, más bien, de una garantía procesal que forma parte del debido proceso, pero no del contenido del principio de legalidad penal.

Por último, es necesario precisar que sólo la prohibición de leyes penales indeterminadas o mandato de certeza es la única que está vinculada al legislador ya que resulta claro que, dentro de un Estado de derecho, el único que tiene como función aplicar las leyes penales es el juez, de modo que el legislador jamás podría aplicar una ley penal de forma retroactiva en perjuicio del imputado, con lo cual de las cuatro prohibiciones descritas, sólo tres de éstas se dirigen al juez penal y una sola al legislador.

Capítulo 2

El principio de legalidad en el derecho internacional

2.1 La obligación de implementar las normas del Derecho Internacional en el derecho interno

“Aceptar la supeditación del Derecho interno al Derecho Internacional es aceptar la unidad del sistema jurídico y es propugnar por una política interestatal pacífica y justa”; con estas palabras empieza Basave (2001) el apartado referido a la supeditación del derecho interno al derecho internacional de su libro *Filosofía del Derecho Internacional* (p. 58). Esto nos plantea la interrogante de si es verdad que el derecho interno se encuentra supeditado al derecho internacional o, más precisamente, a las normas que lo conforman

La interrogante anterior nos remite necesariamente al problema de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno y al no menos importante asunto de la obligación de los Estados de implementar en el derecho interno las normas del derecho internacional, en especial, las normas relativas a la protección de los derechos humanos.

En adelante, cuando se haga mención al derecho internacional con esto se designará al sistema jurídico cuya función principal y objeto es regular las relaciones entre los Estados o los sujetos de derecho internacional (Parry, 2004: p. 53; Rousseau, 1966: p. 1) o como “el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regula las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden” (Remiro, Riquelme, Orihuela, Díez-Hochleitner y Pérez-Prat, 2010: p. 37). De modo que se usará indistintamente ambas expresiones para referirnos a lo mismo, vale decir, el derecho internacional público o, simplemente, al derecho internacional.

Antes de abordar las cuestiones planteadas y para una mejor comprensión de éstas, es importante explicar, aunque sea de forma breve, las características y las fuentes del derecho internacional.

2.1.1. Características y fuentes del Derecho Internacional

Debido a la función que desempeña y a su objeto, el derecho internacional tiene una naturaleza jurídica propia que lo distingue del derecho interno. En principio, se trata de un derecho de coordinación y no un derecho de subordinación. Esta característica y diferencia sustancial es denominada por Rousseau (1996) una diferencia de estructura en la técnica jurídica:

“ya que las normas internas promulgadas por la autoridad competente (leyes, reglamentos, ordenanzas, sentencias) se imponen jurídicamente a los particulares, mientras que en el orden internacional el único modo de creación de normas jurídicas es el acuerdo entre Estados, de forma que en él, la elaboración de toda regla jurídica se halla subordinada al asentimiento de los propios sujetos de derecho que han de someterse a ella” (pp. 5-6).

Otras características adicionales tienen que ver con la ausencia de un órgano legislativo que centralice la elaboración o la producción de las normas internacionales, es decir, el derecho internacional carece de un legislador internacional común a todos los Estados, y con la ausencia de un órgano jurisdiccional obligatorio bajo el cual esos mismos Estados se encuentren sometidos. Por otro lado, el derecho internacional no cuenta con un órgano o aparato supraestatal coactivo o sancionador capaz de imponer la ejecución o cumplimiento de las normas internacionales o sancionar su incumplimiento, coexistiendo tanto normas internacionales generales o universales como normas particulares que obligan a uno o más Estados o sujetos de derecho internacional (Novak y García-Corrochano, 2003: pp. 38-43; Rousseau, 1966: p. 6).

En general, la doctrina del derecho internacional parece estar de acuerdo en que las fuentes del derecho internacional, que en sentido estricto se refieren a la producción de las reglas del derecho internacional (Herdegen, 2005: p.

113), se encuentran precisadas, codificadas o enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵ (Basave, 2001: p. 90; Díez de Velasco, 1980: p. 77; Herdegen, 2005: p. 113; Reuter, 1982: p. 81; Rousseau, 1966: p. 21; Vergara, 2013: p. 138; Virally, 2004: p. 152).

Pues bien, el artículo mencionado, en su numeral 1, establece que la Corte Internacional de Justicia, para decidir las controversias que sean sometidas a su jurisdicción, aplicará las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Este orden de ubicación de las fuentes del derecho internacional, sin embargo, no significa el establecimiento de una jerarquía entre éstas (Reuter, 1982: p. 81; Rousseau, 1966: p. 22), ya que, en el derecho internacional público, las fuentes tienen el mismo rango entre sí (Díez de Velasco, 1980: p. 80), de modo que dicha ubicación obedecería o tendría su origen en “razones de conveniencia, por la tendencia actual hacia el derecho escrito que, de alguna manera, ofrece mayor certidumbre” (Vergara: 2013: p. 139). No obstante, la excepción a la regla general de inexistencia de órdenes jerárquicos son las normas de *ius cogens* porque “prevalecen sobre cualquier otra norma del Derecho internacional por su carácter imperativo” (Novak y García-Corrochano, 2003: p. 73).

2.1.2. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y la obligación de cumplir los tratados

En este apartado, centraremos nuestra atención en el deber de cumplir las convenciones internacionales, comúnmente conocidas con el nombre de tratados, que, como acabamos de ver, constituyen una de las fuentes del derecho internacional público. Antes, debemos averiguar qué es un tratado.

Rousseau (1966) define al tratado como un “*acuerdo entre sujetos del derecho de gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos*”,

¹⁵ Véase el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en: http://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, última visita, 20 de febrero de 2018.

definición que tiene una acepción genérica, amplia o lata y una acepción estricta. En la primera de estas acepciones, el *tratado* se define como “todo acuerdo concluido entre miembros de la comunidad internacional”; en la segunda acepción, en cambio, el *tratado* “se define por el procedimiento utilizado para formalizarlo o concluirlo, es decir, por su forma y no por su contenido”. En esta última acepción, para designar al *tratado*, se usan además los términos de “convenio, pacto, carta, estatuto, acto, declaración, protocolo, arreglo, acuerdo” (pp. 23-24).

Por su lado, Vergara (2013) sostiene que, en términos generales, el tratado es “el documento en el que se consignan por escrito obligaciones y derechos acordados *por y para* los firmantes” y, en términos específicos, es “la más importante fórmula de negociación jurídica internacional” (p. 140).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 2.1.a), nos proporciona una definición de *tratado* cuando señala que por éste debe entenderse “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (Naciones Unidas, 1971: pp. 311-326).

Podemos afirmar, en resumen, siguiendo la definición ofrecida por Novak y Namihás (2004), que el tratado es “el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho internacional, regido por este ordenamiento, celebrado en forma verbal o escrita y destinado a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones jurídicas de naturaleza internacional, independientemente de su denominación particular y de que conste en uno o más instrumentos conexos” (p. 51).

Una vez definido lo que es el tratado, encontramos que éste encuentra su fundamento en el principio del *pacta sunt servanda* (Herdegen, 2005: p. 117), el cual juega un rol importante en la obligación del cumplimiento de los tratados.

La Convención de Viena de 1969, en el apartado referido a la observancia de los tratados, establece en su artículo 26 el principio *pacta sunt servanda*

según el cual “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y deber ser cumplido por ellas de buena fe” (Naciones Unidas, 1971: pp. 311-326). De acuerdo con este precepto, todo tratado es obligatorio para las partes y, por lo mismo, debe ser cumplido por éstas. Así, el principio del *pacta sunt servanda* “establece que los Estados y otros sujetos del Derecho internacional quedan obligados por un Tratado firmado o ratificado, según se presente el caso” (Vergara, 2013: p. 143).

Además, el citado artículo 26 señala que los tratados deben ser cumplidos de *buena fe*. El principio de buena fe exige que un tratado sea acatado conforme a su espíritu y de forma honesta, justa y razonable; supone, de esta manera, el respeto a las partes y al contenido de lo acordado, de modo que las obligaciones derivadas de los tratados deben realizarse no sólo siguiendo su sentido literal sino de acuerdo con la común y real intención de las partes al momento de su celebración, de ahí que el principio de buena fe tiene como consecuencia que “las partes deben abstenerse de realizar cualquier acto que entorpezca u obstaculice la ejecución del tratado o, incluso, frustre sus objetivos” (Tena, 2014: p. 412).

El principio de buena fe implica, entonces, que las partes asumen, por un lado, la obligación “de seguir un determinado patrón de conducta en el sentido de que ésta debe ser razonable, sincera, honesta y leal en la celebración y cumplimiento de un tratado” y, por otro lado, “la obligación de los Estados contratantes de abstenerse de llevar a cabo actos dirigidos a frustrar el objeto y fin del tratado y de usar todos los mecanismos necesarios para lograr la plena ejecución del acuerdo” (Novak y Namihás, 2004: pp. 60-61).

En el derecho de los tratados, el principio *pacta sunt servanda* es la más importante expresión del principio de buena fe porque está basado, principalmente, en ésta. A su vez, la buena fe integra el *pacta sunt servanda* ya que “la buena fe es un principio que se encuentra indisolublemente ligado a todo pacto, convenio o contrato” (Tena, 2014: p. 412).

Para que un tratado adquiriera fuerza jurídica, entre en vigencia, y eventualmente sea obligatorio para las partes no basta que sea firmado por

éstas, se requiere también su ratificación, que viene a ser “la *aprobación dada al tratado por los órganos internos competentes para obligar internacionalmente al Estado*” (Rousseau, 1966: p. 33).

El deber de cumplimiento de una convención internacional se ve reforzado por el hecho de que, en el ámbito del derecho de los tratados, una parte no puede basarse en su legislación interna para incumplir un tratado. Esto aparece claramente determinado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 el cual establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Naciones Unidas, 1971: pp. 311-326).

Todo esto nos lleva a concluir por la obligatoriedad de los tratados desde su ratificación por los Estados sin que éstos puedan justificar o excusar su incumplimiento basándose en su legislación interna.

2.1.3. Relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno

Este tema genera diversos problemas y controversias tales como la recepción e incorporación del derecho internacional en el derecho interno y los eventuales conflictos que pueden darse entre ambos, la aplicación de las normas del derecho internacional en el ámbito interno y la jerarquía del derecho internacional o de las normas del derecho internacional, todos vinculados, de alguna manera u otra, directa o indirectamente, con la obligación de cumplimiento de los tratados.

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno se presenta desde el momento en que los Estados participan con otros sujetos de derecho internacional en la celebración y suscripción de los tratados. Ya vimos que, de acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969, los tratados deben ser cumplidos de buena fe por las partes, quienes, inclusive, no pueden invocar su derecho interno para evitar cumplirlos. Entonces, si los tratados son obligatorios, debemos preguntarse cómo es que se presenta la recepción, incorporación y aplicación de las normas del derecho internacional en el ámbito del derecho interno.

Se ha intentado resolver las cuestiones anteriores partiendo de dos teorías o doctrinas opuestas: el dualismo y el monismo. La escuela monista o monismo sostiene que el derecho internacional y el derecho interno son parte de un ordenamiento jurídico único, vale decir, de un mismo sistema jurídico, de manera que, al existir interacción de sus normas y zonas de contrato entre ambos sistemas jurídicos, se presentan conflictos que son resueltos por la mayoría de sus representantes dando prevalencia al derecho internacional y por un grupo minoritario en favor del derecho interno; la incorporación de las normas del derecho internacional en el derecho interno se da de forma directa o automática, sin necesidad de un procedimiento previo de recepción o incorporación. Por el contrario, la escuela dualista o dualismo sostiene que el derecho internacional y el derecho interno son sistemas jurídicos distintos, por tanto, las relaciones que regulan son también distintas, de modo que no hay posibilidad de conflicto entre ambos ni de primacía de uno respecto del otro. Esta doctrina plantea un proceso de recepción o incorporación de las normas del derecho internacional en el derecho interno. (Novak y García-Corrochano, 2003: pp. 541-544).

Un sector de la doctrina del derecho internacional critica ambas teorías sobre la base de que no toman en cuenta el estado real del derecho ni contribuyen a la comprensión de éste (Virally, 2004: p. 192) y que esa controversia dogmática ya no es relevante porque en la práctica se da prevalencia a un dualismo moderado, según el cual, tanto el derecho internacional como el derecho interno o nacional tienen vida propia, pero, a la vez, se encuentran limitados entre sí (Herdegen, 2005: p. 167).

Después de todo, las críticas anteriores no parecen ser fundadas porque autores como Novak y García-Corrochano (2003) sostienen, basándose en diversos fallos de la jurisdicción internacional, que, dentro del monismo, la vertiente que ha predominado en la doctrina y la jurisprudencia internacional es el llamado *monismo moderado* que, a diferencia del monismo radical (que propone la nulidad de las normas internas que se oponen al derecho internacional), plantea que “la norma interna opuesta al Derecho Internacional

no es nula ni inexistente, pero sí engendra la responsabilidad internacional del Estado que la dictó” (pp. 545 y 547).

La perspectiva expuesta anteriormente ya antes había sido planteada por Rousseau (1966), aunque no en los mismos términos, cuando expresa que la práctica internacional confirma claramente y de modo categórico, con mayor frecuencia, la subordinación del derecho interno al derecho internacional y explica esta situación de manera contundente y precisa de la siguiente manera:

“Numerosas resoluciones internacionales han formulado el principio de la superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno y han aplicado la regla así enunciada para poder resolver el problema de las relaciones entre el tratado y la ley. La institución de la responsabilidad internacional del Estado por razón de los actos legislativos por él realizados constituye, por lo demás, la prueba más difícilmente refutable de la primacía del derecho de gentes: desde el momento que el juez o el árbitro internacional califica la regularidad del derecho interno por su relación con el internacional califica la regularidad del derecho interno por su relación con el internacional, es que el derecho interno no es soberano, sino que se halla subordinado al derecho internacional” (p. 17).

Esta práctica de la jurisdicción internacional ha sido destacada, igualmente, por Virally (2004) quien señala que, desde el punto de vista de su sistema, los tribunales internacionales consideran como si no existiese la norma de derecho interno que es contraria al derecho internacional y cuando surge un conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno la jurisdicción internacional lo resuelve sobre la base de la supremacía del derecho internacional o si ese conflicto no es resuelto de la misma manera en el ámbito del derecho interno

“la posición que se adopta es la de que hay una violación del derecho internacional y trae consigo las mismas consecuencias que cualquier otro acto ilegal. Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos, se afirma la primacía del derecho internacional” (pp. 195-196).

Así, la práctica que ha venido desarrollando la jurisdicción internacional ha ido inclinándose por el monismo moderado, doctrina que parece ajustarse mejor al espíritu de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 y

que, en buena medida, refleja la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno a la vez que supone el deber de implementar las normas del derecho internacional en el ámbito interno, como parte de los compromisos internacionales asumidos, con la consiguiente responsabilidad internacional del Estado respectivo en caso de incumplimiento de lo convenido.

2.1.4. La obligación de implementar las normas internacionales en el derecho interno

En su punto de partida, nos dice Reuter (1982), el derecho internacional “es sobre todo un Derecho convencional en el que los sujetos de Derecho, los Estados, asumen compromisos por la vía de obligaciones, lo más frecuentemente de forma indiferenciada, pero que establecen en el mismo acto, tanto normas generales como individuales” (p. 78).

En la relación que se da entre los ordenamientos jurídicos de los Estados cuando éstos participan en la creación de normas internacionales, la doctrina del derecho internacional sostiene que se parte del principio de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno (Gutiérrez y Cervell, 2012: p. 271). La primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sin embargo, no se ve afectada por las diversas técnicas que se utilizan en los sistemas constitucionales de cada Estado para la aplicación de las normas del derecho interno y la solución de los conflictos entre éstas y las normas del derecho internacional porque “la supremacía surge del hecho de que el Estado queda obligado por el derecho internacional” (Virally, 2004: p. 195).

En este contexto, para garantizar la ejecución de los diversos compromisos internacionales que asumen los Estados participantes de un tratado, el derecho internacional tiene bien establecido como postulados: 1) que los Estados están obligados a introducir en su legislación nacional las modificaciones que fueren necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos internacionales válidamente contraídos; 2) que no pueden invocar su Derecho interno para descartar la aplicación de una norma internacional, ni siquiera invocando su sistema constitucional, y 3) que no pueden modificar por su Derecho interno el Derecho internacional, ya que están sometidos a éste. En suma, para el

Derecho internacional sus normas tienen que ser cumplidas (Gutiérrez y Cervell, 2012: p. 271).

De esta manera, en el ámbito del derecho internacional y, en especial, en el campo del derecho de los tratados, sobre los Estados recae la obligación de implementar las normas del derecho internacional en su derecho interno para cumplir y satisfacer sus compromisos internacionales, de acuerdo con los principios del *pacta sun servanda* y de buena fe, y así evitar incurrir en responsabilidad internacional o en lo que la doctrina del derecho internacional denomina un *hecho ilícito internacional*. A continuación, nos ocuparemos, brevemente, sobre la responsabilidad internacional, sus elementos constitutivos, y el hecho ilícito internacional.

2.1.5. La responsabilidad internacional y el hecho ilícito internacional

El incumplimiento de las obligaciones internacionales y, en particular, el incumplimiento en implementar las normas internacionales en el derecho interno genera lo que en doctrina se conoce con el nombre de la responsabilidad internacional del Estado.

La nueva relación jurídica que nace como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones internacionales es explicada por Jiménez de Aréchaga (2004) de la siguiente manera:

“Siempre que se viola, ya sea por acción o por omisión, un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual el acto es imputable, que debe ‘responder’ mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación” (p. 507).

El hecho generador de la responsabilidad internacional, por consiguiente, está representado por el comportamiento ilícito que se imputa a un Estado que ha incumplido una obligación o deber internacional contenido en las normas

internacionales; dogmáticamente, este comportamiento ilícito se conoce con el nombre de *hecho ilícito internacional*.

Según Gutiérrez y Cervell (2012), un Estado o una organización internacional comenten un hecho ilícito internacional “cuando se comportan de manera contraria a lo que de ellos exige una norma internacional en vigor” (p. 502). Por su lado, Remiro, Riquelme, Orihuela, Diez-Hochleitner y Pérez-Prat. (2010) señalan que un comportamiento es ilícito “cuando, conforme al Derecho Internacional, constituye una violación de una obligación internacional de dicho sujeto, sea cual sea su origen o naturaleza” (p. 406).

Podemos afirmar, entonces, que para la configuración de un hecho ilícito internacional se necesita que el comportamiento ilícito de un Estado reúna dos elementos esenciales: un elemento objetivo, constituido por la infracción o violación (ya sea por acción u omisión) de una obligación contenida en una regla de derecho internacional vigente y valorada según las normas del derecho internacional, y un elemento subjetivo, que es la atribución o imputación al Estado de la obligación internacional vulnerada o incumplida (Gutiérrez y Cervell, 2012: p. 503; Jiménez de Arechaga, 2004: p. 508; Remiro *et al.* 2010: p. 406).

La comisión de un hecho ilícito internacional, que genera la responsabilidad internacional, es el resultado, por tanto, de la *violación de una obligación internacional*. Con esta expresión se hace referencia no sólo a aquella obligación que puede deducirse de una norma internacional, incluso de una norma consuetudinaria, sino también de aquella obligación que emana de las disposiciones de un tratado, de un acto unilateral del propio Estado, de una decisión de un tribunal o de un órgano de una organización internacional (Remiro *et al.*, 2010: pp. 412-413).

Para determinar si ha existido o no ilicitud en el comportamiento del Estado, es necesario precisar que carece de importancia el origen o la fuente de la obligación internacional incumplida así como la clase, tipo o naturaleza de la obligación vulnerada y el objeto o contenido de ésta (Gutiérrez y Cervell, 2012: p. 503; Remiro *et al.*, 2010: p. 413).

Es ilícito cualquier acto u omisión de un Estado que sea incompatible con una obligación internacional “cualesquiera que hayan sido los medios utilizados” (Remiro *et al.*, 2010: p. 413) y cualesquiera que hayan sido los órganos estatales que lo hayan cometido, sean cuales fueren sus funciones desempeñadas; la responsabilidad internacional surge como consecuencia de estos actos u omisiones (Jiménez de Arechaga, 2004: p. 516).

Se trata de esta manera de una responsabilidad objetiva, en la medida en que ésta se infiere de la simple infracción de la obligación imputada al sujeto de derecho internacional, sin que tenga importancia en su comisión si se ha realizado con dolo o culpa del infractor, salvo que éstas formen parte de la obligación incumplida, y que se haya ocasionado daño material al sujeto lesionado (Remiro *et al.*, 2010: p. 406).

2.2 La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional y el principio de legalidad

En el apartado 2.1.1 hemos visto que una de las fuentes del derecho internacional es la costumbre. Veamos ahora cómo entiende la doctrina del derecho internacional a la costumbre, cuáles son sus elementos constitutivos y si tiene o podría tener alguna relación con el principio de legalidad.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) define la costumbre internacional, como la evidencia o prueba de una práctica general aceptada como derecho (artículo 38.1, literal b).

Remiro *et al.* (2010) señalan que la definición de costumbre internacional proporcionada por el Estatuto de la CIJ ha sido criticada porque la costumbre no es la prueba de una práctica sino más bien su resultado, por esta razón definen la costumbre internacional como “la norma resultante de una práctica general, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos de Derecho Internacional y realizada con la convicción de ser socialmente necesaria hasta el punto de ser jurídicamente obligatoria” (p. 206).

Justamente, Rousseau (1966) es uno de los autores que hace mención que “[l]a costumbre internacional es el resultado de la actitud adoptada por un Estado en sus relaciones con otro cuando esta actitud está determinada por la convicción de actuar conforme a derecho y es aceptada con esta misma creencia por el Estado frente a quien se adopta” (p. 69). También Reuter (1982) se refiere a la costumbre internacional como el resultado de una práctica o conjunto de actos cuando sostiene que “[l]a regla consuetudinaria resulta de una serie de actos que constituyen los *precedentes*” distinguiéndose en esos actos un elemento material, “formado por la repetición bastante prolongada de ciertos actos”, y un elemento psicológico, formado por “la convicción que estos actos corresponden al cumplimiento de una obligación jurídica”, siendo necesario que estos elementos se presenten en el mismo acto “para que éste pueda formar un precedente” (p. 98).

Por otro lado, basándose en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, Díez de Velasco (1980) entiende que la costumbre internacional es “la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho” que se encuentra formada por un elemento material “de repetición de actos o práctica constante y uniforme de los sujetos” y un elemento espiritual constituido por “la convicción por parte de los sujetos de [Derecho Internacional] de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente” (p. 80). En similar sentido, Vergara (2013) define la costumbre internacional como “la prueba de una práctica generalmente aceptado como derecho, la forma primaria de manifestarse de una comunidad que está formada por un conjunto de reglas observadas *de hecho*”, conformada por un elemento material y un elemento psicológico, de forma tal que “los casos en que una regla consuetudinaria se aplica constituyen el elemento material y la convicción de que los actos que se realizan son Derecho constituye el elemento psicológico, es decir, la *opinio juris cive necessitatis*” (pp. 144 y 147).

Más allá de la definición que cada autor proporciona sobre la costumbre internacional, lo cierto es que todos concuerdan en que se encuentra formada por dos elementos: un elemento material, llamado también elemento histórico o elemento objetivo, y un elemento psicológico o subjetivo (Virally, 2004: p.

163; Novak y García-Corrochano, 2000: pp. 86-91) y que, en relación con el elemento material, la práctica o la repetición de actos o comportamientos tiene que ser general -es decir, debe existir un consenso y no unanimidad-, uniforme y duradera (Remiro *et al*, 2010: pp. 207-208).

Corresponde preguntar si la costumbre internacional tiene o podría tener algún vínculo con el principio de legalidad penal. Si asumimos la perspectiva de la doctrina del derecho penal, la costumbre internacional no formaría parte del principio de legalidad, porque la costumbre no es fuente del derecho penal, de ahí que, en el marco de dicha doctrina, la prohibición del derecho consuetudinario sea, justamente, uno de los postulados de tal principio. Ahora bien, si consideramos el conjunto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales que se refieren al principio de legalidad y le asignan un contenido el resultado que obtenemos de todo esto pone en duda aquello que la doctrina del derecho penal establece como un dogma verdadero, absoluto e invariable, como veremos a continuación.

2.3 El principio de legalidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, recién a partir de la segunda mitad del siglo XX es que el principio de legalidad penal llega a plasmarse en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, especialmente, luego de culminada la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de ésta.

El primer instrumento internacional en reconocer la categoría de derecho humano al principio de legalidad penal fue la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su 183^a sesión plenaria. El artículo 11, numeral 2, de la DUDH se refiere al principio de legalidad en los siguientes términos:

“2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”¹⁶

Ya desde esta regulación inicial podemos advertir que el principio de legalidad se configura de tal manera que la conducta delictiva queda sujeta a las prescripciones contenidas en el derecho internacional o, como lo señala el tenor del artículo mencionado, “según el Derecho internacional”.

Con posterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque no con tanta amplitud como ésta, el principio de legalidad penal se recoge en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en la ciudad de Bogotá, Colombia, en 1948, en cuyo artículo XXV, párrafo primero, se establece que:

“Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.”¹⁷

Luego, aparece proclamado y reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966 en la 1486ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo artículo 15 señala que:

“1. 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.

¹⁶ El texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos puede consultarse en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/046/82/IMG/NR004682.pdf?OpenElement>, última visita, 27 de febrero de 2018.

¹⁷ Texto disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-americana-derechos-deberes-hombre.pdf>, última visita, 27 de febrero de 2018.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

Es importante resaltar aquí que el principio de legalidad está configurado de tal manera que comprende tanto el derecho nacional como el derecho internacional. No obstante, ya antes en la anotación al Proyecto de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), preparada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la 10ª sesión de la Asamblea General llevada a cabo el 1 de julio de 1955,¹⁸ se había realizado una precisión muy importante.

La precisión consistió en subrayar que la referencia al *derecho internacional* en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está destinada a garantizar que nadie pueda eludir el castigo por un crimen o delito tipificado en el derecho internacional alegando que su acto fue legal en virtud de su propia legislación nacional o derecho interno. Pero, además, se puntualizó que, a la inversa, esta referencia al derecho internacional constituye una garantía adicional de seguridad para el individuo en la medida que, a su vez, lo protege de una posible acción arbitraria proveniente incluso de una organización internacional.

2.4 El principio de legalidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

A nivel regional, en el continente americano, el instrumento internacional que marca la pauta en materia de derechos humanos es, sin duda, la Convención Americana de Derechos Humanos conocida también con el

¹⁸ Disponible en: http://uvalisc.s3.amazonaws.com/travaux/s3fs-public/A-2929_0.pdf?null, última visita, 27 de febrero de 2018.

nombre de Pacto de San José de Costa Rica debido a que fue suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

La Convención Americana consagra el principio de legalidad penal en su artículo 9 señalando que:

“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer 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.”¹⁹

Según el artículo 9 de la Convención, el principio de legalidad está conformado por todas aquellas conductas delictivas que se encuentren reguladas o previstas “según el derecho aplicable”. Qué debe entenderse por la expresión “según el derecho aplicable” es una cuestión que la propia Convención no define ni tampoco la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como veremos más adelante.

En el proyecto de la Convención Americana el principio de legalidad se encontraba inicialmente ubicado en el artículo 8 y no en el actual artículo 9, de modo que los debates para su aprobación tuvieron como marco normativo la redacción del primigenio artículo 8 del proyecto. En los debates correspondientes que figuran en los trabajos preparatorios de la Convención, en la 8ª sesión de la Comisión I llevada a cabo el 13 de noviembre de 1969, la delegación de Colombia propuso como enmienda del artículo 8 que se haga mención al derecho internacional. Sin embargo, el presidente de la Comisión sostuvo que esta especificación no era necesario porque la expresión *derecho aplicable* comprendía todo. Luego de esta aclaración y sin mayor discusión, salvo la enmienda propuesta por la delegación colombiana, se aprobó el texto

¹⁹ El texto de la Convención Americana puede hallarse en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf>, última visita, 27 de febrero de 2018.

del artículo 9 quedando redactado con la expresión *derecho aplicable*.²⁰ Podemos entender, entonces, que la frase “según el derecho aplicable” que aparece en el artículo 9 de la Convención incluye tanto el derecho nacional como el derecho internacional o se refiere a ambos.

2.5 El principio de legalidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Desde el ámbito regional del continente europeo, el principio de legalidad penal podemos encontrarlo en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, conocido, en términos sencillos, con el nombre de Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El artículo 7 antes mencionado se refiere al principio de legalidad en los siguientes términos:

“Artículo 7

No hay pena sin ley

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.”²¹

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Actas y Documentos de la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 (trabajos preparatorios o travaux préparatoires)*, recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp, última visita, 5 de marzo de 2018.

²¹ Texto del Convenio recuperado de: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, última visita, 5 de marzo de 2018.

Debemos advertir aquí que, a diferencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio Europeo sí hace mención expresa al derecho nacional o internacional como parte del principio de legalidad, lo que servirá de guía y sustento normativo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para ampliar su contenido más allá de lo señalado por la doctrina del derecho penal, como se verá en el Capítulo 3.

2.6 Alcance del principio de legalidad en el Derecho Internacional

En el derecho internacional, la doctrina proveniente de la rama del derecho penal internacional es la que mayor atención ha puesto al tema desde la realización de los juicios de Nüremberg y con ocasión de la discusión que se generó en el ámbito jurídico respecto de la violación del principio de legalidad que habría tenido lugar en dicha sede. En el Capítulo siguiente se abordará con más detalle esta discusión. Ahora lo que interesa destacar es cómo, a partir de ese debate, la doctrina del derecho internacional entiende el significado del principio de legalidad.

Una de las ideas centrales que se encuentra en la base misma del derecho internacional es que el principio de legalidad o, más bien, su contenido está formado por el derecho internacional consuetudinario. Este punto de vista es el que sirvió de fundamento para afirmar que en los juicios de Nüremberg sí se habría cumplido el principio de legalidad, pero no en la forma tradicional en que es entendido por la doctrina del derecho penal, ya que, en el derecho internacional, la norma consuetudinaria tiene carácter de ley y como sí existía una ley anterior a los hechos enjuiciados en Nüremberg pero bajo la forma de norma consuetudinaria, entonces el principio de legalidad sí se observó (Reyes, C., 2007: p. 44, nota 56).

Es cierto que la doctrina del derecho internacional tiene una forma distinta de entender el principio de legalidad que se encuentra impregnada, con seguridad, por las características propias que tiene y las fuentes de las cuales se nutre. Como ya vimos,²² una de las características del derecho internacional

²² Apartado 2.1.1.

es que es un derecho de coordinación y no uno de subordinación, como sucede con el derecho interno, y, por otro lado, es un derecho que carece de un aparato legislativo que produzca las normas internacionales, por la sencilla razón de que la voluntad de los Estados se plasma de común acuerdo y buena fe en las convenciones internacionales o tratados.

Con base en ello, algunos autores sostienen que en el derecho internacional la fórmula latina clásica del *nullum crimen, nulla poena sine lege* se articula sólo como *nullum crimen sine iure*, por tanto, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes internacionales en el orden internacional no se determina por su incorporación en los textos escritos (Mendoza, S., 2011: p. 440). Se afirma, en este sentido, que es imposible que principios tales como el principio de legalidad tengan el mismo contenido en el derecho internacional y en el derecho interno, ya que ambos interaccionan, por lo que el principio de legalidad “no es exactamente igual al generalmente aceptado en los ordenamientos nacionales del sistema continental” (Fernández-Pacheco, 2008: p. 20).

Por último, hay quienes sostienen que el derecho penal internacional flexibiliza el principio de legalidad porque sería un derecho menos garantista (Perdomo, J., 2006: p. 49). Sin embargo, es difícil aceptar esta posición desde que, como veremos más adelante, el Estatuto de Roma no sólo está rodeado de garantías determinadas sino que dentro de sus postulados consagra también al principio de legalidad penal.

Lo expuesto hasta aquí no estaría completo si dejamos de considerar otra rama del derecho internacional que se refiere también al principio de legalidad: el derecho internacional de los derechos humanos.

Según la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, la fórmula empleada por los Tratados y la Declaración Universal de Derechos Humanos para expresar o referirse al principio de legalidad tiene “la ventaja de indicar claramente que lo que se prohíbe no es tan sólo la aprobación de una ley con efecto retroactivo, sino también la ampliación del contenido de tipos penales con efecto retroactivo” y que “[l]a normativa establece una excepción

a la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal, con el propósito de permitir el castigo de conductas consideradas delictivas según el derecho internacional” (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004: pp. 448-451).

Esta afirmación supone una aceptación de que las normas provenientes del derecho internacional forman parte del principio de legalidad, de modo que éste no sólo comprende las normas del derecho interno sino también las normas del derecho internacional. La excepción anotada, sin embargo, no aparece en el Convenio Europeo de Derechos Humanos porque en éste, como se ha dicho, el principio de legalidad se encuentra expresamente configurado para comprender tanto el derecho nacional como el derecho internacional, pero no como excepción, sino, más bien, como parte de la estructura del principio de legalidad.

Ya hemos visto de igual forma que en los trabajos preparatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos la expresión “según el derecho aplicable” del artículo 9 se refiere al derecho nacional y al derecho internacional y que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se refiere a ambos derechos como parte del contenido del principio de legalidad.

Con todo este conjunto de ideas, podemos sostener, entonces, que el alcance que tiene el principio de legalidad penal en el derecho internacional es mucho más amplio que el que le asigna el derecho penal. En el derecho internacional el principio de legalidad penal no se limita, únicamente, a la conducta delictiva prevista o regulada en el derecho nacional o el derecho interno de cada Estado sino que comprende también aquellas acciones delictivas que se encuentran consagradas en el derecho internacional. Éste es el importantísimo alcance del principio de legalidad que proporciona el derecho internacional respecto del cual se derivarán consecuencias prácticas trascendentes al momento de investigar, procesar y sancionar a los autores de graves crímenes contra los derechos humanos.

Capítulo 3

El principio de legalidad penal en la jurisdicción de los Tribunales Internacionales

3.1 Los juicios de Nüremberg y el principio de legalidad

En los repertorios de la jurisprudencia internacional comparada, los juicios de Nüremberg son, con seguridad, los más famosos de la historia contemporánea. Como es sabido, a través de ellos se juzgó a los criminales nazis por los graves crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. No obstante, las voces discrepantes de los juristas de diversos países no tardaron en aparecer. Lo que aconteció fue que los Tribunales de Nüremberg habían aplicado, entre otras, las normas de los Convenios de Ginebra de 1929 y los Convenios de La Haya de 1907 pese a que en estos instrumentos internacionales no se hacía referencia a la posibilidad de una sanción penal.

En ese contexto, las críticas provinieron primero de quienes sostenían que la ley para juzgar los crímenes cometidos se había dictado con posterioridad a la perpetración de los hechos (Jiménez de Asúa, 2001: p.17). De acuerdo con estas críticas, los juicios de Nüremberg se habrían realizado desconociendo el principio de legalidad penal (Thompson, 2014) no sólo porque las normas pertinentes se aplicaron a hechos anteriores a su vigencia sino también porque ninguno de los textos respectivos consignaba las sanciones penales individuales ni tampoco la jurisdicción internacional que debía aplicar esas sanciones (Gómez-Robledo, 2008: p. 755).

Dos posiciones enfrentadas surgieron sobre esa discusión. En primer lugar, la de aquellos que sostenían que no se violó el principio de legalidad penal porque el derecho aplicado existía con anterioridad a los hechos cometidos y así propugnaban una reinterpretación y adaptación del principio de legalidad penal a las características del derecho internacional, que, como sabemos, tiene como una de sus fuentes a la costumbre internacional (Monroy, M., 2011, p. 5.)

De otra parte, la posición de aquellos que, pese a admitir que existía violación del principio de legalidad, justificaban esta afectación considerando que, en los juicios de Nüremberg, prevalecieron otros intereses, llegando a sostener incluso la negación del principio de legalidad en el ámbito internacional (Gil, 2013a).

Por su lado, el Tribunal de Nüremberg tenía una posición particular sobre tal debate. Dentro del conjunto de argumentos que manejó el Tribunal, además de declarar inaplicable el principio de legalidad, planteó como principal argumento que la máxima *nullum crimen sine lege* expresa un principio de justicia y, por tanto, sería mucho más injusto que las infracciones deliberadas contra los convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo (Gil, 2013a). Para el Tribunal de Nüremberg, entonces, el principio de legalidad representaba algo mucho más trascendente de aquello que, hasta ese entonces, significaba para la doctrina del derecho penal, apartándose claramente de lo que ésta tenía establecido desde inicios del siglo XX.

Nos detenemos en este punto de la discusión porque no es nuestro objetivo establecer si el principio de legalidad es o no un principio de justicia, lo importante era resaltar la idea que el Tribunal de Nüremberg tenía sobre el principio de legalidad y el debate que se generó como consecuencia de la realización de los juicios desarrollados en dicha ciudad alemana.

3.2 El principio de legalidad penal en los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda

3.2.1 El Tribunal Penal Internacional para la ex–Yugoslavia

En 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando bajo el amparo de la Carta de las Naciones Unidas, creó un tribunal *ad hoc* para enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho humanitario bélico cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el primero de enero de 1991.

En la formación del Tribunal se prescindió del procedimiento considerado más adecuado para el establecimiento de un Tribunal Internacional que se venía intentado durante hace un lustro, vale decir, la conclusión de un tratado internacional por el que los Estados Parte establecerían el tribunal permanente y aprobarían su Estatuto. El motivo de esto era la urgencia de la situación ante las atrocidades cometidas en la antigua Yugoslavia, que habían conmocionado a la opinión pública, lo que exigía una respuesta rápida y no se podía esperar que un largo proceso de creación de una Corte penal internacional llegara a su fin (Gil, 1999: p. 46).

A diferencia de los tribunales creados tras la Segunda Guerra Mundial, que consistían en Tribunales de carácter militar establecidos por las cuatro Potencias Aliadas vencedoras en el conflicto bélico y que conocieron sólo los delitos cometidos por sujetos pertenecientes a los países vencidos, el Tribunal para Yugoslavia no era un tribunal militar y fue establecido por un órgano internacional para enjuiciar determinados crímenes, con independencia del bando al que pertenecían los sujetos acusados de los graves hechos cometidos. (Gil, 1999: pp. 48-49). A pesar de esto, la jurisprudencia de este Tribunal sobre el principio de legalidad penal es muy ilustrativa y amplia, como veremos a continuación.

a) El caso *Tadić*

Uno de los primeros casos en que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se pronuncia sobre el principio de legalidad penal es el caso *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, conocido como el caso *Tadić* No. IT-94-1-T, resuelto con fecha 7 de mayo de 1997.²³ En su sentencia, el TPIY sostiene que el artículo 2 del Estatuto prevé que el Tribunal Internacional tendrá el poder de enjuiciar a las personas que cometan u ordenen cometer graves violaciones a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, de ahí sigue una lista de crímenes específicos proscritos. Señala, además, que se encuentra implícita en la decisión de la Cámara de Apelaciones la

²³ Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>, última fecha, 24 de abril de 2018.

conclusión de que las Convenciones de Ginebra son parte del derecho internacional consuetudinario y que, como tales, su aplicación en el presente caso no viola el principio el *nullum crimen sine lege* (párrafo 577).

Unos años antes, el 2 de octubre de 1995, la Cámara de Apelaciones del TPIY había denegado la apelación de la defensa de *Tadić*²⁴ contra la decisión expedida por la Cámara de Juicio II el 10 de agosto de 1995, que rechazaba su moción donde cuestiona la jurisdicción del Tribunal. En esta decisión interlocutoria de la apelación formulada por la defensa de *Tadić* se hace notar que, ante la Cámara de Apelaciones, el apelante había renunciado a su argumento basado en que la jurisdicción del artículo 5 sobre los crímenes contra la humanidad cometidos en un conflicto armado, de carácter internacional o interno, constituye un derecho *ex post facto* que viola el principio del *nullum crimen sine lege* (párrafo 139).

A pesar de la renuncia argumentativa de la defensa de *Tadić*, la Cámara de Apelaciones, tomando en cuenta la importancia del tema, consideró apropiado realizar un breve comentario sobre el alcance del artículo 5. De esta manera, sostiene que no hay base lógica o legal para sostener la presencia del requisito del nexo entre los crímenes contra la humanidad y cualquiera de los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra, porque esto ya ha sido abandonado en la práctica subsecuente de los Estados respecto de los crímenes contra la humanidad y se trata de un requisito obsoleto, obsolescencia que es evidenciada por las convenciones internacionales sobre el genocidio y el apartheid, ambas que prohíben determinados tipos crímenes contra la humanidad independientemente de cualquier conexión con un conflicto armado (párrafo 140).²⁵

Según la Cámara de Apelaciones, es una regla establecida del derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren una conexión con un conflicto armado internacional y el derecho internacional consuetudinario no debe requerir una conexión entre los

²⁴ Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, última visita 24 de abril de 2018.

²⁵ Traducción libre del texto original en inglés.

crímenes contra la humanidad y cualquier conflicto bajo ninguna circunstancia (párrafo 141),²⁶ por lo tanto, al exigir que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en cualquier conflicto armado interno o internacional, el Consejo de Seguridad puede haber definido el crimen en el artículo 5 de forma más restringida que lo necesario conforme al derecho internacional consuetudinario. Sostiene, por otro lado, que, sin embargo, no hay duda que la definición de crímenes contra la humanidad adoptada por el Consejo de Seguridad en el artículo 5 concuerda con el principio de *nullum crimen sine lege*, concluyendo la Cámara de Apelaciones que el artículo 5 puede ser invocado como base de la jurisdicción sobre los crímenes cometidos en cualquier conflicto armado interno o internacional y en el presente caso hubo un conflicto armado, de modo que desestima el cuestionamiento de jurisdicción del apelante (párrafo 142).

b) El caso *Čelebići*

Otro caso importante en la jurisprudencia del TPIY es el caso *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić* (“Pavo”) y *Hazim Delić Esad Landžo* (“Zenga”), caso N°. IT-96-21-T de 16 de noviembre de 1998,²⁷ conocido en la bibliografía jurídica como el caso *Čelebići*. En este caso, la defensa de los acusados centró la atención de su cuestionamiento, justamente, en la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* alegando que ninguno de los acusados podía ser condenado por los crímenes previstos en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y si el Tribunal les atribuía responsabilidad criminal individual significaría la creación una ley *ex post facto*, práctica que es contraria a los derechos humanos básicos, tal como está enunciado, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párrafo 311).

Antes de pasar a examinar los alegatos planteados por la defensa de los acusados, el TIPY precisa que las prohibiciones contenidas en el artículo común 3 de las Convenciones de Ginebra son prohibiciones del derecho internacional consuetudinario que deben ser consideradas dentro del ámbito

²⁶ Traducción libre del texto original en inglés.

²⁷ Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf, última visita, 24 de abril de 2018.

de su jurisdicción de acuerdo con el artículo 3 del Estatuto (párrafo 306). Con esto, el TPIY reconoce la naturaleza consuetudinaria de las prohibiciones del artículo común 3. Incluso, ante el argumento de la defensa de los acusados de que no existe un derecho consuetudinario que sugiera que el artículo común 3 conlleve la responsabilidad penal individual por su violación, el TPIY recuerda lo ya establecido por la Cámara de Apelaciones en el caso *Tadić*, en su Decisión de Jurisdicción del 2 de octubre de 1995, que ya tuvimos oportunidad de analizar.

Pero, en el presente caso, el TPIY da un paso adelante que en el caso *Tadić*. Al resolver la cuestión planteada por la defensa de los acusados y luego de transcribir las partes relevantes del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el TPIY sostiene que, además de lo señalado sobre la naturaleza consuetudinaria de las prohibiciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y la responsabilidad penal individual que entraña su violación, las disposiciones del Código Criminal de la República Federal de Yugoslavia establecen la jurisdicción de los Tribunales Bosnios sobre los crímenes de guerra cometidos en tiempos de guerra, conflicto armado u ocupación, sin que se haga distinción entre conflictos armados internos e internacionales, por lo tanto, los acusados podrían haber sido responsables individual y penalmente según su propia legislación nacional por los delitos alegados en la acusación. De acuerdo con esto, el TPIY sostiene que no hay fundamento en el argumento de la defensa en el sentido de que la aplicación de las disposiciones del artículo común 3 de los Convenios de Ginebra, conforme al artículo 3 del Estatuto, viola el principio *nullum crimen sine lege* (párrafo 312).

En este punto, el TPIY se detiene para analizar el texto del artículo 15 del PIDCP, concretamente, su párrafo segundo. Así nos dice que, al parecer, esta disposición se insertó durante la redacción del Pacto a fin de evitar la situación que habían enfrentado los Tribunales Militares Internacionales en Nuremberg y Tokio después de la Segunda Guerra Mundial; es innegable, continúa, que actos como el asesinato, la tortura, la violación y el trato inhumano son criminales según los principios generales del derecho reconocidos por todos los sistemas legales, por lo tanto, la advertencia contenida en el segundo

párrafo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe ser tomada en cuenta al examinar la aplicación del principio de *nullum crimen sine lege* en el presente caso.

Es interesante observar que el TPIY asigna una función preventiva al principio de legalidad penal, pues, a su criterio, tiene como propósito prevenir el enjuiciamiento y el castigo de un individuo por actos que creía razonablemente que eran lícitos en el momento de su comisión, por lo que considera forzoso sostener que los acusados no reconocerían la naturaleza criminal de los actos alegados en la acusación (párrafo 313). Más adelante, el TPIY señala que los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* son reconocidos en la mayoría de sistemas de justicia criminal del mundo como principios fundamentales de la criminalidad y añade que otro principio fundamental similar es la prohibición contra las leyes criminales *ex post facto* con su regla derivada de la no aplicación retroactiva de las leyes y sanciones criminales. Asociados a estos principios, nos dice, están el requisito de especificidad y la prohibición de ambigüedad de la legislación criminal. Para el TPIY, todas estas consideraciones son los pilares sólidos en los que se basa el principio de legalidad, sin los cuales, ningún proceso de criminalización puede ser logrado y reconocido (párrafo 402).

Seguidamente, el TPIY establece el significado del principio de legalidad en el derecho internacional estableciendo la diferencia que existe entre el sistema interno de justicia penal y el sistema internacional. Mientras que el proceso de criminalización en un sistema nacional de justicia criminal depende de la legislación que dicta al momento en que la conducta está prohibida y el contenido de tal prohibición, el sistema de justicia criminal internacional alcanza el mismo objetivo mediante los tratados o convenciones o después de una práctica consuetudinaria de cumplimiento unilateral de una prohibición por los Estados (párrafo 404), por lo tanto, el principio de legalidad en el derecho criminal internacional es diferente de sus respectivos sistemas legales nacionales en cuanto a su aplicación y estándares. Se presentan como distintos ante el objetivo evidente de mantener un equilibrio entre la preservación de la justicia y la imparcialidad para los acusados y tomando en cuenta la preservación del orden mundial. Con este fin, los Estados afectados

deben considerar, entre otros, los siguientes factores: la naturaleza del derecho internacional; la ausencia de políticas y estándares legislativos internacionales; los procesos *ad hoc* de redacción técnica y la presunción básica de que las normas del derecho penal internacional serán incorporadas en el derecho penal nacional de los diversos Estados (párrafo 405).

Sostiene así el TPIY que para asignar un significado al principio de legalidad más allá de toda duda, deben aceptarse dos importantes corolarios. En primer lugar, los estatutos penales deben ser interpretados estrictamente, siendo ésta una regla general que ha resistido la prueba del tiempo. En segundo lugar, los estatutos penales no deben tener un efecto retroactivo. Esto en adición al importantísimo y bien reconocido deber del intérprete judicial o juez para leer dentro del lenguaje de la legislatura, honesta y fielmente, su significado claro y racional y promover su objetivo. Esta regla pareciera haber sido fundada en el firme principio de que corresponde a la legislatura y no a la Corte o al juez definir un crimen y prescribir su castigo (párrafo 408).

De acuerdo con el TPIY, un estatuto penal es aquel en el cual la asamblea legislativa (legislature) intenta obtener como resultado final el infligir sufrimiento en, o invadir la libertad de, el individuo. Se espera, indudablemente, que, en tal situación, la intención de hacerlo así debe ser expresada claramente y sin ambigüedad. La asamblea legislativa no permitirá que tal intención sea deducida de inferencias dudosas de las palabras usadas. Tampoco dejará que su intención sea inferida de palabras no expresadas. La intención debe ser manifiesta (párrafo 409).

Sobre la interpretación del Estatuto y las reglas, el TPIY nos dirá que es evidente que la materia sujeta a jurisdicción del Tribunal está constituida por las disposiciones del derecho internacional. De esto se sigue, por lo tanto, que tendría que recurrirse a las diversas fuentes del derecho internacional enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, las convenciones internacionales, la costumbre y los principios generales de derecho, así como otras fuentes subsidiarias, como las decisiones judiciales y los escritos de los juristas, de modo que es claro que el

Tribunal no está autorizado para aplicar las disposiciones de la legislación nacional de ningún sistema legal particular (párrafo 414).

Como hemos podido observar, el caso *Čelebići* tiene importantes alcances sobre el principio de legalidad penal.

c) El caso *Aleksovski*

Otro caso representativo fue el resuelto por la Cámara de Apelaciones del TPIY en su fallo de 24 de marzo de 2000, caso *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, No.: IT-95-14/1-A.²⁸ Aquí, la defensa del acusado, para cuestionar el juzgamiento, se basó en la violación del principio de legalidad. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que la argumentación de la defensa está basada en una mala comprensión del principio *nullum crimen sin lege*, al expresar que la confianza de una decisión judicial no puede ser ubicada en una decisión previa como una declaración del derecho, desde que esa decisión necesariamente tendría que haber sido hecha luego de la comisión de los crímenes, y por esa razón no cumpliría los requisitos del principio de legalidad. El TPIY responde a esto que no hay nada en dicho principio que prohíba la interpretación del derecho mediante las decisiones de una Corte y la confianza en esas decisiones en casos posteriores en circunstancias apropiadas.

De acuerdo con el TPIY, el principio de legalidad penal está reflejado en el artículo 15 del PIDCP y lo que este principio exige es que una persona solo puede ser hallada culpable de un crimen respecto de actos que constituían una violación de la ley en el momento de su comisión. En este sentido, el TPIY expresa que, en el presente caso, los actos respecto de los cuales el imputado fue acusado, constituían todos crímenes según el derecho internacional en el momento de su comisión, ya que los tratos inhumanos y los graves sufrimientos o daños serios intencionales causados al cuerpo o la salud de acuerdo con el artículo 2 del Estatuto fueron violaciones de las disposiciones sobre graves infracciones de los Convenios de Ginebra y los atentados contra la dignidad

²⁸ Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>, última visita, 24 de abril de 2018

personal en virtud del artículo 3 del Estatuto constituían una violación de las leyes o las costumbres de la guerra, en el momento de la comisión de los crímenes (párrafo 126) Dicho principio no impide a una Corte, sea en el nivel nacional o internacional, determinar un asunto mediante un proceso de interpretación y aclaración en cuanto a los elementos de un crimen específico ni impide tampoco a la Corte confiar en las decisiones anteriores que reflejen una interpretación sobre el significado asignado a los elementos específicos de un crimen (párrafo 127). Así concluye el TPIY que no hubo infracción del principio de legalidad.

d) El caso *Ojdanić*

En el caso *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, caso N° IT-99-37-AR72 de fecha 21 de mayo de 2003, en la decisión sobre la moción de cuestionamiento de la jurisdicción²⁹, la defensa del acusado *Ojdanić* sustentó su apelación en los siguientes argumentos: a) la empresa criminal conjunta no se encuentra dentro de la jurisdicción del Tribunal Internacional; b) aún si lo estuviera, la forma de la empresa criminal conjunta imputada en la acusación iría más allá del ámbito de la empresa criminal conjunta establecida por la Sala de Apelación en el caso *Tadić* y c) si esta forma de responsabilidad fuera aplicable a *Ojdanić*, infringiría el principio *nullum crimen sine lege*.

La Sala de Apelaciones del TPIY respondió los alegatos del apelante sosteniendo que, en cuanto a la jurisdicción por razón de la persona, el principio de legalidad exige que el Tribunal deba aplicar la ley que obligada a los individuos al tiempo de los cargos imputados y ese cuerpo de la ley debe estar reflejado en el derecho internacional consuetudinario, por tanto, lo que debe establecerse es si en el momento en que los actos fueron supuestamente cometidos la empresa criminal conjunta como forma de responsabilidad existía conforme al derecho internacional consuetudinario (párrafos 10 y 11).

²⁹ Disponible en:

<https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/00207160-00207178.pdf>, última visita, 30 de abril de 2018.

La defensa de *Ojdanić* centró su alegato en que la doctrina de la empresa criminal conjunta no debería ser aplicada en su caso porque infringiría el principio de legalidad en la medida que significaría aplicar una ley que fue creada después de los actos por los cuales fue acusado. Sostuvo, también, que la doctrina del propósito común, tal como fue establecida en el juicio de Tadić, fue creada el 15 de julio de 1999, después de los actos imputados en la acusación, por lo que el concepto de empresa criminal conjunta no ingresó a la jurisprudencia del Tribunal hasta la sentencia del juicio *Krstić*.

En relación con el problema terminológico puesto de relieve por la defensa de *Ojdanić*, el TPIY sostuvo que las frases *doctrina del propósito común* y *empresa criminal común* han sido usadas invariablemente y están referidas a un mismo asunto. La última frase es preferida pero se refiere a la misma forma de responsabilidad conocida como la doctrina del propósito común o de la responsabilidad.

En relación con el principio de legalidad, el TPIY sostuvo que es un *principio de justicia*, tal como ya lo había señalado el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Según el TPIY, de este principio se sigue que una condena criminal sólo puede estar basada en una norma que existía en el momento en que los actos u omisión, de los cuales el acusado es imputado, fueron cometidos. Por lo demás, el TPIY señala encontrarse satisfecho de que la responsabilidad criminal en cuestión fue suficientemente previsible y que la ley que establece dicha responsabilidad debe ser lo suficientemente accesible en el momento pertinente para que garantice una acusación criminal y una sentencia de acuerdo con la responsabilidad elegida por la Fiscalía (párrafo 37).

Este principio fundamental (principio de legalidad), a juicio del TPIY, no impide que una Corte interprete y aclare los elementos de un crimen en particular; tampoco excluye el desarrollo progresivo de la ley por parte de la Corte. Pero evita que una Corte o Tribunal cree una nueva ley o que interprete una la ley existente más allá de los límites razonables de una aclaración aceptable.

El TPIY declaró estar satisfecho de que el crimen o la forma de responsabilidad con la cual un acusado es imputado fue suficientemente previsible y que la ley que establece dicha responsabilidad deba ser suficientemente accesible en el momento pertinente, tomando en cuenta la especificidad del derecho internacional cuando se realizó esa valoración (párrafo 38). El TPIY, siguiendo lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precisa que el significado y el alcance de los conceptos de previsibilidad y accesibilidad de una norma dependerán, en gran medida, del contenido del instrumento en cuestión, del ámbito en que está diseñado a cubrir y el número y estado de aquellos a quienes está dirigido.

Aclara el TPIY que, según las constituciones escritas, la regla *ex post facto* condena los estatutos que definen como criminales los actos realizados antes de que la ley fuera aprobada, pero la regla *ex post facto* no puede aplicarse en el ámbito internacional como se aplica el mandato constitucional en el ámbito doméstico o interno ya que el derecho internacional no es el producto de un estatuto por la sencilla razón de que aún no existe una autoridad mundial facultada para promulgar leyes de aplicación universal. Es que, conforme sostiene el TPIY, el derecho internacional es el producto de tratados multilaterales, convenciones, decisiones judiciales y costumbres que han recibido aceptación o aquiescencia internacional, de modo que sería completamente absurdo sugerir que la regla *ex post facto*, como es conocida en los estados constitucionales, podría ser aplicada a un tratado, una costumbre o una decisión de derecho común de un tribunal internacional o a la aquiescencia internacional que sigue a los acontecimientos. Haber intentado aplicar el principio *ex post facto* a decisiones judiciales de derecho internacional común habría sido estrangular esa ley desde su nacimiento. (párrafo 39).³⁰

A continuación, el TPIY se pregunta si *Ojdanić* ha tenido suficiente aviso de que, como se alega en la acusación, si participaba en la comisión de delitos muy graves como parte de una empresa criminal conjunta, podría ser encontrado criminalmente responsable por esa razón. EL TPYI responde esta interrogante señalando que la ley de la antigua Yugoslavia no se aplica a la

³⁰ Traducción libre del texto original en inglés.

definición de crímenes y formas de responsabilidad dentro de su jurisdicción, ya que se aplica el derecho internacional consuetudinario en relación con su jurisdicción por razón de la materia. Pero el TPIY puede recurrir a la legislación nacional o doméstica con el propósito de establecer que el acusado podía razonablemente haber conocido que el delito en cuestión o el delito cometido en la forma imputada en la acusación era prohibido y sancionable. En el presente caso, la ley de la República Federal de Yugoslavia en vigor en ese momento, es decir, el artículo 26 del Código Penal de la República Federal Socialista de Yugoslavia, preveía la responsabilidad penal por los actos previsibles de otros en términos sorprendentemente similares a los utilizados para definir la empresa criminal conjunta (párrafo 40)

Precisa el TPYI que aun cuando la ley doméstica o el derecho interno, en particular la ley del país del acusado, puede proporcionar algún aviso del efecto que un acto determinado es considerado como criminal en virtud del derecho internacional, puede que no necesariamente proporcione suficiente aviso de ese hecho. Lo que sucede es que el derecho consuetudinario no siempre está representado por la ley escrita y su accesibilidad puede no ser tan directa como sería el caso que hubiera existido un código penal internacional. Pero las reglas del derecho consuetudinario pueden proporcionar una guía suficiente sobre el estándar de la violación respecto de la cual podría implicar una responsabilidad criminal.

De modo que el TPIY sostiene que, en el presente caso, incluso si tal disposición interna no hubiese existido, hay una larga y constante corriente de decisiones judiciales, instrumentos internacionales y legislación interna que habría permitido a cualquier individuo regular su conducta como corresponde y le habría proporcionado un aviso razonable de que, si la infringía, ese estándar podría implicar su responsabilidad criminal (párrafo 41). Todas estas fueron las razones por las cuales se desestimó la moción presentada por la defensa del acusado.

e) El caso *Hadzihasanovic* y otros.

Por último, dentro de este repertorio jurisprudencial podemos encontrar el caso *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura*, asunto No. IT-01-47-PT, decisión sobre la impugnación conjunta a la jurisdicción, de 12 de noviembre de 2002.³¹ En este caso, la defensa de los acusados, entre otros argumentos, alegó que el derecho internacional consuetudinario no preveía la aplicación de la doctrina de la responsabilidad por el mando en los conflictos armados no internacionales al tiempo en que los presuntos crímenes fueron cometidos y que, por lo tanto, su aplicación viola el principio de legalidad.

Ante ello, la Sala del TPIY respondió señalando que está obligada a respetar plenamente el principio de legalidad y declarando que éste es un principio fundamental en el derecho criminal y en el derecho internacional de los derechos humanos que se encuentra consagrado en numerosas convenciones internacionales y que sin duda está reflejado en casi todas las jurisdicciones nacionales a nivel global y, en algunas, está consagrado en la constitución (párrafo 56).

Reconoce el TPIY, así mismo, que su Estatuto no contiene un artículo específico que establezca el principio de legalidad, por lo que, recurriendo al reporte del Secretario General de las Naciones Unidas, observa que como Tribunal Internacional debe respetar plenamente los estándares internacionales reconocidos a los derechos de los acusados en todas las etapas de los procedimientos, en particular, aquellos contenidos en el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (párrafo 57). Recuerda también que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite la aclaración gradual de las reglas de la responsabilidad criminal a través de la interpretación judicial y que no es necesario que los elementos de un delito estén definidos, pero sí que la descripción general de la conducta prohibida esté prevista y que el término *ley* en el citado artículo 7 incluye tanto

³¹ Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/tdec/en/021112.pdf, última visita, 30 de abril de 2018.

la ley escrita como la ley no escrita e implica requerimientos cualitativos, particularmente sobre la accesibilidad y previsibilidad (párrafo 58).

Seguidamente, el TPIY repasa, brevemente, la jurisprudencia sobre el principio de legalidad establecida en los casos *Čelebići* y *Aleksovski* (párrafos 60-61), que ya tuvimos oportunidad de revisar más arriba.

Luego de todo esto, la Sala de Juicio del TPIY entiende que el principio *nullum crimen sine lege* es un elemento constitutivo del principio de legalidad relacionado con la criminalidad fáctica de una conducta particular y que en la interpretación del principio *nullum crimen sine lege* es fundamental determinar si la conducta subyacente en el momento de su comisión fue punible, por lo que el énfasis en la conducta, más que en la descripción específica del delito el derecho criminal sustantivo, es de primordial relevancia. Sostiene el TPIY que esta interpretación del principio de legalidad está respaldada por la formulación declaratoria posterior del principio del *nullum crimen sine lege* del artículo 22 del Estatuto ICC y, que, por otro lado, está apoyada en la práctica relevante entre los Estados en el ámbito de la extradición, Así, para cumplir el principio del *nullum crimen sine lege*, sostiene el TPIY, sólo debe ser previsible y accesible para un posible autor que su conducta concreta fuere punible en el momento de la comisión, por lo que no es de importancia material si su conducta fue punible como un acto o una omisión o si la conducta puede dirigirse hacia la responsabilidad criminal, la responsabilidad disciplinaria u otras sanciones (párrafo 62).

3.2.2 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

El conflicto en la antigua Yugoslavia bien puede ser calificado, en algunos de sus aspectos, como un conflicto interno y uno internacional. A diferencia de éste, el conflicto en Ruanda se trataba, más bien, de un conflicto bélico no internacional. La Resolución 955, de fecha 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de

Ruanda y fuera de éste, en sus Estados vecinos, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

Ciertamente, no hay mucho que pueda decirse o recogerse de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda sobre el principio de legalidad, de ahí que no tenga la trascendencia o el desarrollo que tuvo su par el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

Dondé (2010) sostiene que, contrariamente a lo sucedido en el TPIY, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) “no ha tomado una postura fija en relación al Principio de Legalidad Penal” (p. 253). En realidad, la razón de esto se halla, sin embargo, en que los graves crímenes cometidos por los procesados se encontraban tipificados en las leyes vigentes de Ruanda, es decir, en su derecho interno, y esta nación ya había suscrito los Convenios de Ginebra en el año 1964 y el Protocolo Adicional II en 1984. A este respecto, es ilustrativa la sentencia del Caso No. ICTR-95-1-T, *The Prosecutor versus Clément Kayishema y Obed Ruzindana*, en su decisión de 21 de mayo de 1999³², donde el TPIR declara que:

“La Sala de Primera Instancia es consciente de los debates en curso, en otros foros, acerca de si los instrumentos arriba mencionados deberían ser considerados como derecho internacional consuetudinario que impone una responsabilidad criminal por sus graves infracciones. En el presente caso, tal análisis parece superfluo porque la situación es bastante clara. Ruanda llegó a ser parte de las Convenciones [de Ginebra] de 1949 el 5 de mayo de 1964 y del Protocolo II el 19 de noviembre de 1984. Estos instrumentos, por lo tanto, se encontraban vigentes en el territorio de Ruanda al momento en que los trágicos sucesos tuvieron lugar dentro de sus fronteras (...) Además, todos los delitos enumerados en el artículo 4 del Estatuto también constituían crímenes en virtud de las leyes de Ruanda” (párrs. 156 y 157).

Incluso, las objeciones que realizaban abogados de los procesados tampoco centraban su defensa en la violación del principio de legalidad penal.

³² Disponible en: <http://www.ictrcaselaw.org/docs/doc9039.pdf>, última visita, 30 de abril de 2018.

Esto sucedió en un caso anterior al comentado, *Le Procureur contre Joseph Kanyabashi*, caso N°. ICTR-96-15-T, decisión de fecha 18 de junio de 1997, sobre la excepción de incompetencia planteada por la defensa,³³ donde el abogado del acusado en lugar de alegar la vulneración del principio de legalidad penal cuestionó, más bien, la violación de la soberanía de la República de Ruanda, la incompetencia del Consejo de Seguridad para establecer un Tribunal *ad hoc* en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, la falta de justificación de la primacía de la jurisdicción del Tribunal sobre las jurisdicciones nacionales, la incompetencia del Tribunal para evaluar la responsabilidad penal directa de las personas en virtud del derecho internacional y la falta de imparcialidad e independencia del Tribunal.

3.3 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el principio de legalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre el principio de legalidad penal. Aquí se recogerán los fallos más representativos de tales pronunciamientos que ilustran la línea doctrinal que ha seguido la Corte respecto del principio de legalidad.

Empecemos con la sentencia del caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos invocó la violación del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos bajo el argumento que no existían diferencias entre el tipo penal de terrorismo y el tipo penal de traición a la patria o terrorismo agravado establecido en la legislación peruana y que ambos tipos penales permitían una interpretación amplia que facilitaba la posibilidad de ser confundidos.

En su sentencia de fecha 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), la Corte sostiene que

³³ Disponible en: <http://www.ictrcaselaw.org/docs/doc15600.pdf>, última visita, 30 de abril de 2018.

“en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.”³⁴

Similar doctrina también aparece en las sentencias de los casos Ricardo Canese vs. Paraguay de 31 de agosto de 2004 (párrafo 174),³⁵ Cantoral Benavides vs. Perú de 18 de agosto de 2001 (párrafo 157)³⁶ y Lori Berenson Mejía vs. Perú de 25 de noviembre de 2004 (párrafo 125).³⁷

En la sentencia del caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá de 2 de febrero de 2001 (párrafos 106 y 107)³⁸ la Corte precisa que

“[l]a calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste.”

Luego de sostener que en un Estado de Derecho “los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del

³⁴ Véase la sentencia completa en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf, última visita, 9 de mayo de 2018

³⁵ Texto recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf, última visita, 9 de mayo de 2018.

³⁶ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.pdf, última visita, 9 de mayo de 2018.

³⁷ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf, última visita, 10 de mayo de 2018.

³⁸ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf, última visita, 10 de mayo de 2018.

Estado”, la Corte señala que la ley cuestionada “contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente” (párrafo 108) y que se había aplicado retroactivamente (párrafo 109), por lo que concluye que se había vulnerado el principio de legalidad y el principio de irretroactividad previstos en el artículo 9 de la Convención Americana.

Por último, encontramos la sentencia del caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* de 30 de enero de 2014, en cuyo párrafo 60, la Corte sostiene que

“la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste⁶⁸. Asimismo, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, indica que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello. El Tribunal también ha indicado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible.”³⁹

Sobre esta base, a continuación, la Corte señala que corresponde al juez, al momento de aplicar la ley penal, “atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles” y que

“[l]a elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Asimismo (...) la tipificación de conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa” (párrafo 61).

³⁹ Texto recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf, última visita, 31 de mayo de 2018.

Tal como podemos advertir de los extractos de las sentencias recogidas, el discurso doctrinario de la Corte es limitado ya que únicamente se ciñe, de forma breve, a recoger lo que la doctrina del derecho penal denomina el mandato de determinación y al principio de irretroactividad de la ley penal, sin llegar a evaluar otros aspectos importantes del principio de legalidad o establecer si la expresión “derecho aplicable” contenida en el artículo 9 de la Convención Americana se refiere también a las normas del derecho internacional y no sólo, como parece desprenderse de los fallos de la Corte, al derecho interno o la legislación nacional de cada Estado. Ésta no es la situación que acontece con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como veremos seguidamente.

3.4 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el principio de legalidad

En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es importante tomar en consideración el significado que este Alto Tribunal adopta de la expresión *Ley* en el marco del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque, como veremos, tendrá repercusión en el significado que acoge sobre el principio de legalidad penal o, en todo caso, dicha expresión está vinculada con este principio.

Al respecto, la sentencia del caso *The Sunday Times versus The United Kingdom* de 26 de abril de 1979⁴⁰ es particularmente relevante porque en ésta el Tribunal Europeo establece que la palabra *ley*, en la expresión *prescrita por la ley* del artículo 10 del Convenio Europeo, cubre o comprende no sólo la ley escrita sino también la ley no escrita. Con esta declaración, el Tribunal Europeo, en el fondo, se encuentra haciendo alusión y aceptando al derecho internacional consuetudinario y, propiamente, a una de las fuentes del derecho internacional. En efecto, la precisión que realiza el Tribunal Europeo es importante porque coincide, en cierto sentido, con lo consagrado en el artículo

⁴⁰ Traducción libre de la versión original en inglés; texto recuperado de: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584>, última visita, 31 de mayo de 2018.

7 del Convenio Europeo que, como ya tuvimos la ocasión de estudiar,⁴¹ se refiere al principio de legalidad como un principio que comprende tanto el derecho nacional como el derecho internacional.

Es interesante observar, también, que la doctrina sostiene que la base del derecho internacional es consuetudinaria; es decir, las reglas consuetudinarias o, en términos simples, la costumbre juega un rol importante en el derecho internacional ya que, entre otros aspectos, fundamenta el régimen de las fuentes jurídicas y el *status* internacional de los Estados (Reuter, P., 1982: p. 102). Parece claro entonces que cuando, de un lado, el Tribunal Europeo se refiere a la ley no escrita y, de otro, el Convenio Europeo señala al derecho internacional como comprensivo del principio de legalidad, todo esto alude a las reglas consuetudinarias o al derecho internacional consuetudinario.

Pero la sentencia comentada no se detiene sólo en ese análisis. Determina las condiciones que debe reunir la *Ley* para ser considerada tal. Así, según el Tribunal, estas condiciones se refieren a la accesibilidad y la previsibilidad. Es decir, la *Ley* tiene que ser suficientemente accesible al ciudadano en el sentido de que éste pueda disponer de la información suficiente que haga posible adecuar su conducta a las situaciones que las normas legales aplicables establecen. La segunda condición significa que la *Ley* debe estar formulada con la precisión suficiente que permita al ciudadano prever las consecuencias jurídicas que conlleva la realización de un acto ilícito prohibido en la norma legal aplicable, aunque estas consecuencias jurídicas no necesitan ser conocidas con una certidumbre absoluta.

Tal como puede advertirse, con la formulación que expone el Tribunal Europeo sobre la expresión *Ley*, en realidad, lo que está haciendo es dar contenido al principio de legalidad penal, delimitándolo, al establecer, en primer lugar, que comprende el derecho escrito y el derecho no escrito y que la ley penal debe ser accesible y previsible para el ciudadano.

⁴¹ Ver, apartado 2.5.

Otro fallo de especial trascendencia es la sentencia del caso *Del Rio Prada vs. España* de 21 de octubre de 2013.⁴² En este fallo, el Tribunal sostiene que la garantía del principio de legalidad o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, prevista en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un elemento esencial de la regla de derecho y ocupa un lugar preeminente en el sistema de protección de la Convención.

Es importante destacar que, en este caso, el Tribunal se refiere al artículo 7 del Convenio Europeo, que como ya vimos comprende tanto la ley escrita como la ley no escrita, y que la sentencia se desarrolla en el contexto del análisis del caso concreto donde la parte demandante cuestionaba la ilegalidad de su detención continuada y la aplicación retroactiva de una nueva fórmula adoptada por la Corte Suprema de España, luego de ser sentenciada, que conllevó al incremento de su encarcelamiento por casi nueve años más.

La situación contextual descrita es relevante porque en este caso, a diferencia del caso *The Sunday Times versus The United Kingdom*, el Tribunal no entra a debatir ni desarrollar el asunto referido a la expresión *Ley* sino que pasa a abordar, de lleno, el contenido mismo del principio de legalidad penal.

Pues bien, luego de precisar que el principio mencionado debe ser construido y aplicado siguiendo su objeto y propósito de una manera que provea salvaguardas efectivas contra un enjuiciamiento, una sentencia y una pena arbitrarias, el Tribunal Europeo declara que el artículo 7 del Convenio engloba, más generalmente, el principio de que sólo la ley puede definir un crimen y prescribir una pena (párrafo 78) y que de ello se sigue que las ofensas y las penas relevantes deben estar claramente definidas en la ley y este requisito sólo se satisface cuando el individuo puede conocer de la redacción de la disposición pertinente, si es necesario con la ayuda de la interpretación de la Corte y tras haber recurrido a un asesoramiento legal apropiado, qué actos y omisiones lo harán responsable penalmente y que pena enfrenta en esa consideración.

⁴² Texto disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127697>, última visita, 31 de mayo de 2018.

Similar doctrina podemos encontrarla también en las sentencias de los casos *Cantoni v. Francia* de 11 de noviembre de 1996 (párrafo 29),⁴³ *Kokkinakis v. Greece* de 25 de mayo de 1993 (párrafo 52)⁴⁴ y *Kononov v. Latvia* de 17 de mayo de 2010 (párrafo 185).⁴⁵

Las dos sentencias comentadas son las que, en algún sentido u otro, representan la forma cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende al principio de legalidad penal.

3.5 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el principio de legalidad

3.5.1 El Estatuto de Roma y el surgimiento de la Corte Penal Internacional

El tránsito hacia la creación de una Corte Penal Internacional y la adopción de su Estatuto no fueron acontecimientos pacíficos, estuvieron cargados de muchas dificultades, básicamente, de índole política.

La idea de un tribunal penal mundial o internacional surge por primera vez, de manera concreta, en el año 1937 y no, como pudiera pensarse, con posterioridad a la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Esta evolución de la idea de un tribunal penal mundial, con los inconvenientes políticos señalados, es narrada, de forma magistral, por Robertson (2008) así:

“(…) en 1937 (…) la Liga de las Naciones redactó un borrador de estatuto de un tribunal para enjuiciar a terroristas internacionales. Después de los juicios de Nüremberg y Tokio, la ONU hizo una referencia de pasada a un ‘tribunal penal internacional’ en la Convención contra el Genocidio de 1948 y la ILC (International Law Commission) emprendió borradores de estatutos durante unos pocos años. Pero el proyecto no tardó en acabar en el congelador de la guerra fría y no salió

⁴³ Texto recuperado de: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068>, última visita 31 de mayo de 2018.

⁴⁴ Texto disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>, última visita, 31 de mayo de 2018.

⁴⁵ Texto recuperado de: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98669>, última visita, 31 de mayo de 2018.

a flote de nuevo hasta la década de 1980, cuando Gorbachov sugirió que podría ser un medio para combatir el terrorismo y Trinidad urgió su establecimiento como medio para combatir el tráfico de drogas. La Asamblea General solicitó, a su vez a la ILC que reanudara sus trabajos, metiéndole prisas a partir de 1993 a la vista de la favorable reacción del público a la instauración de un tribunal de crímenes de guerra para la antigua Yugoslavia. El borrador de la ILC fue entregado en 1994 y el año siguiente la Asamblea General constituyó un 'comité preparatorio' para buscar apoyos sobre un texto que pudiera ser sometido a una conferencia sobre el tratado de 1998. El comité se reunió en cinco sesiones agotadoras antes de la Conferencia de Roma, en un momento en el que muchos gobiernos, presionados por ONG que trabajaban en el terreno de los derechos humanos, salieron en defensa de la creación de un tribunal penal internacional” (p. 402).

Pero, quizá, el problema mayor no fue la instauración o el establecimiento de un tribunal penal internacional; el modelo de tribunal que debía crearse generó amplias discusiones por los Estados presentes en Roma. Nuevamente, Robertson (2008) explica aquí que las delegaciones de los Estados participantes en la Conferencia de Roma se agrupaban en tres categorías:

“El grupo de ‘mentalidad coincidente’ de cuarenta y dos naciones, encabezado por Canadá y Alemania (al que se sumó, tras la llegada al Gobierno de Blair, el Reino Unido, previamente hostil), deseaba un fiscal fuerte y un tribunal verdaderamente independiente del Consejo de Seguridad e investido de jurisdicción universal sobre sospechoso de crímenes de guerra en cualquier parte del mundo (...) El modelo preferido por Estados Unidos, al que se sumaron China y Francia, era el de un tribunal controlado por el Consejo de Seguridad, donde usarían su poder de veto como superpotencias para frenar cualquier procesamiento que pudiera resultarles embarazoso. El tercer grupo -todos ellos sospechosos habituales, como Irak, Irán, Libia e Indonesia- no quería que se creara tribunal alguno” (pp. 402-403).

Pese a todos esas vicisitudes, finalmente, el 17 de julio de 1998, durante la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, se adoptó el Estatuto de Roma que, en su artículo I, instaura un tribunal penal internacional como una institución de carácter permanente con jurisdicción para enjuiciar a aquellas

personas acusadas de los crímenes más graves que pueda conocer la humanidad, a saber, los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.

El Estatuto de Roma fijó un quórum elevado para su entrada en vigencia (60 países), no obstante, el proceso de ratificación avanzó rápidamente y el Estatuto entró en vigencia el 1 de julio de 2002, instaurándose formalmente la Corte Penal Internacional el 11 de marzo de 2003, en La Haya, Países Bajos.

3.5.2 El Estatuto de Roma y el principio de legalidad

El Estatuto de Roma de la CPI consagra el principio de legalidad penal en la Parte III, de los principios generales del derecho penal, artículos 22 a 24.⁴⁶ Así, el artículo 22 se refiere al principio *no hay crimen sin ley* en los siguientes términos:

“Artículo 22 Nullum crimen sine lege

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.
2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.
3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.”

Seguidamente, el artículo 23 del Estatuto se refiere al principio *no hay pena sin ley*:

⁴⁶ Véase el texto completo del Estatuto de Roma de la CPI en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>, última visita, 3 de junio de 2018.

“Artículo 23 Nulla poena sine lege

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.”

Finalmente, el artículo 24 se refiere al principio de irretroactividad en los siguientes términos:

“Artículo 24 Irretroactividad *ratione personae*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.
2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.”

Como podemos observar, el Estatuto de la CPI recoge, en lo esencial, el principio de legalidad penal tal como fue sistematizado por la teoría del derecho penal desde inicios del siglo XX. No obstante, se aparta de aquélla cuando introduce una diferencia sustancial e importante que coincide, en cierto sentido, con la regulación del principio de legalidad que ya existía en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.⁴⁷

El texto del artículo 22.3 se refiere a aquellos otros crímenes internacionales que, reconocidos por el derecho internacional, no se encuentran tipificados en el Estatuto de Roma. Es decir, el derecho internacional puede establecer otras conductas que configuran crímenes internacionales y que, pese a no encontrarse regulados en el Estatuto, pueden ser juzgadas y sentenciadas por la Corte Penal Internacional como tales.

El Estatuto de Roma, en consecuencia, amplía el principio de legalidad penal para considerar todas aquellas conductas que constituyen crímenes internacionales según el derecho internacional, incluso si no se encuentran tipificadas en el propio Estatuto.

⁴⁷ Véase sobre esto los apartados 2.3 al 2.5.

Capítulo 4

El principio de legalidad y la implementación de los crímenes internacionales regulados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

4.1 El Estatuto de Roma y los crímenes internacionales

4.1.1 Crímenes internacionales: sentido amplio y sentido estricto

Según la doctrina, los delitos internacionales deben ser distinguidos de los delitos transnacionales o transfronterizos, porque ambos tienen una definición singular en las normas internacionales (Gil, 2013b). Desde esta perspectiva, los crímenes internacionales son entendidos en dos sentidos. En sentido estricto, se afirma que los crímenes internacionales son aquellos que significan una amenaza a los valores o bienes jurídicos internacionales (como, por ejemplo, la paz o la integridad de la comunidad internacional); en sentido amplio, en cambio, son aquellos delitos, transnacionales o transfronterizos, que, siendo reprimibles en el Derecho nacional, para lograr la efectividad de esta represión, necesitan de una codificación y cooperación internacionales puesto que traspasan las fronteras de los Estados o involucra a un conjunto de Estados.

De esta manera, los crímenes internacionales se caracterizan porque aparejan la violación de la costumbre internacional, independientemente de si están o no tipificados en el derecho doméstico de un Estado, es decir, atentan contra los *valores comunes* para toda la comunidad internacional, conmocionando la conciencia de la humanidad, por lo tanto existe un interés universal por sancionarlos y si el responsable de estos crímenes actuó bajo un cargo oficial no puede gozar de las inmunidades reconocidas por el derecho interno ni por el internacional, a no ser que goce de dicha inmunidad en razón al ejercicio vigente de sus funciones (Servín, 2013: pp.213-214).

4.1.2. Los crímenes internacionales en el Estatuto de Roma.

En este apartado, centraremos nuestra atención en la forma cómo se encuentran regulados los crímenes internacionales en el Estatuto de Roma de la CPI, sin entrar a analizar a fondo los elementos típicos de los crímenes internacionales, ya que éste no es el objetivo de la presente investigación, por lo que se hará un esbozo de sus características generales que sirva de contraste con la regulación o tipificación que contiene el Código Penal Peruano, que más adelante se estudiará (apartado 4.4).

Robertson (2008) afirma que, sobre el papel, el Estatuto de Roma es impresionante porque sus secciones definitorias “consolidan muchos de los avances conceptuales en la legislación internacional sobre derechos humanos” (p. 404).

Pues bien, el Estatuto de Roma define los crímenes internacionales por enumeración en sus artículos 6, 7, 8 y 8 *bis*, inclusive, asociados, respectivamente, con el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión.⁴⁸

El artículo 6 del Estatuto de Roma tipifica el crimen de genocidio fijando un conjunto de actos ilícitos que tienen como característica fundamental que los mismos sean “perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Según Alicia Gil (2013b), el fin del precepto contenido en el artículo 6 del Estatuto

“pretende la protección de la existencia de determinados grupos humanos considerados estables, que constituyen el ámbito en el que se desarrolla el individuo en prácticamente todas las facetas sociales y culturales de su existencia y que forman el sustrato de la comunidad internacional siendo,

⁴⁸ Ver nota 47.

en relación a su funcionalidad para el individuo, de importancia casi comparable a los propios Estados”.

El elemento esencial que debe ser probado en el crimen de genocidio es la intención de destruir en su totalidad o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, de manera que el delito se perfecciona cuando se consuma cualquiera de las conductas descritas en el artículo 6 sobre uno de los miembros del grupo, por lo que es suficiente que se cause una sola muerte o cualquiera de los resultados descritos en el artículo 6, pero con la intención de destruir al grupo, para que el crimen de genocidio quede consumado; por tanto, los actos de destrucción que sean distintos a matar o mutilar “incluyen infligir condiciones de vida que causen la muerte así como ‘la transferencia por la fuerza de niños del grupo a otro grupo’” (Robertson, 2008: p. 411).

El artículo 7 del Estatuto de Roma, como señalamos, se refiere al crimen contra la humanidad o a los crímenes de lesa humanidad. Al igual que en el artículo 6 se consideran una serie de conductas pero que, en este supuesto legal, tienen como elemento básico que las mismas sean cometidas “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, encontrándose dentro de esas conductas el asesinato, el exterminio, la tortura y la desaparición forzada, entre otras.

El crimen contra la humanidad, aparte de ser un delito independiente de los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra, exige que los actos criminales sean cometidos en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Esta exigencia “no impide considerar que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad” (Gil, 2013b).

Robertson (2008) considera que la definición contenida en el artículo 7 del Estatuto es una “autorizada definición de los crímenes contra la humanidad” y que los actos ahí descritos son, en su mayoría, “crímenes que causan grandes e innecesarios sufrimientos” (p. 411). Seguidamente, precisa que el carácter aborrecible de estos crímenes consiste en que son “cometidos deliberadamente, ‘como parte de un ataque generalizado o sistemático (...)”

dirigido contra cualquier población civil (...) a causa o como continuación de una política estatal u organizativa orientada a la ejecución de tal ataque” (Robertson, 2008: p. 412).

Según Alicia Gil (2013b), por *ataque contra una población civil* debe entenderse “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos señalados en el artículo 7 contra una población civil en cumplimiento de una política de un Estado o de una organización destinada a cometerlos o de promover esa política”. Añade que “no basta una inactividad política debida a mera negligencia” pero sí corresponde admitir “la mera tolerancia, pues una política en relación con un ataque masivo que no sea a la vez sistemático sólo es imaginable si consiste en la denegación deliberada de protección contra dicha acción masiva” (Gil, 2013b: p. 20).

El artículo 8 del Estatuto de Roma, a diferencia de los artículos 6 y 7, regula una considerable cantidad de actos ilícitos que configuran los crímenes de guerra. Pero, debe precisarse que éstos sólo serán de competencia de la Corte Penal Internacional cuando se cometan, como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes, por infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional; las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, y las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional.

Por último, el artículo 8 *bis* regula el crimen de agresión que se configura, según el párrafo 1 del artículo mencionado, cuando una persona, encontrándose en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, “planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.

4.2 El principio de legalidad en la Constitución Política del Perú de 1993 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

Nuestra Constitución reconoce y consagra el principio de legalidad penal, ubicándolo dentro del marco de los derechos de la persona. Así, el tenor del artículo 2, numeral 24, literal d, nos dice que:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

Debemos considerar aquí el desarrollo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha esbozado para entender el significado del principio de legalidad penal en el marco del artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución.

Quizá el caso más trascendente y que marca el camino de la jurisprudencia constitucional en la materia fue la acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes que regulaban los delitos de terrorismo y traición a la patria. En la sentencia de fecha 3 de enero de 2003, dictada en el Expediente N°. 010-2002-AI/TC,⁴⁹ el Tribunal Constitucional, luego de recordar lo proclamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castillo Petruzzi acerca de las conductas típicas previstas en los Decretos Leyes 25475 y 25659, se pronuncia sobre la denuncia de vulneración del principio de legalidad del artículo 2 del D.L. N° 25475 sosteniendo que dicho principio ha sido consagrado por la Constitución en su artículo 2, inciso 24, literal d, así como en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y

⁴⁹ Texto disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.pdf>, última visita, 29 de junio de 2018.

“exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea ‘*expresa e inequívoca*’ (*Lex certa*)” (Fundamento Jurídico 45).

A partir de este razonamiento, el Tribunal Constitucional desprende lo que denomina el “principio de determinación del supuesto de hecho previsto en las Leyes” que, en su opinión, “es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre”.

Sin embargo, esta exigencia de certidumbre o certeza dirigida al legislador (*lex certa*), enfatiza el Tribunal Constitucional, no debe entenderse como un requerimiento de precisión y claridad absolutas en la formulación de los conceptos legales porque esto no es posible debido a las características de ambigüedad y vaguedad propias del lenguaje, que admiten cierto grado de indeterminación, según sea el caso (FJ. 46). Reconoce así el Tribunal Constitucional que, en determinadas ocasiones, la certeza de las leyes penales es compatible con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos penales, pero que esto no será admisible “cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos” (FJ 47), de modo que, desde la perspectiva constitucional, el límite de lo admisible “quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa” (FJ 51).

Sobre esta base y respecto del cuestionamiento de vulneración del principio de legalidad penal, el Tribunal Constitucional sostiene que la norma evaluada presenta un grado de determinación razonable que es suficiente para

delimitar el ámbito de la prohibido y permite no sólo comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal (Fs. Js. 56 y 59) sino también conocer su contenido (FJ 77), por lo que no vulnera el principio de legalidad.

Posteriormente, en la sentencia del Expediente N°. 02050-2002-AA/TC,⁵⁰ de fecha 16 de abril de 2003, el Tribunal Constitucional diferencia entre el principio de legalidad y el principio de tipicidad señalando que estos principios no deben identificarse porque “[e]l primero, garantizado por el ordinal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley” en tanto que el segundo “constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta” (FJ 9). Igual criterio jurisprudencial es reiterado por el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores como las SSTC N°s. 10106-2006-AA/TC,⁵¹ 02250-2007-PA/TC (FJ 29),⁵² 00197-2010-PA/TC (FJ 5)⁵³ y 03426-2006-AA/TC⁵⁴ así como en la STC N°. 02192-2004-AA/TC⁵⁵ en donde, además de considerar a la tipicidad como un subprincipio del principio de legalidad llamándola también con el nombre de taxatividad, sostiene que este subprincipio

“constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal” (FJ 5).

⁵⁰ Texto recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>, última visita, 29 de junio de 2018.

⁵¹ Texto recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/10106-2006-AA.pdf>, última visita, 29 de junio de 2018.

⁵² Texto recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02250-2007-AA.pdf>, última visita, 29 de junio de 2018.

⁵³ Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.pdf>, última visita, 29 de junio de 2018.

⁵⁴ Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03426-2006-AA.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

⁵⁵ Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

Hasta aquí, el Tribunal Constitucional desarrolla lo que en la doctrina del derecho penal se conoce como el mandato de determinación o taxatividad, que ya tuvimos oportunidad de estudiar.⁵⁶

Avanzando algo más, otro caso donde el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el principio de legalidad penal, aunque refiriéndose más al caso concreto que analiza, es el de la presunta desaparición forzada del ciudadano Genaro Villegas Namuche, estudiante de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional de Piura, quien con fecha 2 de octubre de 1992 salió de su hogar para ir al trabajo y nunca más fue vuelto a ver. En la sentencia dictada en este caso en el Expediente N°. 2488-2002-HC/TC de fecha 18 de marzo de 2004⁵⁷ el Tribunal Constitucional declara que el principio de legalidad reconocido en el artículo 2.24.d de la Constitución incluye dentro de sus garantías la garantía de la ley previa (*lex previa*) “según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito” (FJ 26). De acuerdo con el Tribunal Constitucional, esta garantía

“comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal” (FJ 26).

De esta manera, el Tribunal Constitucional afirma que, en tanto “no se establezca el destino o paradero de la víctima”, el delito de desaparición forzada es un delito permanente, declaración que realiza porque cuando se produjo la desaparición de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente aún en el Código Penal Peruano el delito de desaparición forzada.

⁵⁶ Véase, apartado 1.3.

⁵⁷ Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

Por otro lado, en el caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, en la sentencia dictada en el Expediente N°. 2758-2004-HC/TC de fecha 23 de noviembre de 2004,⁵⁸ el Tribunal Constitucional, actuando como un Tribunal de la jurisdicción ordinaria, emite un pronunciamiento de fondo sobre la tipificación del delito de peculado y señala este delito se había configurado y, además, que el mismo se había consumado, por lo que no se vulneró el principio de legalidad penal. Más allá de las críticas que pudieran esgrimirse sobre la actuación del Tribunal Constitucional en el caso particular, lo que no es objeto de estudio aquí, es importante resaltar que el cuestionamiento planteado por la parte demandante consistía en que la condena de 5 años de pena privativa de libertad que le había impuesto el Poder Judicial, en su condición de cómplice del delito de peculado, violaba el principio de legalidad penal porque, según alegaba, no se habrían cumplido los presupuestos legales para que se configure el delito mencionado.

Ante tal cuestionamiento, el Tribunal Constitucional empieza recordando que el principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución y que en su sentencia dictada en el Expediente N°. 0010-2002-AI/TC ya había señalado que dicho principio exige que por ley se establezcan los delitos y que las acciones prohibidas se encuentren claramente delimitadas de forma previa por la ley. A lo anterior, el Tribunal Constitucional agrega que el principio de legalidad penal

“garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)” (FJ 2).

Los aspectos antes señalados por el Tribunal Constitucional, como hemos visto, ya fueron destacados por la doctrina del derecho penal, aunque con mayor precisión y extensión. Una cuestión importante que omite la jurisprudencia anotada es que el requisito de ley escrita, en su término en latín

⁵⁸ Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02758-2004-HC.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

lex scripta, implica la prohibición del derecho consuetudinario o la exclusión de la costumbre como fuente creadora de las normas penales y, en general, del derecho penal, lo que plantea diversos problemas de cara a la naturaleza consuetudinaria de las normas del derecho internacional público.

Además de lo dicho, el Tribunal Constitucional precisa en la STC comentada que el principio de legalidad penal no sólo se configura como un principio -valga la redundancia- sino también como “un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos”. Así,

“[c]omo principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica” (FJ 3).

Según el Tribunal Constitucional, este derecho a la legalidad penal también vincula a los jueces penales y su vulneración posibilita que sea reparada mediante el *habeas corpus* (FJ 4) a través de un control constitucional que se realiza de forma excepcional

“en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores” (FJ 8).

No proporciona ejemplos el Tribunal Constitucional sobre cómo una interpretación de la norma penal puede resultar manifiestamente extravagante o irrazonable, más aún si, de plano, entendemos que el juez está sujeto al texto de la norma penal por aplicación del principio de legalidad penal. Sin embargo, añade el Tribunal Constitucional que el análisis que debe practicarse en la

jurisdicción constitucional “no es equiparable a la que realiza un juez penal” (FJ 5) porque

“si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales” (FJ 8).

Estos mismos criterios jurisprudenciales han sido expuestos en los casos de los Expedientes N°s. 08646-2005-PHC/TC,⁵⁹ y 2289-2005-PHC/TC.⁶⁰

Otro pronunciamiento significativo en materia del principio de legalidad fue el emitido en la sentencia dictada con fecha 8 de agosto de 2012, en el Expediente N°. 00156-2012-PHC/TC, caso César Humberto Tineo Cabrera.⁶¹ Aquí el Tribunal Constitucional sostiene que el principio de legalidad penal es “[l]a primera de las garantías del debido proceso” y que dentro de las exigencias que se derivan de este principio se encuentra el “subprincipio de la taxatividad” (FJ 5). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional denomina al principio de legalidad penal como “principio-derecho a la legalidad sancionatoria” y señala que éste se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución del Estado (FJ 6). No era necesario aquí que el Tribunal Constitucional denomine con otro nombre al principio de legalidad penal. Después de todo, el principio de legalidad ya tiene una denominación asignada desde inicios del siglo XX por la doctrina del derecho penal que todos reconocen y con ese nuevo nombre se genera confusión; por lo demás, alude a algo que está dentro del contenido mismo del principio señalado.

⁵⁹ Sentencia disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08646-2005-HC.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

⁶⁰ Texto de la sentencia recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02289-2005-HC.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

⁶¹ Sentencia disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

Pues bien, en la sentencia mencionada, siguiendo la guía de lo establecido en la STC N°. 00010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional declara que “[e]l principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia (*sic.*) de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)” (FJ 7).

Precisa, también el Tribunal Constitucional que el

“subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo” (FJ 9).

De esta manera, según el Tribunal Constitucional, el subprincipio de tipicidad o taxatividad “exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio” (FJ 9). Con todo esto, a lo que se está refiriendo el Tribunal Constitucional es al mandato de determinación, ya estudiado.

Por último, hay que mencionar que en la sentencia de fecha 8 de setiembre de 2015 emitida en el Expediente N°. 07165-2013-PHC/TC, caso María Maximina Martínez Tuanama,⁶² el Tribunal Constitucional deja entrever que el principio de legalidad penal supone una exigencia de ley previa y, por tanto, una prohibición de retroactividad dirigida al juez penal en el sentido de que “constituye una exigencia ineludible del órgano jurisdiccional procesar y condenar sobre la base de una ley anterior a los hechos materia de investigación (*lex praevia*)” y que esa prohibición “tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulta favorable al

⁶² Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/07165-2013-HC.pdf>, última visita, 30 de junio de 2018.

procesado, conforme a lo previsto en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú” (FJ 5).

Tal como se habrá podido advertir, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del principio de legalidad penal no es sistemática ni tampoco clara. Para referirse a un mismo aspecto del principio mencionado, como es el mandato de determinación, utiliza diversa terminología, de modo que si no se sigue la secuencia de la jurisprudencia previamente publicada, podría pensarse que se trata de un aspecto distinto del principio de legalidad, como, por ejemplo, el mandato de determinación y el denominado subprincipio de tipicidad o taxatividad que, en realidad son la misma cosa.

Pero, por otro lado, existen mandatos u obligaciones concretas que se derivan del principio de legalidad que están dirigidos no sólo al legislador sino también al juez penal. Cuando se revisa la jurisprudencia constitucional pareciera ser que dichas obligaciones están, más bien, dirigidas al legislador y únicamente la obligación de no aplicar leyes penales retroactivas desfavorables al procesado o prohibición de retroactividad *in malam partem* está dirigida al juez penal.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no aborda ni desarrolla toda la problemática que existe tras la presencia del principio de legalidad penal en la teoría jurídica, fundamentalmente, la cuestión relativa a la prohibición de la costumbre como fuente del derecho penal y creadora de las normas penales y la naturaleza consuetudinaria de las normas del derecho internacional, en especial, las normas del derecho internacional de los derechos humanos y aquellas que regulan los graves crímenes contra los derechos humanos. Pero tampoco trata sobre la cuestión vinculada a si, en el marco de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el principio de legalidad se refiere al derecho internacional y no sólo al derecho nacional. En este sentido, puede afirmarse que se trata de una jurisprudencia limitada en cuanto a sus alcances doctrinarios, quizá debido a la ausencia de una visión integral o interdisciplinaria del derecho que permita al Tribunal Constitucional voltear la mirada hacia otras disciplinas jurídicas que, como la doctrina del derecho penal,

por ejemplo, que desde inicios del siglo XX ya tiene establecido los aspectos básicos del principio de legalidad, y, sobre todo, el derecho internacional plantean problemas jurídicos importantes sobre los alcances y contenido del principio de legalidad penal.

4.3 La regulación de los crímenes internacionales en el Código Penal Peruano

4.3.1 La fallida implementación del Estatuto de Roma en el ámbito nacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa N° 27517, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de setiembre de 2001.⁶³ Posteriormente, fue ratificado a través del Decreto Supremo N°. 079-2001-RE, publicado el 9 de octubre del mismo año.⁶⁴

Desde la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma, se han realizado diversos intentos para implementar sus reglas y, en especial, los crímenes internacionales, que se llegaron a plasmar en proyectos de ley, sin que ninguno de éstos, hasta la fecha, haya podido concretarse en la promulgación de una ley de implementación específica.

En el año 2002, la Ley 27837, publicada el 4 de octubre de ese año, creó una Comisión Especial encargada de revisar el Código Penal que dentro de sus objetivos (artículo 1, Ley 27837) comprendía, justamente, la adecuación del texto del Código Penal a los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁶⁵ El 10 de diciembre de 2003, el grupo de trabajo presentó una propuesta legislativa donde tomaba como criterio básico la adecuación del Código Penal a las normas del Estatuto de Roma, sin optar por una remisión literal al texto del Estatuto, pero respetando los principios que éste contenía. Se acordó así incorporar un Libro Tercero al Código Penal que

⁶³ Diario Oficial "El Peruano", Separata "Normas Legales". Año XIX, N°. 7756, p. 210027.

⁶⁴ Diario Oficial "El Peruano", Separata "Normas Legales". Año XIX, N°. 7779, pp. 210976-211002.

⁶⁵ Diario Oficial "El Peruano", separata "Normas Legales", Año XX-N° 8140, p. 230897.

estuviera compuesto por las disposiciones generales aplicables a los crímenes internacionales así como su tipificación, Libro que se titulaba: “Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” (Chamorro y Llatas, 2003).

En su sesión ordinaria del 3 de mayo de 2006, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos acordó por unanimidad hacer suyo el Proyecto de Ley presentado por la Comisión Especial Revisora del Código Penal y el 8 de mayo de ese mismo año presentó al Congreso de la República, en su segunda legislatura ordinaria de 2006, el Proyecto de Ley N° 14659/2005-CR, “Ley de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”⁶⁶, proyecto que no ha sido aprobado y se encuentra en Comisión de Justicia y Derechos Humanos.⁶⁷

El Proyecto de Ley N° 14659/2005-CR, fue posteriormente recogido por el Proyecto de Ley 1707/2007-CR,⁶⁸ presentado el 11 de octubre de 2007, que, según la ficha de seguimiento respectiva, no ha sido aprobado y se encuentra en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos desde el 19 de octubre de 2007.⁶⁹

El 18 de octubre de 2012 se realiza un nuevo intento por implementar las normas del Estatuto de Roma cuando se presenta el Proyecto de Ley N° 1615/2012-CR, titulado “Ley de delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”,⁷⁰ y que se sustentaba en los proyectos de ley anteriores; sin embargo, al igual que éstos, tampoco sería aprobado.

Finalmente, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en su Dictamen presentado el 29 de enero de 2015, acumuló el proyecto de ley 1615/2012-CR

⁶⁶ Véase el Proyecto de Ley 14659/2005-CR en: <http://www.congreso.gob.pe/pley-2001-2006/>, última visita: 22 de agosto de 2018.

⁶⁷ Cfr., <http://www.congreso.gob.pe/pley-2001-2006/>, última visita: 22 de agosto de 2018.

⁶⁸ Véase este proyecto en: <http://www.congreso.gob.pe/pley-2006-2011/>, última visita: 22 de agosto de 2018.

⁶⁹ Véase la ficha de seguimiento en: <http://www.congreso.gob.pe/pley-2006-2011/>, última visita: 22 de agosto de 2018.

⁷⁰ En: <http://www.congreso.gob.pe/pley-2011-2016/>, última visita: 22 de agosto de 2018.

con el proyecto de ley 3491/2013-CR, que propone un Nuevo Código Penal, y otros 150 proyectos de ley vinculados a reformas penales, planteando un texto sustitutorio con la adopción de la Ley del Nuevo Código Penal, teniendo como objetivo, entre otros, de expedir “normas penales que permitan el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado peruano emanadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.”⁷¹ Hasta la fecha no se debate el proyecto de Ley del Nuevo Código Penal y parece improbable que esto suceda, dada la coyuntura de crisis de la administración de justicia que viene aconteciendo.

No nos detendremos a analizar el contenido de los proyectos de ley señalados, porque este asunto desbordaría el objetivo del presente trabajo. Pasamos, entonces, a evaluar el grado de regulación normativa de los crímenes internacionales en el Código Penal Peruano.

4.3.2 El Código Penal Peruano y los crímenes internacionales

El Código Penal Peruano dedica un Título específico, el Título XIV-A, del Libro Segundo, a las conductas ilícitas que denomina “Delitos contra la Humanidad”. Este Título se encuentra dividido en 5 Capítulos. El primero de ellos se refiere al delito de genocidio (artículo 319). El Capítulo II, al delito de desaparición forzada (artículos 320), en tanto que el Capítulo III está referido al delito de tortura (artículos 321 y 322). Los Capítulos IV y V (artículos 323 y 324, respectivamente), por último, se refieren a los delitos de discriminación y manipulación genética.

A pesar de que el título “Delitos contra la Humanidad” puede sugerir que el Código Penal Peruano se encuentra regulando los crímenes internacionales del Estatuto de Roma de la CPI, tal como aquí se encuentran regulados, lo

⁷¹ Puede verse el Dictamen completo en: <http://www4.congreso.gob.pe/documentos/00163DC15MAY290115.pdf>, última visita: 22 de agosto de 2018.

cierto es que, en el articulado del Título XIV-A, sólo existen algunas escasas referencias a los crímenes internacionales.⁷²

Es verdad que, como ya se dijo, el artículo 319 regula el delito de genocidio. No obstante, si comparamos su descripción normativa con el texto respectivo del Estatuto de Roma advertiremos, inmediatamente, que su redacción es deficiente al omitir considerar el motivo racial, como elemento configurativo del genocidio.

No se comprende, de otro lado, por qué los delitos de desaparición forzada y tortura se ubican en artículos diferentes como si se tratara de conductas delictivas independientes, aun cuando, según el Estatuto de Roma, ambas figuras delictivas constituyen crímenes de lesa humanidad en tanto deben presentarse “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.” El Código Penal Peruano ha omitido esta importante referencia, además que no se han tipificado otras conductas ilícitas graves que configuran crímenes de lesa humanidad y sí tienen lugar en el marco de la regulación del Estatuto de Roma.

Es un desacierto que el Código Penal Peruano incluya y ubique los delitos de discriminación y manipulación genética en el Título XIV-A, como si se tratara de crímenes internacionales. En realidad, las conductas delictivas señaladas no aparecen tipificadas en el Estatuto de Roma, por lo que deberían estar sistemáticamente ubicadas en un Título distinto.

En contraste con lo anterior, paradójicamente, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión no se encuentran tipificados en el Título bajo análisis ni tampoco en otro Título o Capítulo del Código Penal Peruano. Hubiese sido preferible reunir los artículos de este Título en un solo Capítulo y no en Capítulos diferentes, menos para estipular un artículo único por Capítulo. Esto por la sencilla razón de que las figuras delictivas ahí reguladas, salvo, claro

⁷² El cuadro que figura en el Anexo 2 permite ilustrar de mejor manera y con mayor detalle las notables diferencias y ausencias regulatorias del Código Penal Peruano en comparación con la normativa sobre los crímenes internacionales del Estatuto de Roma de la CPI.

está, los delitos de discriminación y manipulación genética, tratan sobre graves crímenes a los derechos humanos, por lo que hubiese sido preferible sistematizarlos en un solo Capítulo.

Como ya se habrá podido advertir, el Código Penal Peruano contiene serias deficiencias y omisiones de regulación de los crímenes internacionales. Es válido preguntar, entonces, si, de un lado, esas deficiencias y omisiones impiden, en la práctica, la aplicación de los crímenes internacionales del Estatuto de Roma en nuestro derecho interno y, de otro lado, si, acaso, esto su aplicación directa constituiría, pese a las deficiencias y omisiones anotadas, la vulneración del principio de legalidad penal, tal como es concebido clásicamente por la doctrina del derecho penal. Esta interrogante es la que se despejará en los apartados que siguen.

4.4 El Estatuto de Roma y la obligación internacional de implementar los crímenes internacionales en la legislación interna

Algo que debe quedar claramente establecido, desde el inicio del presente apartado, es que el Estatuto de Roma no contiene una norma expresa que imponga la obligación a los Estados parte de adoptar en su derecho interno sus disposiciones. Esto quiere decir, en otras palabras, que el Estatuto de Roma no obliga a un Estado a implementar o incorporar los crímenes internacionales en su legislación interna.

A diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 2 establece la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que reconoce la Convención, el Estatuto de Roma no contiene una norma similar.⁷³

La razón de ello reside, según un sector de la doctrina, en que la necesidad y la obligación de implementación se desprenden del objeto, propósito,

⁷³ La doctrina en la materia está de acuerdo en este punto; véase, a este respecto: Ambos, K., (2003), La implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional, en: Ambos, K. y Malarino, E. (Editores): p. 25; Werle, G., (2011): pp. 213-214.

contenido y postulados del Estatuto (Comisión Andina de Juristas, 2007: pp. 68 y 318). De modo que se trata de una obligación implícita de investigar y sancionar a los responsables de los crímenes internacionales que se deriva del propio lenguaje del preámbulo del Estatuto de Roma así como del funcionamiento del principio de complementariedad⁷⁴ (Fernández, D., 2011: p. 24; Guerrero, H. y Sirvent, M. [Coord.]: pp. 27 y 29). Aunque, para otro sector de la doctrina autores, la implementación y tipificación en las leyes internas no sería necesaria porque las normas del Estatuto de Roma pueden aplicarse directamente, de manera que únicamente bastaría con su ratificación para que los crímenes internacionales queden internamente tipificados (Rodríguez, A., párr. 5).

Ahora bien, ya hemos establecido en el apartado 2.1.2 que los Estados, desde la ratificación de un Tratado, se obligan a cumplir sus disposiciones, de acuerdo con los principios *pacta sunt servanda* y de la buena fe así como en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Partiendo de esa perspectiva, es lógico pensar que, como Tratado que es, el Estatuto de Roma debe ser cumplido por los Estados parte que lo han ratificado y desde este momento asumen la obligación internacional de ejecutar, implementar o adoptar, en su integridad, las disposiciones del Estatuto. Esto significa, entonces, que recae sobre los Estados la obligación de adaptar su legislación interna de acuerdo con la tipificación de los crímenes internacionales que contiene el Estatuto, en virtud de los principios de *pacta sunt servanda* y de la buena fe.

En el mejor de los casos, un Estado, para evitar incurrir en responsabilidad internacional, puede decidir cumplir con sus obligaciones internacionales

⁷⁴ Este principio supone que la actuación de la Corte Penal Internacional es complementaria a las jurisdicciones penales nacionales. Esto quiere decir que la CPI únicamente podrá juzgar los casos de crímenes internacionales a solicitud de un Estado parte, del Ministerio Fiscal o del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas “cuando las jurisdicciones nacionales competentes no puedan o no quieran juzgar los hechos, o cuando a pesar de haberse producido un enjuiciamiento, se demuestre que nos hallamos en una impunidad de facto, o se ha ido contra los intereses de justicia definidos en el Estatuto de Roma o se ha producido un proceso sin las reglas de un procedimiento justo”: Mendoza, S. (2011): pp. 445-446.

asumidas al momento de suscribir y ratificar el Estatuto de Roma e implementar los crímenes internacionales en su derecho interno. Pero es posible también, en un escenario hipotético distinto, que un Estado parte, obviando los principios *pacta sunt servanda* y de la buena fe, incumpla sus compromisos internacionales y decida no implementar o adaptar su legislación interna según la regulación de los crímenes internacionales que contiene el Estatuto de Roma o que la adapta de forma parcial o deficiente. Este último supuesto es el caso del Estado peruano.

Como ya tuvimos oportunidad de estudiar, el Código Penal Peruano no regula todos los crímenes internacionales consagrados en el Estatuto de Roma y la tipificación que contiene es deficiente. Han transcurrido más de 16 años sin que las carencias y deficiencias del Código Penal sean corregidas.

Aparte de que la situación anotada constituye un caso de responsabilidad internacional del Estado Peruano, por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, así mismo, genera impunidad en la lucha contra los graves crímenes contra los derechos humanos, ya que de presentarse un caso concreto determinado, que se encuadre en alguna de las conductas que constituyen crímenes internacionales según el Estatuto de Roma, bien podría alegarse que es atípico, al no encontrarse regulado en la legislación penal interna como crimen internacional el hecho cometido. Esta situación conllevaría a que las graves violaciones a los derechos humanos no sólo dejen de ser juzgadas y, eventualmente, sentenciadas sino, inclusive, investigadas.

4.5 La aplicación del principio de legalidad en la implementación de los crímenes internacionales en el derecho interno peruano

4.5.1 La implementación de los crímenes internacionales en Latinoamérica

Kai Ambos (2003) sostiene que existen tres opciones de implementación de las normas del Estatuto de Roma. Una de estas opciones es la que denomina *opción cero*, que, según afirma dicho autor, en realidad, no es una opción ya que en ese supuesto no hay implementación alguna del Estatuto de

Roma. Otra opción consiste en una *implementación limitada*, mediante la adopción de normas que protejan la administración de justicia de la Corte Penal Internacional y normas procesales de cooperación internacional con la Corte Penal Internacional. Por último, Kai Ambos señala que hay una tercera opción que consiste en una *implementación completa o total* del Estatuto de Roma, que comprende, de un lado, un modelo de referencia, que consiste ya sea en la aplicación directa, una referencia al Estatuto de Roma o bien en una adopción literal de sus disposiciones, y, de otro lado, un modelo de codificación especial, que consiste en una implementación modificada o nueva en la parte especial del Código Penal o la dación de una ley especial. (pp. 26 y 31).

Siguiendo el planteamiento desarrollado por Kai Ambos, en general, puede afirmarse que, en América Latina, son 3 los países que han adoptado una implementación completa del Estatuto de Roma, siguiendo un modelo de codificación especial mediante la dación de una Ley especial de implementación de los crímenes internacionales.

Encontramos, en primer lugar, a Uruguay, que, con la publicación de la Ley N°. 18.026 el 4 de octubre de 2006, se convirtió en el primer país sudamericano en implementar el Estatuto de Roma.⁷⁵ Luego, tenemos a Argentina, con la dación de la Ley 26200 publicada el 9 de enero de 2007⁷⁶ y, finalmente, hallamos a Chile, con la promulgación de la Ley N°. 20.357 el 26 de junio de 2009.⁷⁷ Esta última Ley, sin embargo, ha sido criticada por la doctrina porque contiene una regulación normativa que limita la aplicación de los crímenes internacionales del Estatuto de Roma (Cárdenas, 2010). A diferencia de esto, las Leyes de implementación de Uruguay y Argentina remiten al Estatuto de Roma en aquello que no se encuentra previsto, de modo que es improbable que se presenten casos donde pueda alegarse la vulneración del principio de

⁷⁵ En: https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes-promulgadas?Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=01-01-2002&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=20-08-2018&page=40, última visita: 20 de agosto de 2018.

⁷⁶ En: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/9108731/20070109>, última visita: 19 de agosto de 2018.

⁷⁷ En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297&buscar=ley+20357>, última visita: el 20 de agosto de 2018.

legalidad penal por ausencia de tipificación de los crímenes internacionales en la legislación interna de dichas naciones.

Un caso diverso corresponde al derecho interno de países como Bolivia, Colombia, Ecuador, México y Paraguay que optan por tipificar en sus respectivos Códigos Penales los crímenes internacionales.

El gobierno de Bolivia, por ejemplo, en el mes de diciembre de 2017, promulgó un nuevo Código Penal, denominado “Código del Sistema Penal”, que, además de reunir en un sólo texto normas sustantivas como procesales, regulaba en sus artículos 80, 81 y 82 el crimen de genocidio, el crimen de lesa humanidad y los crímenes de guerra, respectivamente.⁷⁸ Sin embargo, debido a que su promulgación generó críticas, protestas y conflictos sociales en diversos sectores de la población, el Código del Sistema Penal de Bolivia fue abrogado en enero de 2018, lo que significó que recobrara vigencia el Código Penal de 1973 que únicamente regula el crimen de genocidio en su artículo 138.⁷⁹

El Código Penal de Colombia del año 2000 (artículos 101, 102, 135 a 164)⁸⁰, el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (artículos 79 a 81 y 86 a 90), vigente desde el 2014,⁸¹ el Código Penal Federal de México (artículos 149 y 149-Bis), que data del año 1931,⁸² y el Código Penal de Paraguay de 1997 (artículos 391 y 320)⁸³ contienen descripciones normativas referidas a los crímenes internacionales, con menor o mayor extensión en su configuración que se asemeja al Estatuto de Roma, en un intento por reflejar los prescripciones normativas de éste.

⁷⁸ En: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/PL-122-2017%20C%C3%B3digo%20del%20Sistema%20Penal.pdf>, última visita: 20 de agosto de 2018.

⁷⁹ En: https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf, última visita: 20 de agosto de 2018.

⁸⁰ En: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html, última visita: 20 de agosto de 2018.

⁸¹ En: https://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf, última visita: 20 de agosto de 2018.

⁸² En: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_210618.pdf, última visita: 20 de agosto de 2018.

⁸³ En: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Privacidad/Ley1160.pdf>, visitada el 20 de agosto de 2018.

No obstante, la omisión o vacío de regulación de los crímenes internacionales, en unos casos, y la deficiente descripción normativa, en otros, como sucede en el caso de Perú, posibilita la existencia de un espacio normativo de impunidad que permite que los autores de graves crímenes contra los derechos humanos puedan basar su defensa en la ausencia de tipificación penal y, por tanto, la atipicidad de su conducta.

Las legislaciones latinoamericanas comentadas, en el fondo, logran convertir en ineficaz la aplicación de los crímenes internacionales del Estatuto de Roma y posibilitan la postergación de su vigencia efectiva hasta que exista una real y verdadera voluntad política de los gobernantes de cada nación de promover, aprobar y promulgar una ley que implemente o regula los crímenes internacionales en su legislación interna. Esto tiene, a su vez, una consecuencia práctica negativa, ya que hechos delictivos que bien podrían ser calificados como crímenes internacionales no puedan ser investigados, procesados y, eventualmente, sancionados, con la consiguiente impunidad de las serias y graves lesiones a los derechos humanos cometidas.

4.5.2 El principio de legalidad penal y la implementación de los crímenes internacionales

En esta fase, podemos plantear la cuestión de si la aplicación directa de los crímenes internacionales en el derecho interno, en virtud del principio de legalidad penal, puede constituir o no una forma u opción de implementación del Estatuto de Roma.

Para responder esta interrogante debemos recordar que, desde el ámbito del derecho internacional, el principio de legalidad penal está conformado tanto por el derecho interno como por el derecho internacional. Luego, la aplicación del principio de legalidad no puede constituir una forma de implementar los crímenes internacionales, porque éstos se encuentran contenidos en la base misma de la estructura del principio de legalidad penal.

En otras palabras, la aplicación directa del Estatuto de Roma y de los crímenes internacionales, en los casos de vacío, omisión o deficiencias legislativas internas, no representa una opción de implementación sino más bien una toma de posición en función de la concepción que se asuma sobre el contenido del principio de legalidad penal.

Expliquemos esta afirmación. Si, de un lado, asumimos, de antemano, como válida la postura clásica del principio de legalidad penal, no genera ninguna duda que los crímenes internacionales sólo podrán ser aplicados en la medida que se encuentren tipificados en el derecho interno o nacional.

Si, por el contrario, dejamos de lado esa posición clásica y consideramos que el principio de legalidad penal comprende el derecho interno así como el derecho internacional, entonces, no hay ningún obstáculo ni inconveniente alguno para la aplicación directa de los crímenes internacionales del Estatuto de Roma, a pesar de que no exista regulación en el derecho interno o la que éste contenga sea deficiente.

Esa es la perspectiva que proporciona el derecho internacional sobre el contenido del principio de legalidad penal, que, ciertamente, no coincide con la perspectiva clásica que adopta la doctrina del derecho penal.

Un sector de la doctrina pareciera aceptar, parcialmente, la perspectiva del derecho internacional cuando sostiene que, en el ámbito de los crímenes internacionales, el principio de legalidad penal se relativiza (Delgado, 2016: p. 148) o cuando señala que el derecho penal internacional flexibiliza el principio de legalidad (Montoya, 2007: p. 45; Perdomo, 2006: p. 49), con lo cual se estaría reconociendo, implícitamente, que los crímenes internacionales del Estatuto de Roma sí pueden ser aplicados directamente cuando exista un vacío u omisión legislativa en el derecho interno o este sea deficiente legislación en los casos de graves lesiones a los derechos humanos.

En realidad, el derecho internacional o el derecho penal internacional, si se quiere, no relativiza ni flexibiliza el principio de legalidad, esto porque, desde la primera vez que fue plasmado en un instrumento internacional, como es la

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el principio de legalidad penal fue configurado para comprender aquellos crímenes que estableciera el derecho internacional o, para decirlo en términos sencillos, fue estructurado de manera que su contenido comprenda la aplicación del derecho internacional.

Justamente a eso se refiere el artículo 11, inciso 2, de la Declaración Universal cuando señala que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho internacional” y también el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 cuando precisa que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.”⁸⁴

De esta manera, las deficiencias y omisiones del Código Penal Peruano pueden verse superadas y cubiertas mediante la aplicación directa de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma si entendemos y aceptamos que el contenido del principio de legalidad penal comprende también el derecho internacional o las prescripciones de carácter criminal que éste determina.

No será necesario, entonces, la promulgación de una ley de implementación ni modificar el Código Penal o esperar la voluntad política de los gobernantes o legisladores, porque el principio de legalidad, entendido desde la perspectiva del derecho internacional, es garantía de lucha contra las graves violaciones a los derechos humanos y la impunidad, en naciones como las de este lado del continente cuya historia política demuestra la fragilidad de sus democracias, siempre al borde del quiebre constitucional y de las dictaduras cíclicas que permiten y alientan tales graves crímenes.

⁸⁴ Conforme ya tuvimos oportunidad de estudiar en el apartado 2.3.

Conclusiones

1. Aunque pareciera ser que el principio de legalidad penal siempre ha estado presente en la historia de la humanidad y de la ciencia del derecho, su aparición es reciente e, históricamente, tiene una vigencia que no sobrepasa los dos siglos y medio.

Su origen podemos hallarlo en la época de la Ilustración (siglo XVIII) como una reacción contra la ambigüedad de las leyes penales, la crueldad de los castigos y el excesivo poder discrecional de los jueces en la creación de los delitos y la imposición de las penas, que imperaba en la Edad Media y en el Antiguo Régimen. En estos períodos históricos previos a la Ilustración, la ausencia de una legislación clara y precisa que fijara los delitos y las penas era una característica común y se facultaba a los jueces para crear figuras delictivas e imponer sanciones recurriendo a la costumbre, a la analogía o a su arbitrio judicial.

Filósofos connotados como Hobbes y Kant ya parecían referirse en sus escritos iniciales al principio de legalidad penal como base de sus respectivas filosofías políticas. Montesquieu y Beccaria, por su lado, reaccionaron contra la crueldad y severidad de las penas, siendo Beccaria quien en su famoso libro *De los delitos y las penas* afirma que sólo mediante las leyes pueden establecerse los delitos y las penas.

2. La sistematización y construcción teórica del principio de legalidad penal, sin embargo, llegaría recién a inicios del siglo XIX, en 1801, con Feuerbach en su obra *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* quien lo plasma en latín con las expresiones *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali*.

La influencia generada por la obra de Feuerbach sería recibida con absoluta unanimidad por la doctrina del derecho penal, la que, a partir de

entonces, le asignaría un contenido específico que comprende cuatro postulados, mandatos o prohibiciones: la prohibición de indeterminación, la prohibición de retroactividad, la prohibición de analogía y la prohibición del derecho consuetudinario.

No obstante, todo ello sería sólo un primer momento en la evolución del contenido del principio de legalidad penal. Culminada la Segunda Guerra Mundial, volvería a ser configurado con una estructura propia pero esta vez desde el ámbito del derecho internacional.

3. La disciplina jurídica del derecho internacional con sus características y fuentes singulares reconfiguraría el contenido del principio de legalidad penal a través de la suscripción y ratificación de diversos instrumentos y tratados internacionales de protección de los derechos humanos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La obligatoriedad de cumplimiento de estos últimos se encuentra apoyada en los principios del *pacta sunt servanda* y de la buena fe reconocidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Muchos o prácticamente todos esos instrumentos y tratados internacionales sobre derechos humanos se elaboraron luego de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial. Sobre la base de ellos, el principio de legalidad penal llegaría a tener un alcance más amplio que el asignado por la doctrina del derecho penal, esto, con el fin de lograr una protección real y más efectiva contra las graves violaciones a los derechos humanos. La ley penal interna ya no volverá a ser más la fuente exclusiva de configuración de los delitos.

Desde la perspectiva del derecho internacional, el contenido del principio de legalidad penal comprende la aplicación de las normas del derecho interno así como la aplicación de las normas del derecho internacional, con lo cual el derecho internacional pasa a convertirse en fuente de creación de los delitos y el principio de legalidad penal abarcará un conjunto más amplio de conductas

delictivas que no sólo estarán contenidas en la legislación interna sino también en la legislación internacional, combatiéndose así la impunidad.

4. Dentro de la jurisdicción de los Tribunales Internacionales resalta la importante labor del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en la configuración de la estructura del principio de legalidad penal desde el ámbito del derecho internacional, que lo distingue de otros Tribunales. El principio de legalidad penal exige, nos dice el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, que una persona puede ser hallada culpable por actos que constituirían crímenes según el derecho internacional en el momento de su comisión.

5. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que criminaliza las graves violaciones a los derechos humanos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión, establece el principio de legalidad penal como uno de sus principios generales. Sin embargo, no lo configura siguiendo totalmente lo proclamado por la doctrina del derecho penal, sino más bien, desde la óptica del derecho internacional, estructurándolo para comprender cualquier conducta delictiva que, no hallándose prevista en el propio Estatuto, se encuentre tipificada como crimen en el derecho internacional.

6. En nuestro ámbito interno, el principio de legalidad penal tiene rango constitucional al encontrarse previsto en el artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución del Estado Peruano cuando aquí se establece que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano ha servido para dar forma al contenido del principio de legalidad penal, que no difiere en mucho de lo ya establecido por la doctrina del derecho penal. No aborda, sin embargo, todos los aspectos del principio de legalidad ni entra a discutir o desarrollar el tema vinculado a la aplicación de las normas de derecho internacional.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa N°. 27517, publicada el 16 de setiembre de 2001, y posteriormente ratificado mediante el Decreto Supremo N°. 079-2001-RE, publicado el 9 de octubre del mismo año. Pese a los años transcurridos desde su aprobación y ratificación, el Estado peruano aún no se ha ocupado de adecuar la legislación penal interna para incorporar los crímenes internacionales que consagra el Estatuto de Roma.

7. El Código Penal Peruano contiene serios problemas de tipificación de los crímenes internacionales. Con una técnica legislativa deficiente que se traduce en la escasa y ausente regulación de la norma internacional en materia de los crímenes internacionales, nuestro derecho interno padece una severa crisis legislativa que no garantiza una protección efectiva contra las graves violaciones a los derechos humanos.

Esa deficiencia legislativa, dado un caso determinado, podría generar impunidad a la hora de investigar, juzgar y sancionar como delito común un hecho que bien podría configurar o encajar dentro de alguna de las modalidades de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma. Un claro ejemplo de esto es, precisamente, lo que ocurrió en el caso del expresidente peruano Alberto Fujimori, que fue investigado, juzgado y sentenciado por delitos comunes, pero no por cometer graves violaciones a los derechos humanos.

8. La consecuencia de asumir una posición teórica que postula que el principio de legalidad penal sólo comprende aquello que está contemplado en el derecho interno ocasionó que Alberto Fujimori sea sentenciado por delitos comunes. Esta fue, como se decía en la Introducción, la salida más simple o fácil, pero no la más justa, de ahí que para enfrentar esta situación, probablemente, se haya calificado los hechos como crímenes de lesa humanidad, mas sólo como mera declaración.

9. La otra posible solución hubiese implicado asumir una posición desde el derecho internacional, postulando que el principio de legalidad penal comprende tanto las normas del derecho interno como las normas del derecho internacional y, sobre la base de esto, los crímenes internacionales del Estatuto de Roma pueden ser aplicados directamente ante una regulación interna deficiente o ausente, sin más.

Esa es la tesis que se ha tratado de defender en la presente investigación y que se ha logrado verificar no sólo a partir de la doctrina del derecho internacional, sino también del estudio y análisis de los distintos instrumentos y tratados internacionales sobre derechos humanos que reconocen el principio de legalidad penal como tal, así como la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Justicia que han construido su contenido apartándolo de su inicial formulación proporcionada por la doctrina del derecho penal, en aras de una mayor y mejor protección de los derechos humanos y evitar y luchar contra la impunidad de los serios crímenes contra la humanidad.



Bibliografía

- Álvarez, F., (2009). *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ambos, K. y Malarino, E., (Editores), (2003). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer.
- (2011), Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Con Informes de América Latina, Alemania y España, Bogotá-Montevideo: Temis-Konrad Adenauer.
- Antolisei, F., (1988). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- Bacigalupo, E., (1996). *Manual de derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Basave, A., (2001). *Filosofía del derecho internacional. Iusfilosofía y politosofía de la sociedad mundial*. México, Distrito Federal: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Beccaria, C., (2014). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Berdugo, I. et al., (1996). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Praxis.
- Bramont, L., (1950). *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*. Lima: Librería Mundial de Roberto Meza Simich y Cía.
- Bustos, J., (1994). *Introducción al derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- (2004). *Obras completas*. Tomo I. Lima: Ara Editores.
- Cárdenas, C., (2010). *La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley 20.357*, en: Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 23, N° 2, pp. 23-44, recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200002
- Chamorro, A. y Llatas, L., (2003). *Implementación del derecho interno al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con especial énfasis al Código Penal*, recuperado de: http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/temas/estatuto_roma/documento.pdf.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Actas y Documentos de la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 (trabajos preparatorios o travaux préparatoires)*, recuperado de:

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Congreso de la República de Perú: <http://www.congreso.gob.pe/>

Corcoy, M., (2010). La interpretación en derecho penal. *Favor libertatis versus favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*. En, Luzón, D-M. (Dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, (pp. 143-174, Madrid: La Ley.

Cordón, F., (2002). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Navarra: Aranzadi.

Corte Europea de Derechos Humanos:

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>

Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

Costa, F., (1953). *El delito y la pena en la historia de la filosofía*. México, D.F.: UTEHA.

Cury, E., (1991). *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

Diario Oficial "El Peruano", Separata "Normas Legales". Año XIX, N°. 7779.

Diez de Velasco, M., (1980). *Instituciones de derecho internacional público*. Tomo I. Madrid: Tecnos.

Dondé, J., (2010). *Principio de legalidad penal. Perspectivas del derecho nacional e internacional*. México, Distrito Federal: Porrúa.

Duchhardt, H., (1992). *La época del Absolutismo*. Madrid: Alianza Editorial.

Einstein, A., (2004). *Mis ideas y opiniones*. Barcelona: RBA Coleccionables.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en:

http://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>

Fernández, D., (2011). *Atipicidad de los crímenes de lesa humanidad, una revisión del caso colombiano*, en Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 20, Medellín, pág. 24, recuperado de:

<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a02.pdf>

Fernández-Pacheco, C., (2008). La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina, recuperado de:

<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9005/1/La%20jurisprudencia%20espa%C3%B1ola%20en%20aplicaci%C3%B3n%20del%20principio%20de%20jurisdicci%C3%B3n%20universal.pdf>

Ferrajoli, L., (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota.

Feuerbach, P., (1969). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi.

Fierro, G., (2003). *Legalidad y retroactividad de las normas penales*. Buenos Aires: Hammurabi.

Fontán, C., (1998). *Derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

García de Enterría, E., (2001). *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Civitas.

García-Pablos, A., (2009). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Jurista Editores.

Garrido, M., (2001). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Gil, A., (1999). *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Alzira: Centro Francisco Tomás y Valiente-UNED.

----- (2013a). *Derecho Penal Internacional I: Nacimiento y desarrollo histórico. Tribunales Penales Internacionales a la actualidad*. Granada: Universidad de Granada-Instituto de Altos Estudios Universitarios.

----- (2013b). *Derecho Penal II: Los crímenes internacionales*. Granada: Universidad de Granada-Instituto de Altos Estudios Universitarios.

Gómez, C., (2012). *Derecho penal en la Edad Media*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez-Robledo, A., (2008). *Derecho Internacional. Temas Selectos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F.: p. 755, recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2610>

Guerrero, H. y Sirvent, María (Coordinadores). *Manual para la implementación del Estatuto de Roma en la legislación mexicana*. México: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, recuperado de:

<http://cmdpdh.org/wp-content/uploads/2013/01/manualcpi.pdf>.

- Gutiérrez, C. y Cervell, M., (2012). *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*. Madrid: Trotta.
- Hobbes, T., (2013). *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Estudio preliminar, traducción y notas de Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Tecnos.
- (2014). *Leviathan*. Hertfordshire: Wordsworth Editions Limited.
- Hassemer, W., (1995). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Herdegen, M., (2005). *Derecho internacional público*. México, D. F.: Universidad Autónoma de México-Konrad Adenauer Stiftung.
- Hruschka, J., (2012). Kant, Feuerbach y los fundamentos del derecho penal. En, Montiel, J. (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* (pp. 87-106), Madrid: Marcial Pons.
- Instituto de Defensa Legal, (2011). *Extradición, juicio y condena de Alberto Fujimori*, Lima.
- Inzunza, E., (2009). *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jakobs, G., (1997). *Derecho penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H-H., (1981). *Tratado de derecho penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.
- Jiménez de Aréchaga, E., (2004). Responsabilidad internacional. En, Sorensen, M. (Comp.), *Manual de derecho internacional público*, (pp. 506-568<). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez de Asúa, L., (1958). *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana.
- (1964). *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Buenos Aires: Losada.
- (1995). *Lecciones de derecho penal*. México, D. F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- (2001). *Delitos internacionales política criminal internacional y otros temas penales*. México: Editorial Jurídica.
- Kant, I., (1873). *Principios metafísicos del derecho*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez. Traducción de G. Lizárraga. Versión digitalizada por la Universidad de Sevilla, recuperado de:

<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>

- (1989). *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos.
- Larenz, K., (1985). *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas.
- López de Oñate, F., (1953). *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mendoza, S. (2011). La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: El caso Scilingo, recuperado de:
<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/145/79>
- Mezger, E., (1958). *Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir, S., (2011). *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Montesquieu, (2002). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Istmo.
- Montoya, I., (2007). El derecho internacional y los delitos, en: Macedo, F. (Coord.). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP-Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Munck, T., (2013). *Historia social de la Ilustración*. Barcelona: Crítica.
- Naciones Unidas, (1971). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Períodos de sesiones primero y segundo. Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969. Documentos oficiales. Documentos de la Conferencia*, (pp. 311-326), Nueva York: Naciones Unidas, recuperado de:
<https://www.dipublico.org/conferencias/tratados/A-CONF.39-11-Add.2.pdf>
- Naucke, W., (2000). La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. En, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), *La insostenible situación del derecho penal*, (pp. 531-549), Granada: Comares.
- Nieto, A., (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

- Novak, F., y García-Corrochano, L., (2003). *Derecho internacional público*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Novak, F. y Namihás, S., (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Novoa, E., (1960). *Curso de derecho penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Nuñez, R., (1999). *Manual de derecho penal*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2004). *Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Parry, C., (2004). Función del derecho en la comunidad internacional. En, Sorensen, M. (Comp.), *Manual de derecho internacional público*, (pp. 53-97). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Perdomo, J., (2006). *Justicia Penal Internacional. Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistía*. Lima: Grijley.
- Pérez, N., (1984). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas.
- Poder Judicial de Perú:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_Inicio/
- Polaino, M., (2004). *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Grijley.
- Prieto, L., (2007). *La filosofía penal de la ilustración*. Lima: Palestra.
- Remiro, A., Riquelme, R., Orihuela, E., Díez-Hochleitner, J. y Pérez-Prat, L., (2010). *Derecho Internacional. Curso general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Reuter, P., (1982). *Derecho internacional público*. Barcelona: Bosch.
- Reyes, C., (2007). *Teoría General del Derecho Internacional Penal: Una aproximación histórico-evolutiva*. Universidad Internacional de Andalucía, recuperado de:
http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/67/0026_Reyes.pdf?sequence=1
- Robertson, G., (2008). *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*. Madrid: Siglo XXI.

- Rodríguez, A. (s/f). Una propuesta venezolana de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, recuperado de:
http://cienciaspenales.files.wordpress.com/2009/08/una_propuesta_venezolana.pdf
- Rousseau, Ch., (1966). *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel.
- Roxin, C., (1997). *Derecho penal*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- Ruiz, A., (2003). *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sáinz, J., (1985). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Barcelona: Bosch.
- Servín, C., 2013, *La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional*, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 139, Enero-Abril 2014, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp.213-214, recuperado de:
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4864/6215>
- Silvestroni, M., (2004). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Tena, R., (2014). El principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus* en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En, Soriano, C. (Coord.), *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*, (pp. 405-427), México, D. F.: Novum.
- Thompson, J., (2014). *Justicia Penal y Derechos Humanos en América Latina*. Granada: Universidad de Granada-Instituto de Altos Estudios Universitarios.
- Todorov, T., (2016). *El espíritu de la Ilustración*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Tribunal Constitucional de Perú: <http://www.tc.gob.pe/tc/public/>
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: <http://www.icty.org/en>
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda: <http://unictr.unmict.org/en/tribunal>
- Vergara, A., (2013). *Derecho internacional público*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Virally, M., (2004). Fuentes del derecho internacional. En, Sorensen, M. (Comp.), *Manual de derecho internacional público*, (pp. 149-198). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Zaffaroni, E., (1998). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.



Bibliografía complementaria

Nota: La bibliografía relacionada con el derecho penal internacional, como materia jurídica, en realidad, es escasa. Esto se debe a que el derecho penal internacional es una disciplina jurídica prácticamente nueva, pues empieza a tener importancia y notoriedad recién con el establecimiento de la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma de 1998; aunque ya existían avances en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales anteriores a su creación y en la doctrina internacional extranjera. Ello explica por qué, en nuestro ámbito, el derecho penal internacional aún no ha tenido la repercusión esperada ni un desarrollo notable, al punto que no se enseña en las facultades de derecho como materia jurídica autónoma y no existe una maestría o una especialización en esta disciplina jurídica. Explica también por qué en nuestro ámbito nacional únicamente exista un solo libro, publicado el año 2017 por el Fondo Editorial de la PUCP, referido puntualmente al Derecho Penal Internacional. La bibliografía que se presenta a continuación, si bien fue revisada previamente a la elaboración de la presente tesis, no ha sido considerada en la bibliografía principal por la sencilla razón de que no aborda el tema de tesis que aquí se postula. No obstante, se pone a disposición para un mayor estudio y muestra de las diversas discusiones y problemas que se abordan en esta nueva disciplina del derecho penal internacional.

Ambos, K., (2005). *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Berlín-Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.

----- (2007). *Estudios de derecho penal internacional*. Lima: Idemsa.

----- (2011). *Ensayos actuales sobre derecho penal internacional y europeo*. Lima: Grijley.

Ambos, K., Malarino, E., y Woischnik, J. (2005). *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Berlín-Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.

Aponte, A., (2010). *Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá: Ibañez.

Bassiouni, M., (1999)., *Crimes against humanity in international criminal law*. The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International.

Bermúdez, M. (Coord.), (2009). *El caso Fujimori: Análisis y comentarios*. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

Blanc, A., (1990). *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch.

- Boas, G., Schabas, W., & Scharf, M., (2012). *International criminal justice. Legitimacy and coherence*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.
- Burneo, J., (2011). *Globalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional*. Cuaderno de Trabajo N° 21. Lima: Departamento Académico de Derecho- Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2017). *Derecho penal internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Caro, J., (2014). *El delito de lesa humanidad. Respuesta a algunos problemas interpretativo*. Lima: Ideas Solución Editorial SAC.
- Carrillo, J. (Coord.), (2000). *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Cassese, A. y Delmas-Marty, M., (2004). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá: Norma.
- Comisión Andina de Juristas, (2007). *La Corte Penal Internacional y los países andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Delgado, P., (2016). *Crímenes internacionales. Implementación del Estatuto de Roma al Código Penal Peruano*. Lima: Motivensa.
- Estrada, M., (2008). *La implementación de la judicatura de la Corte Penal Internacional en el Perú*. Arequipa: Adrus.
- Garrido, F. y Faggiani, V., (2013). *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional. La Corte Penal Internacional*. Granada: Comares.
- Gil, A., (1999). *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos.
- Guerrero, S., (2014). *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*. Navarra: Aranzadi.
- Guevara, J. y Dal Maso, T. (Comp.), (2005). *La Corte Penal Internacional: Una visión iberoamericana*. México, DF: Porrúa.
- Jaén, M., (2006). *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier.
- Kerr, R., (2004). *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. An exercise in Law, Politics, and Diplomacy*. New York : Oxford University Press Inc.

- Lee., R., (2002). *The International Criminal Court. Making of the Rome Statute*. The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International.
- Lemkin, R., (2015). *Genocidio. Escritos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lirola, I. y Martínez, M., (2001). *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*. Barcelona: Ariel.
- Lledó, R., (2000). *Derecho Internacional Penal*. Santiago de Chile: Congreso.
- Malarino, E., (2012). *Derechos humanos y derecho penal. Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Ibañez.
- Mejía, J. y Sandoval, J., (2013). *Derecho penal internacional y derecho internacional penal*. Medellín: Universidad de Medellín-Biblioteca Jurídica Diké.
- Mettraux, G., (2005). *International Crimes and the ad hoc Tribunals*. New York: Oxford University Press Inc.
- Monroy., M., (2011). *Introducción al derecho penal internacional*. Bogotá: Legis.
- Nino, C., (2015). *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Ntoubandi, F., (2007). *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Pereira, M., (2016). *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad. Estructuras institucionales incuas y responsabilidad penal internacional*. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda.
- Pérez, M. y Lascurain, J. (dirs.), (2016). *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Quispe, F. y Bustamante, R. (Coord.), (2011). *Derechos humanos y lucha contra la impunidad. El caso Fujimori*. Madrid-Lima: Dykinson-Palestra.
- Pastor, D., (2009). *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Ibañez.
- Perot, P., (2011). *Servir al estado de derecho. Persecución penal de delitos contra la humanidad en Argentina*. Madrid: Dykinson.
- Rueda, C., (2001). *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*. Barcelona: Bosch.

- Salmón, E., (2014). *La condena de Alberto Fujimori y el derecho internacional de los derechos humanos: un capítulo fundamental de la lucha contra la impunidad en Perú*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia.
- Schabas, W., (2002). *Genocide in international law. The crimes of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shelton, E., (2000). *Human rights: The role of the International Criminal Court*. New York: Transnational Publishers, Inc.
- Sunga, L., (1992). *Individual responsibility in international law for serious human rights violations*. Dordrecht/Boston /London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Torres M. y Bou, V., (2004). *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Yáñez, J., (2001). *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional*. Madrid: Casa de América.
- Vervaele, J., (2015). *Internacionalización del derecho penal y procesal penal: necesidades y desafío*. Lima: Jurista Editores-CEDPE.
- Zolo, D., (2007). *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trota.

Anexo 1

Casos jurisprudenciales estudiados

A) Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. sentencia de fecha 30 de mayo de 1999.
- Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001.
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2001.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de fecha 31 de agosto de 2004.
- Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004.
- Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Caso *The Sunday Times versus The United Kingdom*, decisión de fecha 26 de abril de 1979.
- Caso *Kokkinakis v. Greece*, decisión de fecha 25 de mayo de 1993.
- Caso *Cantoni v. Francia*, decisión de fecha 11 de noviembre de 1996.
- Caso *Kononov v. Latvia*, decisión de fecha 17 de mayo de 2010.
- Caso *Del Rio Prada vs. España*, decisión de fecha 21 de octubre de 2013.

C) Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

- Caso No. IT-94-1-T, *Duško Tadić a/k/a "Dule"*, decisión de fecha 7 de mayo de 1997.
- Caso N°. IT-96-21-T, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić ("Pavo") y Hazim Delić Esad Landžo ("Zenga")*, decisión de fecha 16 de noviembre de 1998.
- Caso No. IT-95-14/1-A, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, fallo de 24 de marzo de 2000.

- Caso N° IT-99-37-AR72, *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, fallo de fecha 21 de mayo de 2003.
- Caso No. IT-01-47-PT, *Prosecutor v. Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura*, decisión sobre la impugnación conjunta a la jurisdicción, de fecha 12 de noviembre de 2002.

D) Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

- Caso No. ICTR-95-1-T, *The Prosecutor versus Clément Kayishema y Obed Ruzindana*, decisión de 21 de mayo de 1999.
- Caso N°. ICTR-96-15-T, *Le Procureur contre Joseph Kanyabashi*, decisión de fecha 18 de junio de 1997.

E) Tribunal Constitucional de Perú

- Sentencia de fecha 3 de enero de 2003 dictada en el Expediente N°. 010-2002-AI/TC.
- Sentencia del caso Carlos Israel Ramoa Colque de fecha 16 de abril de 2003 emitida en el Expediente N°. 02050-2002-AA/TC.
- Sentencia del caso Pesquera Flor de Ilo S.A.C, de fecha 29 de agosto de 2008, dictada en el Expediente N°. 10106-2006-AA/TC.
- Sentencia del caso José Antonio Silva Vallejo, de fecha 5 de diciembre de 2008, dictada en el Expediente N°.02250-2007-PA/TC.
- Sentencia del caso Javier Pedro Flores Arocutipá, de fecha 24 de agosto de 2010, dictada en el Expediente N°.00197-2010-PA/TC.
- Sentencias del caso Pesquera Alejandría S.A.C., de fecha 10 de febrero de 2009, dictada en el Expediente N°.03426-2006-AA/TC.
- Sentencias del caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, de fecha 11 de octubre de 2004, dictada en el Expediente N°. 02192-2004-AA/TC.
- Sentencia del caso Genaro Villegas Namuche, de fecha 18 de marzo de 2004, dictada en el Expediente N°. 2488-2002-HC/TC
- Sentencia del caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, de fecha 23 de noviembre de 2004, emitida en el Expediente N°. 2758-2004-HC/TC.
- Sentencia del caso César Humberto Tineo Cabrera dictada en el Expediente N°. 00156-2012-PHC/TC.

- Sentencia del caso María Maximina Martínez Tuanama, de fecha 8 de setiembre de 2015, dictada en el Expediente N°. 07165-2013-PHC/TC.



Anexo 2

Cuadro comparativo de los crímenes internacionales tipificados en el Código Penal Peruano y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

CÓDIGO PENAL PERUANO	ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI
<p style="text-align: center;">TITULO XIV-A DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD CAPITULO I GENOCIDIO</p> <p>Genocidio – Modalidades</p> <p>Artículo 319.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Matanza de miembros del grupo. 2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo. 3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial. 4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. 5. Transferencia forzada de niños a otro grupo. 	<p style="text-align: center;">PARTE II. DE LA COMPETENCIA, LA ADMISIBILIDAD Y EL DERECHO APLICABLE</p> <p>Artículo 6 Genocidio</p> <p>A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.
<p style="text-align: center;">CAPITULO II DESAPARICION FORZADA</p> <p>Artículo 320.- Desaparición forzada de personas</p> <p>El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o a dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2).</p> <p>La pena privativa de libertad es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2), cuando la víctima:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad. b) Padece de cualquier tipo de discapacidad. c) Se encuentra en estado de gestación. 	<p>Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad</p> <p>1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. <p>2. A los efectos del párrafo 1:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos

	<p>mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;</p> <p>b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;</p> <p>c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;</p> <p>d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;</p> <p>e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;</p> <p>f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;</p> <p>g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;</p> <p>h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;</p> <p>i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.</p>
<p style="text-align: center;">CAPITULO III TORTURA</p> <p>Artículo 321.- Tortura El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años. La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Resulte con lesión grave. b. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad. c. Padece de cualquier tipo de discapacidad. d. Se encuentra en estado de gestación. 	<p style="text-align: center;">Artículo 8 Crímenes de guerra</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: <ol style="list-style-type: none"> a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: <ol style="list-style-type: none"> i) El homicidio intencional; ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

<p>e. Se encuentra detenida o recluida, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito. Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de</p> <p>Cooperación de profesional Artículo 322.- El médico o cualquier profesional sanitario que cooperara en la perpetración del delito señalado en el artículo anterior, será reprimido con la misma pena de los autores.</p>	<p>iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;</p> <p>iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;</p> <p>v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;</p> <p>vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;</p> <p>vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;</p> <p>viii) La toma de rehenes;</p> <p>b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:</p> <p>i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;</p> <p>ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;</p> <p>iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;</p> <p>iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;</p> <p>v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;</p> <p>vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;</p> <p>vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;</p> <p>viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;</p> <p>ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;</p> <p>x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;</p> <p>xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;</p> <p>xii) Declarar que no se dará cuartel;</p> <p>xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;</p>
---	---

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;

xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;

xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

xiii) Emplear veneno o armas envenenadas;

xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;

xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen

	<p>lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.</p> <p>3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.</p>
<p style="text-align: center;">Capítulo IV DISCRIMINACIÓN</p> <p>Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, iscapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.</p> <p>Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.</p>	<p style="text-align: center;">Artículo 8 bis Crimen de agresión</p> <p>1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.</p> <p>2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO V MANIPULACIÓN GENÉTICA</p> <p>Artículo 324.- Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8.</p>	