



Artículos

El principio de legalidad en el Derecho penal internacional.

¿Crisis o evolución?

*Matías Lautaro Acacio*¹

Introducción

En primer lugar, considero pertinente introducir mi trabajo con una serie de interrogantes: ¿Cómo se puede entender el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional? ¿Es completamente equiparable a aquel del derecho interno? Y si la respuesta es afirmativa, ¿Se podría decir que se encuentra en crisis? En base a lo expuesto, asumo que es importante resaltar que el Derecho Penal Internacional (DPI) se encuentra en constante formación y desarrollo, y además, no existen leyes, tal y como se conocen en el ámbito interno, por lo tanto, no sería del todo fácil lograr una equiparación del principio de legalidad del derecho interno al del Derecho Penal Internacional.

Aun así, se podría decir que este principio no solo ha representado una gran importancia para ambas ramas del derecho, sino también que se ha transformado, a lo largo del tiempo, en una garantía para la persona acusada en un juicio y en definitiva también, en un derecho humano, siendo recogido actualmente por los principales instrumentos internacionales (verbigracia: La Convención Europea de Derechos Humanos

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Correo electrónico de contacto: matiaslacacio@gmail.com. El presente trabajo fue realizado para el seminario de grado: "La Solución de conflictos en el orden internacional" en el año 2019, a cargo de las docentes Laura Maira Bono y Julia Espósito.

de 1950 en su art. 15, La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en su art. 9, La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 11.2 y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su art. 15) y regionales de derechos humanos, así como por prácticamente todas las legislaciones del mundo.

Sin embargo, como he planteado previamente, el Derecho Penal Internacional no posee una estructura normativa escrita y precisa como sucede en el ámbito interno, sino que se encuentra en constante evolución y desarrollo, motivo por el cual, la costumbre internacional tiene un gran rol, no solo en la actualidad sino también a lo largo de la historia, como sucedió en el Tribunal de Nüremberg y en los tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, debido a que además de haber configurado la principal fuente para la creación de los Estatutos de los mencionados tribunales, los jueces la tuvieron en cuenta para decidir en estos juicios, logrando de esa manera, poder interponerse frente a un principio de legalidad débil e ir progresivamente aportando al proceso de codificación o "law-making" del Derecho Penal Internacional, hasta llegar a la creación del Estatuto de Roma, en donde no solo dio lugar al nacimiento de la Corte Penal Internacional, sino también a la tipificación de los delitos que serían competencia de la misma, marcando un antes y un después en esta rama del derecho. Si bien este acontecimiento demarcó un gran avance, es de gran notoriedad que el DPI continúa poseyendo lagunas jurídicas en varias temáticas y aún se encuentra incompleto en cuanto a su codificación.

Es por ello, que en este trabajo me propongo analizar cómo se desenvuelve el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional, considerando dos precedentes históricos de gran relevancia: los juicios de Nüremberg y la creación del Estatuto de Roma, haciendo una mención breve sobre los tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, y de esa manera analizar qué impacto tuvo el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* en estos acontecimientos y verificar si éste verdaderamente evolucionó o si en realidad se encuentra en crisis.

En cuanto a mi hipótesis sobre la temática a abordar, considero que el principio de legalidad se encuentra en constante crecimiento, teniendo en cuenta que el DPI pasó a ser un derecho no escrito, a poco a poco, tener un respaldo normativo cada vez más sólido dado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que penetraron directamente en esta rama del derecho, y el estatuto de Roma de 1998, los cuales permitieron otorgarle al principio de legalidad una mayor fuerza y protagonismo, frente a una costumbre internacional fuerte y bien arraigada.

Capítulo I: El Principio de Legalidad y la Costumbre Internacional.

La Dicotomía entre la moral y la estricta legalidad.

En primer lugar, estimo que es pertinente evidenciar el constante conflicto que existe en el Derecho Penal Internacional entre la costumbre y el principio de legalidad. En cuanto a este último, es importante resaltar, como bien lo anuncia Kai Ambos (1999: 1-32), que se encuentra contemplado por cuatro diferentes formas: *lex scripta*, *lex pra-*

evia, *lex certa* y *lex stricta*. La primera, establece que una persona solo puede ser castigada por una conducta que estuviera prevista por una ley como delictiva al tiempo de su comisión, colocando a la ley como única fuente de creación del delito y excluyendo, de esa manera, a la costumbre como fuente para calificar una conducta como delictiva. La garantía de *lex praevia* se relaciona con lo explicado anteriormente, ya que exige que esa conducta delictiva debe haber sido llevada a cabo en vigencia de la mencionada ley, estableciéndose, por lo tanto, la prohibición de aplicación y creación de normas penales retroactivas que fundamenten o agraven la responsabilidad penal.

A su vez, el principio de *lex certa* pregona que la ley debe formular de manera clara y precisa las conductas delictivas, prohibiéndose de esa manera la creación de leyes penales con contenido indeterminado y ambiguo. Finalmente, el principio de *lex stricta* prohíbe la ampliación de la ley por analogía, en cuanto perjudique al imputado. Asimismo, es importante destacar que estos dos últimos principios mencionados establecen que frente a la existencia de una situación de indeterminación, duda o confusión, se debe resolver siempre a favor del acusado.

Sin embargo, el principio de *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta, Praevia, Certa et Stricta*, desde Nüremberg ha sido interpretado, si se quiere, de una forma más liberal. Y es aquí, donde me permito hacer un análisis sobre dos pensamientos doctrinarios contrapuestos que se dieron por el año 1950 y tuvieron una gran preponderancia en el derecho y que hoy en día la siguen teniendo, influyendo directamente en la aplicación del principio de legalidad en el plano del Derecho Penal Internacional: La Moral Interna (o Inner Morality) defendida por el iusnaturalista Fuller y La Estricta Legalidad (o The Strict Legality), defendida por el positivista jurídico Hart. Este último consideraba, entre otras cuestiones, que la ley debía aplicarse tal cual era, la cual no podía ampliarse por analogía y debía estar definida con suficiente claridad.

En adición, sostenía que la única forma de poder arribar a la correcta administración de justicia era aplicando estrictamente la ley y respetando los pilares básicos del principio de legalidad, el cual se debía anteponer ante cualquier situación. A su vez, y como bien lo menciona Farrell Martin (2015: 291 y ss.), consideraba que no había ningún tipo de relación entre el derecho y la moral, de hecho, una norma que confería derechos, según Hart, no necesitaba contener reglas morales, ni coincidir con ellas, y además, en lo que aquí interesa, sostenía que en casos de lagunas jurídicas no podía existir una interpretación lógica basada en principios morales, como sucedió a lo largo de la historia en el DPI (verbigracia en Nüremberg, Tokio y los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda).

Por otro lado, en contraposición de la postura adoptada por Hart, se encontraba la teoría de La Moral Interna (o Inner Morality), acogida por Fuller, el cual proponía, entre otras cosas, que la moral era un principio fundamental en el derecho y que debía ser preservada incluso al costo del principio de legalidad. Este iusnaturalista, relacionaba el concepto de moralidad con aquello que era aceptable y correcto para la época. Además, como lo evidencia Noora Arajärvi en su artículo (2010-2011: 163-183), la moral

interna, según él, debía ser tenida en cuenta en todo momento en el proceso de creación del derecho. Es por esa razón, que Fuller consideraba que en situaciones dificultosas, el juez debía recurrir a la moral para solucionarlas y a lo que era debidamente correcto para la época.

A partir de lo expuesto, consideré pertinente evidenciar esta discusión doctrinaria para analizar de qué manera influyó en la aplicación del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional, teniendo en cuenta que este último fue por mucho tiempo un derecho consuetudinario, en donde la costumbre tuvo un papel fundamental y en donde la sigue teniendo, aunque de manera mucho más atenuada, si se quiere, debido a la creación del Estatuto de Roma, el cual tuvo como fin la codificación de los delitos que iban a ser competencia de La Corte Penal Internacional, otorgando de esa manera una mayor especificidad y seguridad jurídica al Derecho Penal Internacional.

En relación con lo esgrimido, es dable enunciar que el Derecho Internacional Consuetudinario es impreciso, además de no encontrarse codificado, por lo tanto se le brinda al juez una gran discreción para resolver en determinadas situaciones. Esto último, sin embargo, representa un gran peligro atento que puede dar lugar al concepto de "tiranía de los jueces", en donde estos últimos imponen su propia moral o sus valores, apartándose de la ley escrita y existente (*lex lata*).

En este contexto, la teoría de Hart, aquella que consistía en la estricta legalidad, se encontraba realmente en crisis, debido a que requería la existencia de leyes precisas, situación que no existía en este derecho de índole mayormente consuetudinario (por lo menos hasta antes de la creación del Estatuto de Roma en 1998). En razón de ello, se podría decir que la moral tuvo una gran fuerza, la cual constituía un pilar fundamental de la costumbre, guiándola por lo que se suponía que era correcto en cuanto a la época y al contexto, haciendo entrar en una gran crisis al principio de legalidad.

Claros ejemplos de estas situaciones, como ya nombré previamente, son los juicios de Nüremberg, donde se sobrepuso la moral y la costumbre por sobre un principio de legalidad casi inexistente en el juzgamiento de los criminales nazis; de Tokio e incluso en los Tribunales para la Ex Yugoslavia o Ruanda, donde sin dudas, y como correctamente lo evidencia Noora Arajärvi (2010-2011: 163-183), las reglas que se aplicaron pertenecían al derecho consuetudinario. Justamente, una de las cuestiones más trascendentales en estos acontecimientos, es que los jueces decidieron utilizar la costumbre, la moral y analizar, a su vez, todos los principios del derecho penal e internacional por sobre la ley, para poder concluir que los acusados efectivamente sabían que sus conductas eran pasibles de una sanción y así justificar la no aplicación del principio de legalidad y la teoría de la aplicación estricta de la ley.

Por lo expuesto podríamos decir que el derecho penal internacional, por mucho tiempo, estuvo influenciado por lo moralmente correcto y la interpretación del tribunal a los casos concretos, dejando en evidencia la gran colisión entre el principio de legalidad y los estándares de la moral. A partir de esta situación, se desprende la contraposición de los conceptos de *Lex Lata* y *Lex Ferenda*. La primera hace alusión a la ley escrita y existente, al derecho tal y como es. La segunda, en cambio, hace alusión a lo que es

jurídicamente deseable y literalmente significa "con motivo de proponer una ley". En un DPI, donde la costumbre tenía y tiene una gran raigambre, como así también la moral y la opinión de la Corte, la *lex ferenda* adquiere también una notoria participación, influenciada por lo moralmente correcto, poniendo en jaque, de esa manera, al principio de legalidad.

En tal sentido, a los efectos de poder analizar de qué manera se encuentra influenciado el principio de legalidad por los conceptos enunciados *ut supra* en el DPI, considero pertinente plantear el siguiente interrogante: ¿Cómo se encuentra compuesto el Derecho Penal Internacional, por una estricta legalidad o por una fuerte moral interna? ¿Debería el principio de legalidad aplicarse de una forma más liberal, tal como sucedía en el pasado, para poder llevar a los autores de los delitos internacionales a la justicia; o las cortes criminales deberían aplicarlo de forma estricta, incluso al costo de cierta impunidad? A partir de lo redactado, podríamos derivar en el hecho de que, frente a una fuerte moral interna, como proponía Fuller, se encontraba un principio de legalidad débil, mientras que en una estricta legalidad, este principio era fuerte y acentuado.

Sin embargo, como he mencionado, el DPI, fue evolucionando y desarrollándose con el transcurrir del tiempo, pasando de una aplicación más liberal del principio de legalidad y de un predominio de la moral interna y la costumbre, hasta llegar a la creación del Estatuto de Roma, que no solo otorgó mayor resguardo al mentado principio, sino que también sentó precedente en cuanto a la codificación del Derecho Penal Internacional.

Actualmente, entiendo que ambas teorías coexisten de forma armónica, ya que existiendo todo un sistema sobre derechos humanos que influye directamente sobre todas las ramas del derecho, incluso sobre la penal internacional, sería imposible que, en ésta, no existiera determinados elementos de la moral, debido a que un sistema estrictamente legal y con un fuerte principio de legalidad, donde la ley tiene más peso que los intereses de las personas en sí, sería totalmente violatoria de derechos humanos. Además, podría implicar en determinadas situaciones, el no juzgamiento de autores de grandes delitos, totalmente atroces para los derechos humanos, por el componente de la no retroactividad de la ley.

En conclusión, sostengo que la moral debe estar limitada, ya que se podría generar un abuso del derecho, donde los mismos jueces podrían imponer sus propios valores o lo que ellos consideren "moralmente correcto", rompiendo totalmente con la buena administración de justicia y dejando al imputado en un estado de desprotección frente a la arbitrariedad del juez. Es por ello, la importancia de la relación e interpretación armónica entre estos dos conceptos, teniendo en cuenta cada caso en particular y permitiendo de esa manera una correcta aplicación del principio de legalidad.

Capítulo II. El principio de Legalidad en los tribunales criminales internacionales. Una mirada crítica hacia Nüremberg

Considero importante tomar como punto de análisis a los Juicios de Nüremberg con respecto al principio de legalidad porque no solo que con la creación de la Carta del

Tribunal de Nüremberg comenzó a darse de alguna manera el proceso de codificación del Derecho Penal Internacional, como el mismo Tribunal lo estableció : "La Carta no es un ejercicio arbitrario del poder por parte de las naciones ganadoras, sino la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en ese sentido es, en sí mismo, una contribución al Derecho Internacional" (Orta Rodríguez, 2013, p. 1); sino también porque sentó un precedente para el mismo estatuto de la Corte Penal Internacional, que recogió los principios establecidos por el Tribunal de Nüremberg para su formulación.

Sin embargo, ¿se podría decir que hubo una verdadera violación del principio de legalidad, y por lo tanto, una ilegitimidad en los Juicios de Nüremberg? En primer lugar, estimo que es importante enunciar el contexto en el cual se desarrollaron. Finalizada la Segunda Guerra Mundial, con toda Europa desbastada y con una gran cantidad de muertes, se llevaron a cabo las conferencias de Crimea y Yalta conformada por las potencias aliadas vencedoras, para determinar, entre otras cuestiones, el destino de los principales responsables de los crímenes y delitos perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial. Finalmente, fue recién en la Conferencia de Londres de 1945 en donde se determinó la creación de un Tribunal Militar Internacional, con su respectivo Estatuto, al cual se le otorgaba competencia para "el rápido y justo enjuiciamiento y castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo" (Art. 1 del Estatuto)².

Es relevante destacar, que una de las cuestiones más complejas con las que se tuvieron que enfrentar las potencias aliadas durante las conferencias de Crimea y Yalta en Londres, fue que las conductas que se querían enjuiciar, no se encontraban cubiertas por el Derecho Internacional vigente en la época, es decir, no se encontraban amparadas en ninguna norma de derecho internacional, por lo que se debía fundamentar la competencia y el Derecho aplicable a las mismas. Fue así, entonces, que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional constituyó, en principio, el derecho aplicable para juzgar a los principales criminales nazis.

En cuanto al Tribunal, su primer intervención se llevó a cabo en Nüremberg, y estuvo compuesto por cuatro miembros que representaban a cada uno de los Estados signatarios del Acuerdo de Londres. Su Estatuto, como anuncié previamente, otorgaba competencia para "enjuiciar y castigar a quienes, actuando a título personal o como miembros de organizaciones en interés de los países del Eje europeo" hubieran cometido alguno de los crímenes enunciados en su artículo 6. En dicho artículo se preveían tres categorías diferentes de delitos: Crímenes Contra La Paz (a saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados), los Crímenes

2 Esta idea fue recuperada en <https://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/1.-Los-Tribunales-Militares-Internacionales..cid210831> , la cual pertenece a La Fundación Càtedra Iberomericana, que forma parte de la Universitat de les Illes Balears, ubicada en Islas Baleares, España.

de Guerra (a saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra; en dichas violaciones se incluía el asesinato, malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes) y los crímenes de lesa humanidad (a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país en donde se perpetraron).

El 18 de octubre de 1945 se fijó la acusación de los 22 principales altos mandos nazis, que incluía líderes del partido nazi, líderes militares y civiles, y 7 organizaciones que formaban parte del Gobierno nazi, comenzando el juicio el 20 de noviembre de 1945. Una de las cosas más trascendentales de estos juicios, fue la sentencia del Tribunal Internacional Militar, la cual fue dictada a comienzos de octubre de 1946: de los acusados, doce fueron condenados a morir ahorcados, tres fueron condenados a cadena perpetua, cuatro fueron condenados a penas de prisión de entre diez y veinte años y tres, fueron absueltos.

Sin embargo, el principal problema radicó en el hecho de que, no solo se crearon categorías delictivas nuevas, principalmente los crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad, sino que se aplicaron para hechos cometidos anteriormente a la creación de estas categorías, dejando de lado un principio tan importante a la hora de enjuiciar a una persona, que es el de legalidad o "nullum crimen, nulla poena sine lege", especialmente su relación con la irretroactividad.

En conexión con lo esgrimido, se debe resaltar el primer debate que tuvo lugar en aquel contexto, el cual se encontraba intrínsecamente relacionado con la relativa y flexible aplicación del principio de legalidad tanto en el juicio de Núremberg previamente explicado, como también en los juicios de Tokio, en donde aconteció la misma situación. Respecto al principio mencionado, el Tribunal de Núremberg estableció que se debía aplicar de manera flexible para el contexto en cuestión, ya que los acusados debieron haber sabido que su actuar era ilegal, y que era contrario al derecho internacional, el cual prohibía los actos de agresión y los crímenes de guerra, reconocidos a su vez, por el derecho consuetudinario internacional. En razón de ello, era inviable la argumentación consistente en la violación del principio de nullum crimen sine lege, ya que dichas conductas ya se encontraban prohibidas por distintos instrumentos internacionales, como la Convención de La Haya de 1907 y la costumbre internacional.

Afirmar que es injusto castigar a aquellos que desafiando Tratados y garantías han atacado Estados vecinos sin advertencia alguna es obviamente falso, pues en tales circunstancias el agresor debe saber que está haciéndolo mal, y no sólo no sería injusto

castigarle, sino que se haría injusticia permitiendo su equivocación con la impunidad. (France et al. v. Göring et al., 1946, p. 444 citado en Kai Ambos, 1999, pp. 1-32)

A partir de lo expuesto, me permito evidenciar la importancia que tuvieron no solo los juicios de Nüremberg, sino los Principios establecidos en consecuencia, tanto para el DPI (debido a la incorporación de crímenes que antes no se encontraban tipificados, como los delitos de Genocidio y los Crímenes Contra la Humanidad), como también para el principio de legalidad, demarcando un antes y un después:

En el ámbito del derecho penal internacional [el principio] se redefine y su aplicación opera de manera diversa, pues sería difícil asumir que aquellos que cometen crímenes internacionales se conduzcan con total desconocimiento de la gravedad de sus actos, incluso si tales conductas no se encuentran explícitamente prohibidas por el derecho penal interno correspondiente. (Saavedra Álvarez, Yuria, 2007, Página 296, citado en Orta Rodríguez, 2013, p. 4)

Sin embargo, lo sucedido en Nüremberg, en cuanto a la relativización de un principio fundamental del Derecho que es la irretroactividad de las leyes, ¿es cuestionable?. Quizás sí, de hecho, como lo expliqué previamente, lo fue, pero personalmente considero que el análisis sobre lo sucedido debe abordarse con mayor profundidad y evaluar todo su contexto. Evitar juzgar a los responsables de los crímenes más atroces acontecidos en la historia de nuestra humanidad, dejando a 53 millones de muertos detrás, una Europa en ruinas y una guerra por estos provocada, por respetar estrictamente el principio de legalidad, conllevaría a dejarlos totalmente impunes, convirtiéndose este mismo en una coartada para los criminales y logrando un gran abuso del poder.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido por el mismo Tribunal de Nüremberg, se juzgaron conductas, las cuales, por más que no se encontraran tipificadas en el Derecho Penal Internacional, quienes las llevaron a cabo sabían que eran totalmente atroces y graves y aún así las cometieron, tornándose esa situación completamente indefendible. Es por ello, que frente a un sistema internacional incompleto, se debía llevar a cabo una solución, haciendo predominar los intereses de toda la humanidad frente a un principio de legalidad estricto. Aunque considero también, en concordancia con lo establecido por el escritor español Santiago González en un artículo del portal *El Mundo* (2014), que Nüremberg solo puede aceptarse como excepción, no como una norma y mucho menos como jurisprudencia.

En adición a lo señalado, entiendo interesante evidenciar junto a Rodrigo Lledó (2016:248), lo expuesto por Kelsen con relación a esta cuestión. Siempre partiendo de la base de que el Derecho Penal Internacional durante ese contexto era de carácter predominantemente consuetudinario, por lo tanto, si bien el reconocía que varias constituciones prohibían las leyes retroactivas y que el principio de legalidad penal era reconocido por la mayoría de las naciones civilizadas, sostenía que eso se trataba de derecho interno y no de derecho internacional, por lo que justificaba la aplicación retroactiva de los delitos por tratarse de un tribunal internacional. A su vez, el señalaba que "No hay regla de derecho internacional general consuetudinario que prohíba la promulgación de

normas con fuerza retroactiva, las llamadas leyes ex post facto" (Rodrigo Lledó, 2016, p. 248).

Si bien esta postura es sumamente criticable, ya que considero que, en conformidad con muchos doctrinarios, cuando se trata de una aplicación del derecho penal, sea de carácter nacional o internacional, se debe respetar el principio de legalidad porque no solo configura una garantía para el acusado, sino que también es aquel que le da sentido a un proceso judicial, debido a que un enjuiciamiento de un acto no penado anteriormente por una ley, carece totalmente de sentido y de lógica; Kelsen deja evidenciada la debilidad que tenía el principio de legalidad en ese momento para el Derecho Penal Internacional.

El debate en torno al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* creció, cincuenta años después, en los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, dando lugar a una enumeración de los elementos de los crímenes internacionales, sin que eso perjudicase en la práctica, la actividad de los mismos Tribunales, los que no vieron limitada significativamente su jurisdicción sobre aquellos crímenes. Lo controversial de esos Tribunales fue que se llevó a cabo una declaratoria de principios consuetudinarios jamás expresos en el pasado, aunque ya evidenciados en el anterior Tribunal de Nüremberg. Los imputados, por su parte, trataron de plantear su defensa en denunciar, una vez más y sin éxito, la falta de conocimiento por parte de estos de los comportamientos vetados y la interpretación expansiva que aquellos jueces estaban haciendo del derecho internacional.

Fue así, que el trabajo y la obra de aquellos Tribunales constituyó nuevamente la expresión de la voluntad de castigar aquellas terribles conductas contrarias a los principios de la moral existentes, haciendo prevalecer una vez más al derecho internacional consuetudinario, totalmente incompatible con el clásico principio de legalidad penal, aplicado de una forma relativa y flexible y no en el sentido literal. En este sentido, se debe enunciar, al igual que Davide Resto (2018), la opinión de los jueces del TPIY en el caso Erdemovic, en el que criticaron la estricta o excesiva aplicación del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*, haciendo notar que no se trata de un principio absoluto.

A partir de lo expuesto, podemos concluir, que el principio de legalidad sufrió una gran crisis, no solo en los procesos de Nüremberg y Tokio, sino también en aquellos Tribunales ad hoc que se crearon, como lo fue aquel para la ex Yugoslavia y Ruanda. Sin embargo, como bien lo evidenció a lo largo de este capítulo, se trataron de acontecimientos totalmente excepcionales, donde se necesitaban soluciones y respuestas frente a la comisión de grandes delitos para la historia de la humanidad.

Es por ello, que los jueces decidieron realizar una interpretación mucho más genérica y relativa del principio de legalidad, utilizando, si se quiere, la ideología de la moral interna (*inner morality*) explicada en el capítulo anterior, para poder llegar así a una correcta administración de justicia y proteger los derechos humanos de las personas que habían sido totalmente vulnerados. No es un dato menor, además, que hasta el mo-

mento, no había una codificación acerca de los delitos penales internacionales, y Nüremberg significó un gran acontecimiento en cuanto a esta problemática, ya que logró por primera vez en la historia del DPI establecer principios que luego serían recogidos por tratados internacionales e incluso por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para la normativización de esta rama del derecho.

Capítulo III: El principio de legalidad en el Derecho Internacional y en el Derecho Penal Internacional en la actualidad. Su desarrollo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Como lo expresé en el capítulo anterior, tras la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Nüremberg y Tokio, el principio de legalidad fue adquiriendo cada vez más fuerza tanto en el ámbito del derecho internacional como en el penal internacional. En cuanto al primero, fue recogido en los Tratados Internacionales, siendo el primero de ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el cual prohíbe la aplicación retroactiva de los delitos y de las penas, señalando que la conducta debe ser delictiva con anterioridad a la comisión del hecho, según el "derecho" nacional o internacional.

Sin embargo, este acontecimiento, que si bien a simple vista pareció significar un avance para el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*, entiendo que presenta aspectos negativos, principalmente relacionados con el hecho de que el término "derecho" como se utiliza, genera una gran ambigüedad, no sabiendo si hace alusión a una "ley" o a alguna otra fuente del derecho. La realidad es que el margen de interpretación en cuanto a esta cuestión es amplio, incluso se podría llegar a pensar que esta ambigüedad estaría dada por la necesidad de querer compatibilizar los sistemas de derecho de todos los Estados, tanto el civil law como el common law.

A pesar de lo dicho, entiendo interesante plantear lo establecido por Rodrigo Llegó en su artículo (2018) y es el hecho de que en realidad, la razón está dada por una cuestión más profunda y es que, como consecuencia de lo acontecido en Nüremberg y las críticas que surgieron en torno a la no aplicación del *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*, se quiso, para la elaboración de la Declaración Universal incorporar una enmienda (conocida como enmienda belga), la cual establecía que el principio de legalidad no impedía el juzgamiento y la respectiva sanción de personas que habían cometido actos en donde, al tiempo de su comisión, eran considerados como criminales en virtud de los principios generales del derecho reconocido en las naciones civilizadas. No obstante, la enmienda no fue aprobada, pero si se reformó la redacción del texto, haciéndolo más abarcativo y general, utilizando el término "derecho" nacional o internacional.

Finalmente, tiempo después, el contenido de la mencionada enmienda fue tomado tanto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 7.2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 15.2 y la Convención Americana de Derechos Humanos estableciendo que el principio de legalidad 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 reconocidos por la comunidad internacional.

A partir de lo señalado, podríamos derivar a la conclusión de que, si bien el principio de legalidad fue adquiriendo más fuerza en el ámbito del derecho internacional, ya que fue recogido por los principales Tratados Internacionales, a la vez se fue relativizando y flexibilizando mucho más, demarcando por lo tanto, una involución. Ahora bien, en lo que aquí interesa, ¿Se podría decir que esta relativización del principio influye en el ámbito del Derecho Penal Internacional? La respuesta, en sí, presenta una serie de complejidades. En primer lugar, considero pertinente analizar cómo se concibe el principio mencionado en el DPI en la actualidad, para luego arribar a la respuesta del interrogante.

Más de cincuenta años después de los juicios de Núremberg, la Comunidad Internacional ha creado un Tribunal Penal Internacional Permanente, también conocido como la Corte Penal Internacional, votándose para su Estatuto el 17 de julio de 1998 en Roma; el cual, como lo sostiene Orta Rodríguez en su artículo (2013: 29) ,fue el reflejo de la intención de la comunidad internacional de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, reafirmando de esa manera los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas a través de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

De esa manera, se otorgó seguridad jurídica, especificidad y certeza al Derecho Penal Internacional, recopilando y codificando los crímenes internacionales contenidos en la costumbre y tratados internacionales, constituyendo un intento de hacer concurrir los modelos de justicia criminal de más de 150 Estados dentro de un sistema legal más o menos aceptable para la mayoría de las delegaciones presentes en Roma. Lo expresado previamente, no solo significó un gran precedente para el DPI debido a su codificación, sino también para el mismo principio de legalidad, el cual fue recogido por el Estatuto de la CPI en su Parte III como un Principio General.

El principio *nullum crimen sine lege scripta praevia, certa et stricta*, se encuentra explícitamente contemplado en sus cuatro diferentes formas en los artículos 22, 23 y 24 del Estatuto de Roma:

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.

En el inciso 1, se puede ver claramente como el principio se centra, en cuanto a su alcance, a personas físicas, no en organizaciones ni Estados (eso no quiere decir que no alcance a las cabezas de los Estados o de gobierno que hayan cometido crímenes de genocidio, agresión o guerra, en abuso de su poder). Además, surge la noción de *lex praevia* y el tipo de jurisdicción ejercido por la Corte.

En cuanto al inciso 2, surge el concepto de *lex certa, stricta* y la prohibición de analogía, es decir, la reserva de ley escrita y el rechazo de las fuentes consuetudinarias y la prohibición por parte de la costumbre internacional de crear normas penales. Sin embargo, el inciso 3 presenta una contradicción con lo dicho anteriormente, ya que permite de alguna manera, una interpretación más amplia y flexible del principio de legalidad, denotando una clara interferencia de la costumbre y del derecho internacional sobre el Derecho Penal Internacional en cuanto a la relativización del mencionado principio.

Artículo 23 *Nulla poena sine lege*

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

De este artículo se desprende el concepto de *lex scripta*, noción relacionada con el principio de *nulla poena*, el cual se encuentra de alguna forma limitado. En conexión con lo esgrimido, las penas previstas en el Estatuto (desde los artículos 77 al 80) no especifican las distintas sanciones correspondientes a los delitos comprendidos en la jurisdicción del Tribunal, es decir, Genocidio, Delitos contra la Humanidad, Crímenes de Guerra y Agresión (artículos 5 al 8). Es por ello que la legalidad de la pena se encuentra bastante reducida, contentándose con estigmatizar la conducta como punible, fijando ciertos límites en cuanto al tipo de penas y topes máximos de privación de libertad (según el artículo 77, párrafo 1, letras a y b del Estatuto, esta puede ser la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado) y los criterios de determinación de la pena, que en general no son taxativos, cayendo de esa manera, en una generalidad y ambigüedad.

En cuanto a esto último, el artículo 78 del Estatuto de Roma, en su párrafo 1 prevé que al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, otorgando a los jueces, como bien lo evidencia Davide Resta (2018), una amplia discrecionalidad limitada sólo por la exclusión de pena de muerte y por la existencia de la pena máxima de treinta años o perpetua.

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

De este artículo, en su inciso 1, se desprenden los conceptos de *lex scripta* y *lex praevia*, los cuales dan al inculpado el derecho de ampararse en la ley en vigor al tiempo de la comisión. En caso de cambio de ley antes de dictar sentencia se ha de aplicar la que sea más favorable al imputado.

Por otro lado, considero pertinente analizar estos artículos conjuntamente con el 21, el cual establece una jerarquía para el derecho aplicable: en primer lugar deben aplicarse el Estatuto, los Elementos de los Crímenes (que de una lectura combinada con el párrafo tercero del art. 9 del Estatuto, se entienden como jerárquicamente inferiores a este) y las normas sobre procedimiento y prueba [FUENTES PRIMARIAS]; en segundo lugar los Tratados que sean de aplicación y los principios y reglas de Derecho Internacional [FUENTES SECUNDARIAS]; si lo anterior no fuera posible, serían de aplicación los principios generales de las leyes nacionales de los Estados con jurisdicción sobre los delitos, siempre y cuando sean compatibles con la ley internacional [FUENTES SUBSIDIARIAS]. De esa manera, el Tribunal puede ir de una fuente a otra hasta que encuentre la ley aplicable.

Finalmente, establece que la Corte también podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores (párrafo segundo) y la aplicación e interpretación del derecho debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos discriminatorios (párrafo tercero).

En lo que aquí interesa, considero que existe una gran contradicción entre lo establecido por los artículos anteriores en cuanto al principio de legalidad y tipicidad, donde la Corte es sólo competente para los crímenes previstos expresamente en su Estatuto y el mencionado artículo establece que van a poder ser de aplicación para el Tribunal otras fuentes externas de derecho internacional, es decir, fuentes extra-estatutarias. Este punto es sumamente cuestionable, ya que las fuentes secundarias previamente mencionadas, como bien lo menciona Davide Resto (2019), estarían conectadas a las reglas de derecho consuetudinario internacional, causando de esa manera un gran problema, ya que, el *nullum crimen, nulla poena sine lege* excluye totalmente la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional, generando en consecuencia la pérdida de validez y eficacia del mismo.

En razón de lo expuesto, es interesante evidenciar cómo continúa influyendo en la actualidad la costumbre internacional en un DPI que intentó, en gran medida, otorgar mayor certeza y protagonismo al principio de legalidad, haciéndolo desde mi punto de vista, fallar.

En adición, otra de las cuestiones criticables al Estatuto de Roma en cuanto a la temática analizada, es que se han registrado algunos artículos destinados a definir los

delitos de competencia de la Corte con cláusulas abiertas, como por ejemplo el 7, que tipifica los crímenes de lesa humanidad, en sus incisos e, g, h y k:

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad

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:

(...)e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

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;

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.

Esta situación, a mi entender, atenta también contra el principio de legalidad, principalmente con el supuesto de *lex certa* y *lex stricta*, demostrando una gran falta de determinación y precisión, generando una vaguedad y ambigüedad, otorgando al juez un gran marco de discreción para resolver.

En conclusión, si bien debo destacar el gran intento en un principio por parte del Estatuto de Roma de adoptar la teoría de la estricta legalidad o *Strict Legality* (explicada en el capítulo I) y otorgarle protagonismo al principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional, debo evidenciar cómo la costumbre y el derecho internacional influyeron, generándose un traspaso de estos últimos al DPI, provocando la pérdida de precisión y una ambigüedad, debilitando de esa manera al *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, praevia, stricta e certa*.

Conclusión

A lo largo de todo este trabajo fui analizando cómo se desarrolló el principio de legalidad a lo largo de la historia del Derecho Penal Internacional hasta el día de hoy. Personalmente entiendo que la temática debe ser abordada a partir de varios puntos de vista: en primer lugar, desde la visión procesal, más específicamente desde el debido proceso. ¿Existe un debido proceso en una rama del derecho penal en donde el principio de legalidad no es respetado en su forma literal? La respuesta a este interrogante es sin

dudas controversial, pero considero que el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* es básico para todo proceso penal y no solo porque es importante para el justo desenvolvimiento del mismo, sino también porque representa una garantía y seguridad jurídica al mismo imputado.

Acusar y procesar a alguien por un hecho que no estaba punido al momento de su comisión es totalmente injusto y carece totalmente de sentido, siendo violatorio, además, de los derechos humanos de todas las personas. Parándonos en el Derecho Penal Internacional, donde el principio de legalidad continúa siendo relativo en algunas ocasiones y adoptando quizás la postura de la estricta legalidad, llegaríamos a la conclusión, desde este punto de vista, que el principio se encuentra en crisis. Por otro lado, adoptando una postura amplia y más inclinada a la moral interna, si se quiere, podríamos derivar que en realidad el principio no se encuentra en crisis, sino en una evolución y en una redefinición del mismo.

En adición, también me gustaría analizar esta problemática en base al desarrollo del principio a lo largo de la historia: partiendo desde Nüremberg y Tokio, donde se juzgaron conductas que no estaban amparadas en ninguna norma de derecho internacional y por lo tanto, donde no se respetó el principio de legalidad, hasta la actualidad, donde existe una Corte Penal Internacional, con su propio Estatuto, en el cual no solo se encuentran las conductas delictivas que son competencia de esta, sino también en el que se encuentra reconocido al principio de legalidad como un principio general, otorgándole protagonismo y fuerza en el Derecho Penal Internacional. En este sentido, podríamos concluir que hubo una clara evolución del principio, desde el pasado hasta la actualidad.

Es a raíz de estos argumentos dados, que concluyo en el hecho de que el principio de legalidad se encuentra en una verdadera evolución en la rama del DPI. Si bien es cierto que aquí el principio se encuentra más relativizado que en el plano del derecho interno, es importante tener en cuenta que esta rama del derecho se encuentra en constante crecimiento y perfeccionamiento, incluyendo también al mismo principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Pero más allá de lo expresado, sería erróneo de mi parte negar todo el crecimiento que tuvo el mencionado principio a lo largo de la historia; lo que hoy existe en el Derecho Penal Internacional es un verdadero logro: pasar de tener un tipo de derecho totalmente incompleto a tener un verdadero Estatuto, en donde no solo se tipifican conductas delictivas, sino también en donde se hace valer al principio de legalidad, siendo adoptado por una gran cantidad de Estados y reflejando la voluntad de la comunidad internacional de progresar, de colaborar y cooperar mutuamente.

Finalmente, como anuncié previamente, considero que el principio se está redefiniendo completamente en el DPI, logrando una evolución incluso desde el punto de vista procesal. Hoy en día, el *nullum crimen nulla poena sine lege* se aplica en base a un criterio armónico entre la estricta legalidad y la moral interna: como bien ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo, nuestro Estatuto de Roma prevé cuáles son las conductas de competencia de la Corte, en principio, de forma taxativa.

Aun así, también deja lugar en algunos puntos a una interpretación de forma amplia, ya que, siendo nuestra sociedad tan compleja, donde continuamente transitamos cambios y modificaciones, cerrarse y limitarse a determinados tipos penales y omitir otros, podría significar el avance de la impunidad y la comisión de nuevos delitos atroces para la humanidad por el solo hecho de no estar incluidos en el Estatuto.

Se debe tener en cuenta que el Derecho Penal Internacional pone el foco en los delitos más graves, los cuales atentan directamente contra los derechos humanos, y es por ello que constituyen acciones que cualquiera sabría sobre su gravedad. Es como consecuencia de lo expuesto, la necesidad de que no exista una estricta legalidad, ya que podría dar lugar a todas estas situaciones mencionadas y es por esta cuestión, justamente, que entiendo que la relativización del principio de legalidad en esta rama del derecho no es una problemática, sino un logro y parte de la evolución que viene transitando el Derecho Penal Internacional.

Referencias

- Ambos, K. (1999). "Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". *Foro de Derecho Penal*, 10(1), 1-32. <https://doi.org/10.1023/A:1009495423352>
- Arajärvi, N. (s.f). *Customary International Law and the Principle of Legality in International Criminal Courts*. Academia. https://www.academia.edu/202248/Customary_International_Law_and_the_Principle_of_Legality_in_International_Criminal_Courts
- Arajärvi, N. (2010-2011). "Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality" . *Tilburg Law Review: Journal of International and European Law*, 15 (2), pp. 163-183. <http://heinonline.org>
- Barbero, N. (2017). "La ¿Relativa? Aplicación del Principio de Legalidad en Derecho Penal Internacional". *Revista Nuevo Foro Penal* 13 (89), pp. 156-173. Universidad EAFIT, Medellín. <https://doi.org/10.17230/nfp13.89.5>
- Van Schaack, B. (2010). "The Principle of Legality in International Criminal Law". Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 10-08 <https://ssrn.com/abstract=1657999>
- Farrel, Ma. (2015). "Enseñando Ética". Editorial Universidad de Palermo, Colección de Ciencias Jurídicas. Buenos Aires. Capítulo 15, página 291 y ss.
- Garzón, Ó. y Martínez, A. (2009). "Ilegitimidad de los Juicios de Nuremberg: La Versión No Oficial de la Segunda Guerra Mundial". *Criterios. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional* 2 (2) p. 265-281. <https://doi.org/10.21500/20115733.1909>

- LLEDÓ, Rodrigo (2016). "El Principio de Legalidad en el Derecho Penal Internacional". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 11, pp. 246-263 .Universidad Carlos III de Madrid, España. <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3291>
- Olasolo, H. (2007). "A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law". *Criminal Law Forum*, pp. 301-319. DOI 10.1007 / s10609-007-9042-9, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2959457>
- Pernice, D. (2015). "Critical Analysis of the Substance and Application of the Principle of Legality in International Criminal Law". Bruselas, Bélgica. Disponible en https://www.academia.edu/12427234/Critical_analysis_of_the_substance_and_application_of_the_principle_of_legality_in_international_criminal_law
- Resta, D. (2018). "El Principio Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege en el Derecho Penal Internacional, En Particular en el Estatuto de La Corte Penal Internacional" (Tesis Doctoral). Universidad de Granada, España.
- Universitat de les Illes Balears (s.f). *Los Tribunales Militares Internacionales*. Recuperado de la página de la "Universitat de les Illes Balears: <https://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/1.-Los-Tribunales-Militares-Internacionales..cid210831>
- Zuppi, A. L. (2019). "La Agresión Como Crimen Internacional ¿Una Cruzada Idealista o La Llave para Derrotar el Mal?. *Revista de Derecho Penal Internacional*, Número 2. Argentina.