

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 7, pp. 154-185

¿ES LA COSTUMBRE INTERNACIONAL UNA FUENTE CREADORA TABÚ EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL? PROPUESTA DE UN MÉTODO DE CONSTATACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL GENERAL DE NATURALEZA PENAL

Romina E. PEZZOT*

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 1 de noviembre de 2018

“...it is precisely when the acts are abhorrent and deeply shocking that the principle of legality must be most stringently applied, to ensure that the defendant is not convicted out of disgust rather than evidence, or of a non-existent crime...”

Juez Robertson¹

Resumen

En este artículo se aborda el presunto tabú que existiría alrededor de la costumbre internacional, en cuanto fuente creadora de tipos penales en el ámbito del derecho internacional penal, como consecuencia de la tensión entre esta y el principio de legalidad. Dicho tabú tendría su origen en la naturaleza no escrita que caracteriza a las reglas de derecho consuetudinarias y en las dificultades que surgen al momento de probar que son derecho positivo. Con el objeto de poner fin a este tabú es que se propone la implementación —por parte de las jurisdicciones penales locales e internacionales— de un método de constatación de una norma consuetudinaria internacional de naturaleza penal, sobre la base del “Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho

* Abogada (UBA, con honores). Profesora adjunta (int.) de Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional Humanitario en la Facultad de Derecho de la UBA. Jefa de trabajos prácticos regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA. Una primera versión de este trabajo fue expuesta en el IX Coloquio de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal: “A 40 años de la firma de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra”, organizado por el Centro de Estudios de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Azul, 17 y 18 de noviembre de 2017. La autora agradece la lectura y valiosas sugerencias formuladas por los colegas y amigos Claudia G. Gasol Varela y Sebastián Green Martínez, así como también de quienes realizaron el referato. Contacto: rpezzot@derecho.uba.ar.

¹ CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelaciones, Fiscal v. Sam Hinga Norman, Decisión sobre la moción preliminar basada en la falta de jurisdicción, Opinión en disidencia del Juez Geoffrey Robertson, 31 de mayo de 2004, parág. 12.

internacional consuetudinario” elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. La adopción e implementación de dicho método garantizaría el respeto del principio de legalidad y, de esa manera, contribuiría a reforzar la legitimidad del derecho internacional penal.

Palabras clave: Costumbre internacional – Fuentes – Principio de legalidad – Derecho Internacional Penal – Comisión de Derecho Internacional

Title: Is Custom a Taboo Source in International Criminal Law? Proposal of a Method to Determine the Existence of Customary International Criminal Norms

Abstract

This paper analyzes the apparent taboo customary law entails as a source in international criminal law, as a consequence of the tension that exists between customary law and the principle of legality. The taboo could be due to the non-written character of customary international criminal rules and the challenges to probe them as positive law. Thus, based on the “Draft conclusions on identification of customary international law” prepared by the International Law Commission, this article proposes a method to determine the existence of customary international criminal law to be implemented by national and international criminal jurisdictions. This method would ensure the observance of the principle of legality and contribute to strengthen the legitimacy of international criminal law.

Keywords: Custom – Sources – Principle of legality – International Criminal Law – International Law Commission

Sumario

I. Introducción; II. El principio de legalidad y su codificación en instrumentos jurídicos internacionales; III. ¿Es la costumbre internacional una fuente creadora tabú en el derecho internacional penal?; IV. Un método para la identificación de la costumbre internacional general de naturaleza penal; V. A modo de conclusión; VI.

Bibliografía.

I. Introducción

El principio de legalidad, también conocido como *nullum crimen sine lege*, es uno de los ejes centrales sobre los que se estructura el derecho penal —nacional e internacional—, que actúa como límite al poder punitivo de los Estados y de las jurisdicciones internacionales penales. Se caracteriza por ser un ejemplo de aquello que la doctrina internacionalista denomina como dualidad de fuentes puesto que tiene el carácter de principio general de derecho, posee también naturaleza consuetudinaria e incluso ha sido receptado en instrumentos convencionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En esencia, el principio *nullum crimen sine praevia lege* impide que un individuo sea considerado penalmente responsable por un acto u omisión que no se encontraba prohibido al momento de su comisión. De esta manera, evita la eventual arbitrariedad o discrecionalidad de los jueces y a su vez otorga la posibilidad de conocer de antemano qué conductas están prohibidas a efectos de que una persona decida libremente si adecúa o no su comportamiento a lo establecido en el derecho positivo.

Dado que la invocación de este principio suele utilizarse para cuestionar el carácter positivo de tipos penales de naturaleza consuetudinaria, parecería ser que la costumbre internacional se habría transformado en una fuente creadora tabú de crímenes internacionales, en atención a su supuesta incompatibilidad con dicha máxima jurídica. Como consecuencia de ello, en este artículo se comenzará por determinar si existe o no una relación de contradicción entre la costumbre internacional y el principio de legalidad, para lo cual se describirá cuál es el alcance que posee el principio *nullum crimen sine praevia lege* en el ámbito del derecho internacional (parte II). Toda vez que de esa descripción surge que los Estados han reconocido y aceptado que la creación de normas jurídicas internacionales penales puede tener lugar a través de la costumbre internacional, luego se analizará cuál es entonces el origen del tabú que existe en relación con esta fuente creadora del derecho internacional penal (parte III). En ese sentido, se sostiene que la desconfianza por parte de los operadores judiciales se debería a que al ser la costumbre internacional una norma jurídica no escrita, ello genera incertidumbre acerca de que efectivamente sea derecho positivo. Por tal motivo, y con el propósito de derribar ese presunto tabú, se sugiere la adopción por parte de las jurisdicciones penales nacionales e internacionales de un método para la verificación de manera fiable de la existencia de una norma consuetudinaria de naturaleza penal, a fin que el proceso probatorio, así como su resultado, brinden certidumbre acerca de la existencia de la norma y transparencia en relación con el trabajo realizado (parte IV). Por último, se formulan las respectivas conclusiones (parte V).

II. El principio de legalidad y su codificación en instrumentos jurídicos internacionales

El principio de legalidad es la garantía penal por excelencia que simboliza la protección de la libertad de los individuos frente a la arbitrariedad del poder soberano representado a través del ejercicio del *ius puniendi* (ya sea de los Estados o de la comunidad internacional).² La mera posibilidad de que una persona pierda su libertad como consecuencia de la aplicación de una sanción exige que ella pueda conocer con anticipación qué conductas son consideradas reprochables para decidir si la aplicación de la sanción respeta o no las prohibiciones derivadas del derecho vigente y aplicable en ese momento. Según BROOMHALL, es un principio fundamental para cualquier sistema penal que aspire a ser respetuoso de un Estado de derecho.³ Para BASSIOUNI, su propósito radica en reforzar la certeza del derecho, proveer justicia y equidad al acusado, alcanzar el efectivo cumplimiento de la función disuasiva de la sanción penal, prevenir el abuso de poder y fortalecer la aplicación de las reglas de derecho.⁴

Explican KREB y CASSESE que sus raíces se encuentran en el período del Iluminismo y en la doctrina del contrato social, que abogaban por la separación de poderes en la época de las monarquías absolutas, etapa en la que se logró su consagración filosófica y política.⁵

En sentido amplio, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados suele comprender: i) la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine praevia lege*); ii) la prohibición de las disposiciones penales no escritas (*nullum crimen sine lege scripta*); iii) que la norma penal debe ser específica y clara (*nullum crimen sine lege certa*); iv) la prohibición de analogía (*nullum crimen sine lege*

² Cf. MARINIELLO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, en *Nordic Journal of International Law*, vol. 82, 2013, p. 222.

³ Cf. BROOMHALL, “Article 22: Nullum crimen sine lege”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, pp. 714. Incluso el Tribunal Especial para el Líbano interpretó que el principio *nullum crimen sine lege* posee el status de norma de *ius cogens* al haber sido tan extensamente proclamado en tratados internacionales de derechos humanos y a la vez por haber sido respetado por los tribunales internacionales al juzgar crímenes internacionales; TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, Fiscal v. Ayyasah et. al., Caso N.º STL-11-0 1/I, Decisión Interlocutoria sobre el derecho aplicable: terrorismo, conspiración, perpetración de homicidio y acumulación de cargos, 16 de febrero de 2011, parág. 76.

⁴ Cf. BASSIOUNI, “Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law”, en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. I: Sources, Subjectes, and Contents, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 74.

⁵ KREB, “Nulla poena nullum crimen sine lege”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, párr. 9; y CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 37.

stricta); y v) que no hay pena sin ley previa (*nullum crimen nula poena sine praevia lege*). Este artículo se acotará a la prohibición de retroactividad. Se aclara que se emplearán de manera indistinta las expresiones “*nullum crimen sine praevia lege*” y “*principio de legalidad*”.

No obstante la consagración del principio *nullum crimen sine praevia lege* en los derechos internos que componen los distintos sistemas jurídicos del mundo (aunque con diferente alcance),⁶ no resulta casual que su reconocimiento internacional —tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho internacional humanitario— haya tenido lugar luego de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la fuente material que influyó en el reconocimiento y en el contenido actual del principio de legalidad en el ámbito internacional ha sido el establecimiento y el funcionamiento de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio.⁷ Estos fueron duramente criticados no solo por su creación luego de ocurridos los hechos que serían juzgados sino que además la defensa de los acusados consideró que su competencia material era contraria a ese principio.⁸

⁶ BASSIOUNI explica que para 1945: “1) All the families of legal systems prohibit ex post facto criminal laws, but not all of them extend it to an absolute non-retroactive application of some penal aspects. 2) The principle of no crime without criminal law is widely recognized, and while in some systems it prohibits reliance on judicial analogy (i.e., the Romanist-Civilist-Germanic systems), in others it permits it (i.e., the common law, Islamic and Marxist-Socialist systems) (...). 3) The principle of no penalty without law is probably the one that is applied with the greatest diversity. In some systems judicial discretion is wide and includes indeterminate and alternative sentencing, while in others the judge can apply a sentence by analogy to another similar crime”; BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, 2003, p. 194.

⁷ Cf. CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 733-734; y KREB, *supra* nota 5, párr. 16. Tribunales establecidos a través del Acuerdo de Londres y de una orden ejecutiva dictada por el General Mac Arthur, respectivamente.

⁸ En el caso en particular del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, los acusados cuestionaron la imputación del crimen de agresión invocando el principio de legalidad. En concreto: “It was urged on behalf of the defendants that a fundamental principle of all law —international and domestic— is that there can be no punishment of crime without a pre-existing law. “Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.” It was submitted that ex post facto punishment is abhorrent to the law of all civilized nations, that no sovereign power had made aggressive war a crime at the time that the alleged criminal acts were committed, that no statute had defined aggressive war, that no penalty had been fixed for its commission, and no court had been created to try and punish offenders.” Dicho argumento fue rebatido por el Tribunal: “In the first place, it is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished”; Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Sentencia, 01/10/1946, Nuremberg, 1947, vol. I, p. 219.

Tales críticas tuvieron eco en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y motivaron la adopción de diversos documentos e instrumentos que —de manera expresa o tácita— receptaron el principio de legalidad, aunque con un contenido propio o particular.

El primer paso lo dio la Asamblea General al aprobar la Resolución 95 (I), en la que confirmó los “principios del derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal”. Estos fueron encabezados por el “Principio I”: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”. En este se reafirma de forma expresa el principio de la responsabilidad internacional penal del individuo a través del reconocimiento del derecho internacional como fuente directa de obligaciones para los individuos sin la intermediación del derecho local de los Estados.⁹ A su vez, puede interpretarse que en este se efectúa una referencia implícita del principio de legalidad cuando menciona “que constituya delito de derecho internacional”.

La recepción —aunque sea en forma tácita— de tal principio en la citada resolución cobra relevancia como consecuencia de uno de los propósitos de esa organización: “Realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos (...)” (art. 1.3. de la Carta).

Tales derechos y libertades fundamentales —mencionados genéricamente de esa manera en dicho propósito— no estaban enumerados expresamente en la Carta, circunstancia que originó que la Asamblea General aprobara la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que, entre los derechos humanos que enuncia y detalla, en su art. 11.2 establece: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”. En aquel entonces, el contenido de la Declaración Universal no tenía *per se* carácter vinculante, puesto que las resoluciones de la Asamblea General no poseen tal efecto (art. 10 ss. de

⁹ Así lo explicó la Comisión de Derecho Internacional (que redactó tales principios) en los comentarios realizados al respecto, ver COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Principles of International Law recognized in the Charter of the Nüremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries”, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 374. Se reafirma dicho principio pues fue reconocido por primera vez en el Tratado de Paz de Versalles de 1919, en el que se estableció la responsabilidad internacional penal individual por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra en sus arts. 227, 228 y 229.

la Carta).¹⁰ El principio de legalidad finalmente se transformó en derecho internacional positivo convencional, en el ámbito universal de protección de los derechos humanos, gracias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que en su art. 15 dispone: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. (...) 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”.¹¹ De esta manera, el principio de legalidad quedaba expresamente consagrado —por vía convencional— en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, el derecho internacional humanitario no fue ajeno a la recepción expresa del principio de legalidad, que, a su vez, sirvió de guía u orientación en la inclusión y en el contenido de las disposiciones relativas a la represión de las infracciones graves de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.¹²

En concreto, el art. 99 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de los prisioneros de guerra reconoce que: “Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado

¹⁰ Explica PINTO que la Declaración Universal no era, en el momento de su adopción, expresión de una costumbre internacional ni de principios generales de derecho, sino que en aquel entonces adelantó una *opinio iuris* a la que la práctica internacional debía adecuarse con miras a la cristalización, en algún momento posterior, de una costumbre internacional; PINTO, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, pp. 34-35.

¹¹ En el ámbito regional europeo, la esencia de esta disposición del Pacto también ha sido receptada en el art. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Mientras que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo reconoce en el art. XXV: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”; así como también lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su art. 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Por último, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), establece en el art. 7.2: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió”.

¹² En el Comentario del CICR al I Convenio de Ginebra de 1949, se explica que hasta 1949 la escasez de normas jurídicas internacionales y locales en materia de sanción a los responsables de incumplir las leyes y costumbres de la guerra, generó que la mayoría de los Estados —luego de concluida una guerra— adoptaran leyes especiales a tal fin, las que por lo habitual tendían a la sanción del enemigo que no había respetado el *ius in bello* pero guardaban silencio respecto de la sanción de los propios soldados que tampoco lo habían cumplido. Si bien en general la opinión pública consideraba natural y justo que los acusados fueran sancionados bajo esa legislación *ad hoc*, existía cierta duda acerca de la regularidad de las sentencias así dictadas. Fue así como al momento de negociarse los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se entendió adecuada la incorporación de un capítulo dedicado especialmente a la represión de las denominadas infracciones graves para asegurar una base jurídica común y preexistente entre todos los Estados parte de manera tal de garantizar la eficacia y el respeto del derecho internacional humanitario. Cf. PICTET, *Commentary to the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1952, pp. 351-353.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto”. También el art. 67 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, establece en cuanto a la legislación penal que: “Los tribunales solo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho (...)”. Además, en el art. 75.4.c del Protocolo Adicional I (1977) se dispone: “nadie será acusado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse”. El Protocolo Adicional II (1977) también lo consagra en el art. 6.2.c: “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho (...)”.

Tales textos convencionales evidencian que el principio de legalidad es una garantía fundamental reconocida también en el derecho internacional humanitario que ampara a todas aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades o que se encuentran fuera de combate y que están en poder de una de las partes de un conflicto armado internacional o sin carácter internacional. Conforme la práctica de los Estados, este principio posee naturaleza consuetudinaria en el derecho internacional humanitario, según el estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en el que esta máxima jurídica fue plasmada en la Regla 101: “Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal”.¹³

Así, los citados instrumentos jurídicos del derecho internacional humanitario y aquellos del derecho internacional de los derechos humanos poseen una característica en común: expresamente hacen referencia al “derecho internacional” como fuente de la cual puede emanar una prohibición de naturaleza penal, circunstancia que resulta lógica teniendo en cuenta que se está en presencia de dos ramas especiales dentro del derecho internacional público general. Incluso, el párrafo 2.º del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conocido como “cláusula Núremberg”) enfatiza que la ausencia de una prohibición penal en el ordenamiento jurídico interno

¹³ Ver HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, New York, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2007, pp. 341 y 422-424.

de un Estado no es un impedimento para el juzgamiento de conductas consideradas criminales por el derecho internacional al momento de su comisión.¹⁴

De esa manera, a través de tales textos jurídicos internacionales se consagró el principio de legalidad en el plano internacional, como resultado de lo cual su peculiar contenido y alcance implicó legitimar el trabajo desarrollado por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg al establecerse expresamente la compatibilidad del *nullum crimen sine praevia lege* con el derecho internacional.¹⁵

Dado que en ninguno de los instrumentos jurídicos enunciados con anterioridad se indica en concreto a través de qué fuentes creadoras del derecho internacional se puede tipificar una conducta como ilícita, debe tomarse como referencia el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), puesto que allí se encuentran codificadas las fuentes formales en sentido estricto del derecho internacional: los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho. Cabe recordar que si bien esa disposición enumera las fuentes que la CIJ aplicará a los fines de cumplir con su función, refleja la percepción universal de cuáles son precisamente las fuentes (creadoras y verificadoras) del derecho internacional, dado que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* parte del Estatuto del tribunal.¹⁶

¹⁴ Cf. BROOMHALL, *supra* nota 3, p. 721, y ARAJÁRVI, “Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality”, en *Tilburg L. Rev.* vol. 15, 2010-2011, pp. 176. Explica AMBOS que la inclusión de “los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” en el art. 15.2 del Pacto se refiere a las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg; AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer (Oficina Uruguay), 2005, p. 36. Para KREB, el concepto de “ley” en el marco del principio internacional de legalidad comprende tanto las normas nacionales como internacionales, lo que permite la aplicación directa del derecho internacional penal por los tribunales locales; KREB, *supra* nota 5, párr. 21.

¹⁵ Para VAN SCHAAK, el principio de legalidad en el ámbito internacional ha sido formulado en los instrumentos de derechos humanos de manera tal que ha hecho concesiones importantes a las normas del derecho internacional y además a través de este se ha expresado la aprobación de la comunidad internacional respecto de las licencias de legalidad tomadas después de la Segunda Guerra Mundial; VAN SCHAAK, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, en *American Society of International Law*, vol. 103, n.º 1, marzo de 2009, p. 102.

¹⁶ Cf. SHAW, *International Law*, 5.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 66-67; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4.ª ed., New York, Oxford University Press, 2003, p. 3; DIEZ DE VELAZCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11.ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pp. 97-98; DAILLER/PELLET, *Droit International Public*, 7.ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, pp. 113-114; FITZMAURICE, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. The Journey from the past to the present”, en BESSON/D’ASPREMONT (eds.), *The Oxford Handbook of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 179-199. Cabe señalar además que existen otros medios a través de los cuales se pueden generar obligaciones para los Estados; a modo de ejemplo, pueden

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

Señala BASSIOUNI que, de esas tres fuentes, los principios generales de derecho son los más propensos a no cumplir con el principio de legalidad; por tal motivo es que considera que sería deseable que sus funciones dentro del derecho internacional penal se acotasen a auxiliar en la interpretación y clarificación de las obligaciones convencionales y consuetudinarias.¹⁷ En consecuencia, los delitos y crímenes internacionales que componen el ámbito material de aplicación del derecho internacional penal¹⁸ pueden ser tipificados por vía convencional o consuetudinaria, por lo que las normas creadas mediante alguna de esas dos fuentes deberán cumplir con el principio de legalidad.

No está de más agregar que KREB entiende que si bien hay ordenamientos jurídicos internos que establecen un principio de legalidad estricto que no permite la aplicación de normas penales consuetudinarias (como consecuencia del sub-principio *nullum crimen sine lege scripta*), recalca que ello no forma parte del concepto internacional del principio de legalidad.¹⁹

Esa compatibilidad entre la costumbre internacional y el principio de legalidad fue reafirmada por el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe dirigido al Consejo de Seguridad sobre la creación de un tribunal internacional penal para el juzgamiento de las personas responsables de violaciones serias al derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia. Allí hizo especial énfasis en que la aplicación del principio de legalidad requería que el tribunal

mencionarse los actos unilaterales así como también ciertas resoluciones emitidas por las organizaciones internacionales (en virtud de las atribuciones conferidas en el tratado constitutivo), como sería el caso de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta; ver GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2015, pp. 76-78. No obstante la existencia de otras fuentes que pueden generar obligaciones internacionales, hasta el momento la tipificación de una conducta solo ha tenido lugar a través de un tratado o una costumbre internacional.

¹⁷ BASSIOUNI, *supra* nota 6, p. 224.

¹⁸ MONCAYO/VINUESA/GUTIERREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, t. I, Buenos Aires, Zavallá, 1977, p. 83.

¹⁹ KREB, *supra* nota 5, párr. 21. En ese sentido, y teniendo en cuenta el contenido especial que tiene el principio de legalidad en el ámbito internacional, dado (entre otros) por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, cabe recordar que tales instrumentos jurídicos —en virtud del art. 75, inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— poseen jerarquía constitucional en el derecho interno de la Argentina y que son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución Nacional. No obstante esa relación de complementación existente y declarada por los convencionales constituyentes en 1994, lo cierto es que la Argentina, al momento de expresar su consentimiento para obligarse por el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, formuló la siguiente reserva al art. 15.2: “El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto (...) deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional” (ley aprobatoria 23.313, B.O. 13/05/1986).

internacional recurriera a normas del derecho internacional humanitario que sin lugar a dudas fueran costumbre internacional.²⁰

Asimismo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), el principio de legalidad fue codificado expresamente en el art. 22, de lo que resultó que esa jurisdicción internacional penal solo podrá conocer respecto de aquellas conductas que pudieran constituir —al momento de su comisión— alguno de los crímenes expresamente tipificados en ese tratado internacional (art. 5).²¹ No obstante que el principio bajo análisis se encuentre acotado al propio Estatuto, en este se reconoce la posibilidad de que existan otras conductas que hayan sido tipificadas por el derecho internacional independientemente del Estatuto (art. 22.3), a la par que la costumbre es una de las fuentes enunciadas como derecho aplicable por esa jurisdicción internacional penal. En efecto, el art. 21.1.b del Estatuto menciona los “principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos en el derecho internacional de los conflictos armados”. Al respecto se considera que ese párrafo hace referencia a las normas internacionales consuetudinarias como posibles reglas de derecho que la CPI podrá aplicar, especialmente aquellas que posean esa naturaleza y que pertenezcan al derecho internacional humanitario, al tener competencia respecto de crímenes de guerra.²²

²⁰ Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo segundo de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704, 3 de mayo de 1993, párr. 34. Así, expresamente mencionó que tenían tal carácter los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el IV Convenio de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbre de la guerra terrestre y su Reglamento Anexo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; ver párr. 35 del informe. No obstante su contenido, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no se incluyó de manera expresa el principio de legalidad.

²¹ El art. 22 a su vez se relaciona con los arts. 11, 23 y 24 del Estatuto. Cabe recordar que a los fines de que la CPI pueda conocer en un hecho determinado (ejercer su jurisdicción) será necesario (entre otros requisitos) no solo que la conducta cuestionada se encuentre tipificada en el Estatuto (art. 22.1), sino que además debe haber tenido lugar —en principio— luego de la entrada en vigor del Estatuto (arts. 24.1 y 11). Según BROOMHALL, existiría cierta superposición entre tales disposiciones, por lo que serían candidatas para una eventual armonización en una futura revisión del Estatuto conforme su art. 123. Asimismo, al efectuar una interpretación literal del art. 22 del Estatuto, BROOMHALL considera que el principio de legalidad se encuentra acotado a los crímenes enunciados en el art. 5, mas no a los delitos contra la administración de justicia establecidos en el art. 70, en atención al empleo del término “crímenes” en el art. 22; BROOMHALL, *supra* nota 3, pp. 722-723 y 727.

²² CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *supra* nota 7, pp. 1071-1072; McAULIFFE DE GUZMAN, “Article 21: Applicable law”, en TRIFFTERER (ed.), *supra* nota 3, pp. 707-708; SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, 4.^a ed., New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 207-208; AMBOS, *Treatise on International Criminal Court*, volume I, New York, Oxford University Press, 2013, p. 74.

En conclusión, la prohibición de conductas por vía de normas jurídicas internacionales consuetudinarias es conforme al principio de legalidad tal como se encuentra expresamente reconocido en instrumentos jurídicos internacionales que pertenecen al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Como consecuencia de dicha compatibilidad, BASSIOUNI propone reformular esa máxima en latín por *nullum crimen sine jure*, donde el vocablo *jure* resulta comprensivo de toda norma jurídica positiva.²³

III. ¿Es la costumbre internacional una fuente creadora tabú en el derecho internacional penal?

Aclarada entonces la compatibilidad expresa del principio de legalidad con la costumbre internacional, cabe preguntarse por qué motivo esta resulta ser una fuente creadora tabú en el derecho internacional penal e incluso en aquellos ordenamientos jurídicos internos pertenecientes al sistema continental europeo.²⁴ Es decir, cuál es el motivo que genera reticencia o desconfianza en los operadores judiciales en relación con su función creadora de tipos penales. Ello puede deberse a que al tratarse en esencia de una norma jurídica no escrita, es precisamente su propia naturaleza la que origina desconfianza e incertidumbre respecto de su verdadero carácter de derecho positivo. Como consecuencia de esa característica, antes de proceder a su aplicación los jueces deben constatar que efectivamente se trate de una regla de derecho en vigor (en particular, al momento de la comisión del hecho presuntamente considerado ilícito).²⁵

²³ BASSIOUNI, *supra* nota 6, p. 202.

²⁴ GRADONI señala que si bien la costumbre internacional se encuentra aceptada en el art. 21.1.b del Estatuto de la CPI, al haber sido incorporada a través de la frase “principios y normas del derecho internacional”, parecería ser que llamarla o mencionarla por su nombre (“costumbre”) se habría convertido en un tabú; GRADONI, “Nullum crimen sine consuetudine: a few observations on how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has been identifying custom”, p. 1, disponible en http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF [Enlace verificado el día 14 de abril de 2018]. En ese sentido, CASSESE/GAETA/JONES explican que la posible exclusión de la palabra costumbre en el Estatuto de la CPI puede haberse debido a la influencia de abogados penalistas durante la negociación del Estatuto, como consecuencia de una concepción errónea del principio de legalidad; CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *supra* nota 7, pp. 1072.

²⁵ Una vez constatado de manera afirmativa que la prohibición existe y dado que la norma jurídica posee naturaleza penal, será necesario a su vez determinar los elementos del tipo (*actus reus* y *mens rea*), sobre todo si no se encuentra codificada. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso ALEKSOVSKI, consideró que el principio de legalidad no impide a una corte, ya sea en el nivel nacional o internacional, determinar un asunto a través de un proceso de interpretación y aclaración sobre los elementos de un crimen en particular; ni impide que un tribunal se base en decisiones previas que reflejen una interpretación sobre el significado que debe atribuirse a los elementos particulares de un crimen. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, Fiscal v. Zlatko Aleksovski, Sentencia, 24 de marzo de 2000, parág. 127.

Cabe recordar y destacar el valor y la función de la “jurisprudencia” para el derecho internacional público —y sus ramas— como fuente auxiliar o formal en sentido amplio: verificar que efectivamente es derecho positivo aquella norma jurídica internacional consuetudinaria invocada por las partes.²⁶ Por tal motivo, resulta de extrema responsabilidad la labor de los jueces a la hora de determinar la existencia de una regla de derecho consuetudinario.

La prueba de una norma consuetudinaria internacional penal es una tarea compleja, dado que la rigurosidad con que se realice ese proceso probatorio es, en definitiva, lo que determinará si su resultado —esto es, la norma jurídica internacional identificada— es o no compatible y respetuoso del principio de legalidad en el caso concreto.²⁷ Así, la conformidad de una norma consuetudinaria internacional de naturaleza penal con el principio de legalidad radica en la seriedad de los trabajos investigativos previos efectuados por un tribunal para reunir los elementos probatorios pertinentes que den cuenta de manera sólida y precisa de la existencia de la costumbre en cuestión.

Ese aspecto probatorio es inherente a la costumbre internacional y es parte de su propia esencia existencial. En este sentido, en el art. 38.1.b del Estatuto de la CIJ la costumbre es definida “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Menciona BARBERIS que la costumbre es un fenómeno que ya existía en la sociedad humana cuando el hombre hizo su primera reflexión sobre el derecho e intentó analizarla e incorporarla a su modo de ver el derecho.²⁸ Una norma consuetudinaria internacional, que es el producto de ese fenómeno social que tiene lugar en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales, se caracteriza por estar compuesta por dos elementos: el material u objetivo (relativo a la práctica de los sujetos de derecho internacional) y la *opinio iuris sive necessitatis* (elemento subjetivo o psicológico).²⁹

²⁶ MONCAYO, VINUESA y GUTIERREZ POSSE explican que: “Las decisiones judiciales no son por sí mismas normas jurídicas internacionales con el alcance de fuentes creadoras de derecho, sino la prueba fehaciente y directa de la existencia de una norma jurídica preexistente. (...) Cuando la Corte deba aplicar una costumbre internacional, que no ha sido formulada con precisión por la práctica reiterada de los Estados, será la misma Corte la llamada a verificar el contenido y alcance de aquella”; MONCAYO/VINUESA/GUTIERREZ POSSE, *supra* nota 18, pp. 153-154.

²⁷ ARAJÁRVI, advierte que la amplia discreción de los jueces para determinar el contenido específico de la norma consuetudinaria que se aplicará a los hechos del caso puede suponer el riesgo de sobrepasar o no respetar el principio de legalidad; ARAJÁRVI, *supra* nota 14, p. 165.

²⁸ BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Abaco, 1994, p. 67.

²⁹ Esa estructura binaria de la costumbre internacional significa que para su formación resulta indispensable la concurrencia de sus dos elementos; cf. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 503-504; ver también CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares”, Opinión Consultiva, 8

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

Explica GUTIÉRREZ POSSE que por práctica ha de entenderse tanto una acción como una omisión de un sujeto de derecho internacional con capacidad de generar reglas de derecho a través de conductas concluyentes (ello debido a la existencia de una norma del derecho internacional general que establece la obligación de manifestarse ante un acto que se le dirija, y el silencio puede comportar que ese sujeto ha brindado su consentimiento).³⁰ Ese comportamiento además debe ser constante y uniforme.³¹ El elemento psicológico, por su parte, es precisamente el que permite diferenciar una norma consuetudinaria de una mera práctica de cortesía o de usos internacionales. Así, de esa frase del Estatuto de la CIJ, “generalmente aceptada como derecho”, se infiere que los sujetos se comportan de determinada manera porque hacerlo es conforme a derecho, resulta ser lícito u obligatorio.³²

La noción de “derecho internacional general” se refiere a aquellas normas internacionales consuetudinarias que “obligan en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto a la misma en su período de formación de manera inequívoca y expresa (regla de la objeción persistente)”.³³ El derecho internacional general —o la costumbre internacional general— posee una presencia significativa en el ámbito de validez material del derecho internacional penal, en particular en la tipificación de los crímenes internacionales. En efecto, los denominados crímenes fundamentales o “*core crimes*” son aquellos que han sido considerados como los más graves para la comunidad internacional de Estados en su conjunto, dado que la prohibición de tales conductas ampara valores fundamentales como la paz y seguridad internacionales y la vida y dignidad del individuo.³⁴ Poseen tal naturaleza los crímenes de guerra, de lesa humanidad, de genocidio y de agresión. Los crímenes internacionales se caracterizan por ser violaciones a normas de *ius cogens*, esto es, la conducta

de julio de 1996, I.C.J. Reports 1996, parág. 64; y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Asunto relativo a la plataforma continental” (Yamahiría Árabe Libia /Malta), Sentencia, 3 de junio de 1985, I.C.J. Reports 1985, parág. 27.

³⁰ GUTIÉRREZ POSSE, *supra* nota 18, p. 33.

³¹ Ver en tal sentido CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo al Derecho de Asilo” (Colombia/Perú), Sentencia, 20 de noviembre de 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 276; y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte” (República Federal de Alemania/Dinamarca y República Federal de Alemania/Reino de los Países Bajos), Sentencia, 20 de febrero de 1969, I.C.J. Reports 1969, parág. 74. Explica REMIRO BROTONS que el carácter de “constante y uniforme” de la práctica se refiere a que “las respuestas o actuaciones de los Estados ante sucesivas situaciones similares no sean contradictorias, debiendo existir una identidad sustancial o consistencia en el contenido de la conducta de los sujetos interesados”; REMIRO BROTONS, *supra* nota 29, p. 506.

³² Cf. BROWNLIE, *supra* nota 16, p. 8.

³³ DIEZ DE VELAZCO, *supra* nota 16, p. 140.

³⁴ WERLE, *Principles of International Criminal Law*, La Haya, TMC Asser Press, 2005, pp. 27-28.

presuntamente ilícita se encuentra tipificada a través de una costumbre general o una norma de derecho internacional general de naturaleza imperativa.³⁵

Las normas de derecho internacional general son el reflejo o el resultado del consenso de los Estados en un momento dado (y no del consentimiento expreso o implícito de cada uno).³⁶ Esto significa que —en principio— debería resultar una tarea “sencilla” constatar los dos elementos (objetivo y psicológico) de la costumbre internacional general para probar su consagración como derecho positivo, dada la cantidad de Estados que habrían contribuido con su práctica y aquiescencia a su formación definitiva.³⁷

Sin embargo, en el caso en particular de los crímenes internacionales existen determinadas circunstancias o factores que pueden menoscabar o distorsionar esa labor probatoria, lo que afecta la credibilidad y verdadera positividad de una norma internacional consuetudinaria.

En este sentido, el carácter atroz e inhumano de ciertos hechos más la presión de la opinión pública para evitar su impunidad pueden derivar en la flexibilización de la rigurosidad que debe primar en la prueba de la costumbre internacional por parte del tribunal competente. Así, ante la ausencia de una ley local o de una norma internacional penal escrita que prohíba determinada conducta cruel que ha tenido lugar, podría ocurrir que esa presión moral de la sociedad condujera a los jueces a condenar al acusado sobre la base de una supuesta prohibición derivada de una norma de derecho internacional consuetudinario, cuyos elementos (la práctica y la *opinio iuris*) hubieran sido verificados de manera deficiente. En una circunstancia como la descrita, la costumbre internacional podría ser utilizada y terminaría actuando como una válvula de escape político ante la necesidad de dar una respuesta en derecho. Señala GRADONI que el “factor atrocidad” no es suficiente por sí mismo para fundamentar una sentencia, sino que eventualmente podría complementar la tarea de apreciación de la evidencia de la práctica de los Estados.³⁸

³⁵ Recordar en tal sentido el concepto de norma imperativa presente en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

³⁶ Cf. GUTIERREZ POSSE, *supra* nota 18, p. 34. Entiende REMIRO BROTONS que generalidad no implica universalidad ni unanimidad, sino más bien consenso; REMIRO BROTONS, *supra* nota 29, p. 505.

³⁷ Idéntica apreciación cabe formular respecto de la determinación de los elementos de una norma internacional penal: el *actus reus* y la *mens rea*.

³⁸ Cf. GRADONI, *supra* nota 24, p. 15. Menciona GROVER que en casos complejos donde la norma jurídica no comprende la conducta cuestionada, en el fondo los jueces se enfrentan a la tensión entre enviar un mensaje a la sociedad acerca de que

Además, la propia dinámica de la composición de los tribunales internacionales penales es otro elemento a tener en cuenta. Los jueces y fiscales que los integran (y sus asesores) provienen de países con distintas tradiciones jurídicas, las que han influido en su formación académico-profesional. Esa educación y experiencia previa indefectiblemente se trasluce en la familiaridad que estos posean o no respecto del uso de las fuentes creadoras del derecho internacional público, en particular de la aplicación de normas consuetudinarias. La inexperiencia en ese sentido puede influir negativamente al momento de constatar fehacientemente la existencia de una costumbre internacional.

Entonces, el tabú generado alrededor de la costumbre internacional como fuente creadora de tipos penales radicaría en que, al tratarse de una norma jurídica no escrita, existe la posibilidad de que su prueba no sea realizada de manera estricta, circunstancia esta que en última instancia redundaría en incertidumbre y desconfianza hacia el derecho internacional penal, lo que socava su legitimidad.³⁹

Entonces, ¿de qué manera se podría lograr que el proceso probatorio de las normas consuetudinarias internacionales penales fuera idóneo? Es decir, para que su resultado —en definitiva— sea respetuoso del principio de legalidad, y así lograr que la costumbre deje de ser percibida por los operadores judiciales como una fuente creadora tabú en el derecho internacional y sea definitivamente considerada una fuente creadora confiable.

determinado comportamiento se encuentra prohibido —por un lado— y la limitación del derecho penal a aquellas conductas que previamente han sido definidas como criminales —por el otro—. Así, sostiene GROVER que un juez podría preguntarse por qué un acusado debería beneficiarse de la imaginación limitada del legislador al momento de tipificar una conducta aberrante cuando el presunto responsable debería haber sabido que hacerlo no era correcto; GROVER, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 135. VAN SCHAAK recuerda que históricamente el desarrollo del derecho internacional público ha sido más activo luego de un colapso del orden internacional, frente al cual los tribunales se vieron compelidos a dar una respuesta a las “innovaciones crueles” que tuvieron lugar ante el silencio guardado por el derecho positivo; VAN SCHAAK, *supra* nota 15, p. 157. Además, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que si bien la inmoralidad o el carácter atroz de un acto no es un factor suficiente para justificar su criminalización en virtud del derecho internacional consuetudinario, de hecho sí puede desempeñar un papel en ese sentido en la medida en que puede refutar cualquier reclamo de la defensa acerca de que no conocía la naturaleza criminal de los actos; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, Fiscal v. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic & Dragoljub Ojdanic, Decisión sobre la moción de jurisdicción y empresa criminal conjunta planteada por Dragoljub Ojdanic, 21 de mayo de 2003, parág. 42.

³⁹ Indica BASSIOUNI que los cuestionamientos a la aplicabilidad o legalidad de ciertas obligaciones internacionales, y más específicamente sobre su contenido, revelan cómo las exigencias del principio de legalidad crean un obstáculo a la validez y cumplimiento del derecho internacional penal; la incertidumbre sobre el derecho aplicable solo agrega incertidumbre sobre el contenido del derecho internacional penal; BASSIOUNI, *supra* nota 4, p. 104.

Quizás una posible solución podría ser la adopción de un reglamento interno en los tribunales —locales e internacionales— en el que se implementase un método de constatación o identificación de la costumbre internacional general de naturaleza penal. A través de ese reglamento, se brindarían parámetros para la realización de la actividad probatoria mediante el establecimiento de estándares mínimos de prueba que deberían reunirse para acreditar que la costumbre es derecho positivo. Su implementación, sobre todo en tribunales internacionales penales (que son tomados como ejemplo por sus pares en el nivel nacional), podría lograr uniformidad y transparencia al momento de probarla, lo cual a su vez generaría la adquisición de experiencia en la materia, o *know-how*, que podría ser transferido a los nuevos integrantes del tribunal internacional, así como a las jurisdicciones penales nacionales de los Estados.⁴⁰

IV. Un método para la identificación de la costumbre internacional general de naturaleza penal

A los fines de la elaboración de un reglamento interno o guía relativa al método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal, resulta pertinente tomar como referencia o guía el informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas denominado “Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario”, en el que se propone una metodología jurídica para realizar esa labor.⁴¹ La función esencial que posee la CDI en relación con el impulso del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional,

⁴⁰ Incluso, dentro de los tribunales —locales e internacionales— podría crearse un órgano o una división especialmente abocado a la tarea de probar la costumbre internacional penal para, de ese modo, auxiliar a jueces y fiscales.

⁴¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario”, aprobado en primera lectura en su sesión 3309.ª, 2 de junio de 2016, A/CN.4/L.872, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2016, disponible en <http://legal.un.org/ilc/reports/2016/> [Enlace verificado el día 27 de abril de 2018]. Tal proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura fue sometido a consideración de los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones. Sobre la base de las devoluciones realizadas por los Estados, el Relator Especial Michael WOOD elaboró un quinto informe en el que abordó las principales observaciones y efectuó sugerencias en relación con estas, de fecha 14 de marzo de 2018, A/CN.4/717, disponible en <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/710> [Enlace verificado el día 27 de abril de 2018]. La Comisión de Derecho Internacional se expedirá al respecto nuevamente este año, en su 70.º período de sesiones, oportunidad en la que se espera que apruebe la versión definitiva de las conclusiones elaboradas. Atento a ello, se optó por tomar como referencia el informe de 2016 (el cuarto) dado que es el que cuenta con la aprobación en primera lectura.

sumada a la alta calificación y competencia de sus miembros en la materia, justifican sobradamente la pertinencia de tener en cuenta, a los fines de este artículo, la investigación efectuada por la CDI.⁴²

Asimismo, cabe destacar que la propia CDI explica en su informe que sus conclusiones resultan idóneas y aplicables para verificar la existencia de las normas consuetudinarias de todos los ámbitos del derecho internacional, en virtud de la unidad y coherencia que caracteriza al propio derecho internacional. En ese sentido, la CDI también aclara que la metodología jurídica que propone puede tener perfectamente en cuenta las circunstancias particulares y el contexto en que ha surgido y funciona la supuesta norma a verificar (tal como sería el caso de aquellas pertenecientes al derecho internacional penal).⁴³

Así, el Proyecto de conclusiones de la CDI está dedicado a “la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario” (conclusión 1) y trata de ofrecer una orientación en la materia para asegurar su debida identificación y promover así su credibilidad.⁴⁴ Con tal fin, la CDI reafirma y recuerda la necesidad de probar por separado cada uno de los elementos constitutivos de la costumbre internacional (conclusión 3.2), puesto que “la práctica sin aceptación como derecho (*opinio iuris*), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho sin respaldo en la práctica es una mera aspiración”.⁴⁵ Al realizarse esa tarea de valoración, la CDI propone que sea efectuada teniendo en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de esos medios (conclusión 3.1).

⁴² La CDI fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 174 (II), del 21 de noviembre de 1947. Conforme su estatuto constitutivo (art. 15), la expresión “desarrollo progresivo del derecho internacional” es utilizada para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas. Mientras que la expresión “codificación del derecho internacional” es empleada para designar la más precisa formulación y sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya existía amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas; ver estatuto disponible en: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=EF> [Enlace verificado el día 27 de abril de 2018].

⁴³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Comentarios al proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario” (en adelante “Comentarios al proyecto de conclusiones de la CDI”), aprobado en sus sesiones 3338.^a a 3340.^a, 5 y 8 de agosto de 2016, A/71/10, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2016, pp. 90-92, disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2016/> [Enlace verificado el día 27 de abril de 2018].

⁴⁴ *Supra* nota 42, p. 87-88.

⁴⁵ *Supra* nota 42, p. 91.

En cuanto a la prueba del elemento material, la CDI enfatiza que es la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o a la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario (en tanto sujetos originarios con capacidad de generar reglas jurídicas), aunque admite la posibilidad de que la práctica de las organizaciones internacionales también pueda contribuir a la formación o expresión de la costumbre (conclusión 4). A su vez, para la CDI el comportamiento del Estado puede comprender tanto actos materiales como verbales e incluso la inacción (conclusión 6).

Dado entonces que la tarea de determinar la existencia y contenido de una norma internacional penal de naturaleza consuetudinaria y de carácter general consiste básicamente en analizar el comportamiento de los Estados, en el reglamento interno —que se propone que adopten los tribunales penales locales e internacionales— se podría comenzar por clasificar a los Estados en grupos (ya sea en función de la tradición jurídico penal a la que pertenecen o bien según el continente en el que se encuentran) y luego dentro de cada uno de estos se podría realizar la respectiva valoración de sus conductas. Sería pertinente que esos resultados parciales de cada grupo luego fuesen contrastados entre sí para poder evaluar si efectivamente estaría presente el consenso que permitiría concluir que existe una práctica generalizada y constante. Asimismo, se podría establecer un grupo o una “elite de jurisdicciones penales locales” cuya práctica sería tomada especialmente como referencia de esa tendencia general por encontrarse a la vanguardia de la interpretación y aplicación del derecho internacional penal⁴⁶ (tal como ocurre con los Estados con frente marítimo en el caso del derecho internacional del mar o con los Estados poseedores de armas nucleares en lo que hace a la legitimidad de su uso, cuyos comportamientos tienen un peso significativo en esas materias).⁴⁷ Desde ya que podría optarse por prescindir de esta última posibilidad puesto que, al encontrarse en juego la tutela de valores fundamentales, todos los Estados pueden contribuir de

⁴⁶ Al analizar el proceso de verificación de la costumbre internacional llevado adelante por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, GRADONI detectó que habitualmente ese tribunal internacional penal recurría a la práctica de una elite de jurisdicciones nacionales sin siquiera preguntarse si esa práctica realmente reflejaba una *opinio iuris gentium*; GRADONI, *supra* nota 24, p. 8.

⁴⁷ La CIJ, al evaluar si una norma convencional se había transformado en costumbre internacional general, consideró que una participación muy amplia y representativa en la convención podría ser suficiente en sí misma, siempre que incluyera la de los Estados cuyos intereses se veían especialmente afectados por la norma bajo análisis; ver CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte”, doc. cit., parág. 73. Según SHAW, la costumbre internacional puede ser creada por unos pocos Estados a condición de que estos se encuentren íntimamente conectados o posean una relación especial con la materia en cuestión; SHAW, *supra* nota 16, p. 79.

igual manera a la formación de una costumbre internacional (sobre todo como consecuencia del principio de igualdad soberana).⁴⁸

En virtud del principio de unidad del Estado, la práctica de cualquiera de sus órganos (con funciones ejecutivas, legislativas o judiciales) puede contribuir a la formación de una norma consuetudinaria, ya sea que tenga lugar en el ámbito local o en el internacional. Ello significa que debería relevarse el comportamiento estatal en ambas facetas de actuación y destacar —tal como lo señala la CDI— que no existe una jerarquía entre las distintas formas de práctica (conclusión 6.3).⁴⁹

En este sentido, en lo que hace al comportamiento de un Estado en el nivel local, en el reglamento interno propuesto se debería incluir —en primer lugar— que se verifique la existencia de códigos penales o leyes especiales en los que se haya tipificado la conducta bajo análisis (es decir, los actos legislativos del Estado), así como también la posible reglamentación de tales normas por el Poder Ejecutivo (a través de decretos reglamentarios, p. ej.).⁵⁰ Ante la eventual falta de esas normas jurídicas internas de fondo, se podría determinar la existencia de jurisprudencia en la que los tribunales penales nacionales hubieran condenado personas por violación a la norma consuetudinaria internacional analizada (lo cual serviría también para tomar como referencia los elementos probatorios en que se basaron para fundar que esa norma era derecho internacional positivo).

⁴⁸ En la conclusión 8, la CDI consideró que la práctica pertinente ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante. Aclara que la exigencia de que sea “extendida y representativa” no se puede prestar a formulaciones exactas o determinarse en abstracto ya que las circunstancias varían de un caso a otro. Por eso el término “suficientemente” es clave, dado que da la pauta de que no es necesario demostrar que todos los Estados han seguido la práctica en cuestión, sino que haya sido seguida por aquellos que han tenido la oportunidad o la posibilidad de aplicar la supuesta norma. En ese sentido, señala la CDI que es importante que esos Estados sean representativos de las diversas regiones geográficas y los diversos intereses en juego, y en particular que esté presente la práctica de los Estados especialmente implicados en la actividad en cuestión o que más probabilidades tengan de verse afectados por la supuesta norma; ver *supra* nota 42, pp. 103-105.

⁴⁹ En la conclusión 6 del Proyecto de conclusiones de la CDI se establece que las formas de práctica estatal comprenden (sin que ello sea exhaustivo): los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; con el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido aquel en operaciones “sobre el terreno”; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de los tribunales nacionales.

⁵⁰ Tal como se indicó con anterioridad, en la conclusión 6 del Proyecto de conclusiones de la CDI se sugieren también como ejemplos de comportamientos en el ejercicio de funciones ejecutivas de un Estado aquellos que tienen lugar en operaciones “sobre el terreno”. Estos incluyen el mantenimiento del orden y la incautación de bienes, así como las actividades en el campo de batalla u otras actividades militares, como el movimiento de tropas o buques o el despliegue de ciertas armas; ver *supra* nota 42, p. 101.

En cuanto a la actuación de un Estado en el ámbito internacional, en el reglamento interno se debería incluir, como uno de los estándares mínimos de prueba, las manifestaciones que han hecho sobre el tema las figuras que clásicamente ocupan la “cúspide” de la representación estatal en las relaciones internacionales (presidente, jefe de estado, primer ministro, ministro de relaciones exteriores, embajadores y jefes de delegaciones diplomáticas). También podrían resultar útiles las expresiones de ministros o secretarios con funciones en las áreas gubernamentales vinculadas con el objeto de la norma en cuestión. Las declaraciones de cualquiera de los órganos del Estado pueden haber sido publicadas en sus propias páginas de internet gubernamentales o redes sociales —tales como perfiles o cuentas oficiales en Twitter, Instagram o Facebook— o bien en medios de comunicación; también pueden haberlas efectuado en foros o en el seno de organismos internacionales, e incluso en conferencias diplomáticas negociadoras de tratados internacionales vinculados al tipo penal cuyo carácter positivo se intenta acreditar.

Así, se deberían relevar: discursos, declaraciones y manifestaciones individuales o conjuntas con otros Estados o en conferencias internacionales, y también la fundamentación de un Estado al votar resoluciones o decisiones de órganos de organizaciones intergubernamentales (y además cómo lo hizo: a favor, en contra o si se abstuvo).⁵¹

Asimismo, en el caso que exista un tratado en la materia,⁵² sería fundamental analizar sus trabajos preparatorios para determinar qué propuestas formuló el representante de un Estado en

⁵¹ En el comentario a la conclusión 12 del Proyecto de conclusiones de la CDI, la CDI expresa que una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario. Aclarado ese aspecto, la CDI considera que tales resoluciones son un recurso valioso para probar la costumbre y en tal sentido señala que: “La formulación exacta empleada es el punto de partida para tratar de evaluar la importancia jurídica de una resolución; la referencia al derecho internacional y la elección (o exclusión) de determinados términos en el texto, tanto en el preámbulo como en la parte dispositiva, pueden ser importantes. También son pertinentes los debates y las negociaciones que llevan a la aprobación de la resolución y en especial las explicaciones de voto, las explicaciones de posición y otras declaraciones similares inmediatamente anteriores o posteriores a la aprobación. El grado de apoyo a la resolución (que puede observarse en la mayoría y el número de votos negativos o de abstenciones) es fundamental. Las diferencias de opinión expresadas sobre aspectos de una resolución pueden indicar que no existe una aceptación general como derecho (*opinio iuris*), al menos en cuanto a esos aspectos, y es poco probable que se considere que las resoluciones a las que se opone un número considerable de Estados reflejen el derecho internacional consuetudinario”. Aunque advierte que “debido a que la actitud de los Estados con respecto a una determinada resolución (o una norma en particular enunciada en una resolución), expresada mediante votación o de otro modo, a menudo está motivada por consideraciones de carácter político o no jurídicas, la determinación de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) derivada de esas resoluciones debe hacerse ‘con la debida cautela’”; ver *supra* nota 42, pp. 118-119.

⁵² En cuanto al “comportamiento en relación con los tratados”, la CDI explica que comprende todos los actos vinculados con la negociación y celebración de tratados y su aplicación; y aclara que, mediante la celebración de un tratado, un Estado puede

relación con el contenido de determinada disposición o, en su defecto, si estuvo o no de acuerdo con aquellas realizadas por sus pares. Además, se debería verificar si un Estado, al manifestar su consentimiento para obligarse, realizó alguna reserva y si esta fue objetada o bien aceptada por otras partes (arts. 19 y 20 de la Convención Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969).

En el supuesto en que se considere que determinado convenio es codificador de una costumbre internacional preexistente (tal el supuesto contemplado en la conclusión 11.1.a del Proyecto de conclusiones de la CDI), la mera alegación de su carácter codificador no es suficiente dado que también su existencia debe ser confirmada por la práctica y la *opinio iuris*, puesto que los tratados no pueden certificarlo de manera concluyente.⁵³ A los fines de constatar tales elementos, los respectivos trabajos preparatorios de ese acuerdo internacional serían un indicio acerca de si la intención de los Estados fue codificar esa costumbre, puesto que en caso de serlo ello constituiría una prueba de la aceptación como derecho por los Estados negociadores, aunque desde ya que ello a su vez deberá ser confirmado a través de la respectiva práctica.⁵⁴

De igual modo, debería procederse a verificar los dos elementos constitutivos de la costumbre aun cuando una disposición de un convenio ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de su celebración (conclusión 11.1.b del Proyecto de conclusiones de la CDI), o incluso cuando con posterioridad el tratado ha dado origen una norma consuetudinaria (conclusión 11.1.c del Proyecto de conclusiones de la CDI).⁵⁵

estar siguiendo una práctica en el ámbito al que se refiere el tratado; ver Comentarios al proyecto de conclusiones de la CDI, *supra* nota 42, p. 101.

⁵³ Para la CDI “es importante que se pueda demostrar que los Estados han puesto en práctica una norma no (solo) en razón de la obligación convencional, sino por la convicción de que la norma contenida en el tratado es o se ha convertido en derecho internacional consuetudinario”. A su vez, la CDI explica que la necesidad de la prueba también se debe a que la afirmación de los Estados parte de que el tratado es declaratorio de una norma consuetudinaria, es, en lo que respecta a terceros Estados, un mero elemento de prueba a tal efecto. Ver Comentarios al proyecto de conclusiones de la CDI, *supra* nota 42, p. 113.

⁵⁴ Cf. *supra* nota 42, p. 114-115.

⁵⁵ La CDI menciona como ejemplo el Reglamento Anexo al IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, que si bien fue concebido para revisar la normativa general de la guerra vigente en ese momento (y, por lo tanto, no fue una codificación del derecho internacional consuetudinario existente), más adelante la CIJ consideró que reflejaba el derecho internacional consuetudinario en la materia (ver CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Consecuencias legales de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado”, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 172, parág. 89); ver *supra* nota 42, p. 117.

En los tres casos, la necesidad de probar la práctica y la *opinio iuris* a los fines de concluir que una nueva norma consuetudinaria ha sido consagrada surge como consecuencia de la independencia que existe entre los tratados y la costumbre internacional, en tanto fuentes creadoras con sus propias características y dinámica de existencia y funcionamiento. Por otro lado, esa necesidad de prueba también se debe al principio general de derecho que establece que los tratados internacionales son solo obligatorios para las partes.⁵⁶ Ergo, con más razón resultará determinante verificar la práctica y la *opinio iuris* de aquellos Estados que no son parte del tratado en cuestión, además de evaluar cómo han sido las relaciones entre estos y las partes del acuerdo sobre la materia que regularía la norma jurídica bajo análisis.⁵⁷

En otro orden, toda vez que existen Estados cuyos ordenamientos jurídicos internos exigen que el Poder Legislativo se exprese acerca de la conveniencia de ser parte de un convenio, lo cual suele tener lugar a través de una ley aprobatoria, ese aspecto podría ser incluido en el reglamento interno como uno de los estándares mínimos de prueba a recabar, al igual que los actos internos de incorporación de un acuerdo internacional al derecho interno en aquellos entes soberanos de tradición dualista.

Una cuestión interesante también vinculada con los tratados es aquella que hace al número de Estados que son parte, a los fines de concluir si el contenido de alguna de sus disposiciones ha devenido en costumbre internacional. Debe recordarse, sin embargo, que ese aspecto objetivo basado en una cuestión numérica no es *per se* suficiente, sino que debería ser complementado con la prueba de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados parte (en cuanto a la implementación y aplicación de ese convenio internacional a través de sus respectivos órganos) así como también de terceros Estados. Sobre todo en lo que hace a los Estados parte, el análisis de sus comportamientos deviene necesario con el objeto de determinar si sus conductas obedecen al cumplimiento de la norma convencional que les es oponible, o bien en virtud de considerar que actúan conforme a derecho por la existencia de la costumbre internacional.⁵⁸ Para la CDI el alcance de la participación en los

⁵⁶ Art. 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁵⁷ Cf. *supra* nota 42, p. 115.

⁵⁸ Resulta interesante mencionar, en relación con las disposiciones de un tratado que se transforman en costumbre internacional para terceros Estados, que para BAXTER se torna dificultosa la prueba de la existencia de esa norma consuetudinaria por fuera del tratado debido a que, a medida que más Estados deciden ser parte, ello implica que se reduce (o se torna inexistente) el número de Estados no parte cuyas prácticas o comportamientos puedan ser relevados o analizados a los fines de determinar la existencia de una norma de derecho internacional general. Cuando ello ocurre, para este autor tendría lugar una paradoja: a medida que se incrementa el número de Estados parte de un tratado, resulta difícil demostrar

tratados que son cuasi universales es un aspecto indicativo para determinar el derecho internacional consuetudinario; mientras que en relación con aquellos tratados que “aún no han entrado en vigor o que todavía no han logrado una participación generalizada, también pueden tener influencia en determinadas circunstancias, en particular en los casos en que fueron aprobados sin oposición o por una mayoría abrumadora de Estados”.⁵⁹

En ese sentido, tal como lo indica el Proyecto de conclusiones de la CDI, al evaluarse el comportamiento de un Estado debe tenerse en cuenta toda la práctica disponible de ese ente soberano⁶⁰ (incluida su constancia),⁶¹ la cual debe ser valorada en su conjunto (conclusión 7) ya que solo entonces podrá determinarse la posición real del Estado.⁶²

En lo que concierne a la prueba del elemento psicológico de la costumbre internacional general de naturaleza penal, el reglamento interno —que se propone que adopten los tribunales penales locales e internacionales— también podría seguir o tomar como referencia las conclusiones presentes en el Proyecto de conclusiones de la CDI. En primer lugar, en la conclusión 9, la CDI enfatiza el papel que desempeña la *opinio iuris* como elemento de una norma consuetudinaria:

cuál es el estado de la costumbre internacional fuera del tratado en cuestión; BAXTER, *Treaties and Customs, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden, Hague Academy of International Law, volume 129, p. 64.

⁵⁹ Comentarios al proyecto de conclusiones de la CDI, *supra* nota 42, p. 113.

⁶⁰ Para la CDI esto significa que la práctica examinada debe ser exhaustiva dentro de los límites de su disponibilidad, es decir, debe incluir la práctica pertinente de todos los órganos del Estado y toda la práctica pertinente de un órgano en particular (desde ya que tenga competencia en la materia vinculada con el objeto que regula la norma bajo estudio); *supra* nota 42, p. 102.

⁶¹ En cuanto al carácter constante de la práctica de un Estado, la CDI recalca que si diferentes órganos o poderes del Estado siguen distintas líneas de conducta con respecto al mismo asunto o si la práctica de un órgano varía con el tiempo, cabe concluir que la práctica de ese Estado en su conjunto no es constante, por lo que la contribución de esa entidad soberana al elemento de la “práctica general” podrá reducirse o incluso desaparecer. Al mismo tiempo, señala la CDI que no hace falta que la práctica de los Estados sea totalmente constante. La práctica pertinente debe ser casi o sustancialmente uniforme, por lo que la existencia de algunas incoherencias y contradicciones no necesariamente impide calificar una práctica como constante y por lo tanto como general. En ese sentido, la CDI recuerda la interpretación realizada por la CIJ en el asunto relativo a las “Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua” en el que consideró que: “No cabe esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya de ser perfecta [...]. La Corte no considera que, para el establecimiento de una norma consuetudinaria, la práctica correspondiente deba ajustarse de manera totalmente estricta a la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte estima que es suficiente con que la conducta de los Estados sea, en términos generales, coherente con esas normas”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua” (Nicaragua/Estados Unidos de América), Sentencia sobre fondo, 27 de junio de 1986, I.C.J. Reports 1986, parág. 186. Ver Comentarios al proyecto de conclusiones de la CDI, en particular aquellos realizados a las conclusiones 7 y 8, *supra* nota 42, pp. 102 y 104.

⁶² *Supra* nota 42, p. 102.

implica que la práctica en cuestión ha sido seguida con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica (tal como se indicó con anterioridad). Ello significa, en palabras de la CDI, que el comportamiento del Estado debe ir acompañado en cada caso de la convicción de que el derecho internacional consuetudinario lo permite, lo exige o prohíbe; es decir, que actuó de cierto modo porque sintió o consideró que estaba jurídicamente obligado o tenía derecho a hacerlo.⁶³ También la CDI destaca que “la aceptación como derecho (*opinio iuris*) debe distinguirse de otros motivos no jurídicos para la acción, como la cortesía, la conveniencia o el interés político; si la práctica en cuestión está motivada exclusivamente por esas otras consideraciones, no se identifica ninguna norma de derecho internacional consuetudinario”.⁶⁴

En cuanto a las formas de probar la *opinio iuris*, sería pertinente que el reglamento interno sugerido siguiese la recomendación de la CDI presente en la conclusión 10 de su Proyecto. En dicha conclusión, la CDI propone especialmente evaluar el contenido de las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados (realizadas p. ej. en “debates celebrados en foros multilaterales; al presentar un proyecto de ley ante la cámara legislativa; las afirmaciones hechas en alegaciones escritas y orales presentadas ante tribunales y cortes de justicia; en protestas en que se tacha de ilícita la conducta de otros Estados; y en respuesta a las propuestas de codificación”⁶⁵); las publicaciones oficiales (“abarca los documentos publicados en nombre de un Estado, como los manuales militares y los mapas oficiales”⁶⁶); los dictámenes jurídicos gubernamentales (es decir, aquellos que “se publican de asesores legales de los Gobiernos también pueden arrojar luz sobre la posición jurídica de un Estado, aunque no si el Estado no siguió los dictámenes”⁶⁷); la correspondencia diplomática (que “puede incluir, entre otras cosas, las circulares dirigidas a las misiones diplomáticas”⁶⁸); las decisiones de los tribunales y cortes nacionales (cuando se pronuncian sobre cuestiones de derecho

⁶³ *Supra* nota 42, pp. 106-107.

⁶⁴ Comentarios al proyecto de conclusiones de la CDI, pp. 106-107; en el que además la CDI recuerda la interpretación realizada por la CIJ en el “Caso relativo al Derecho de Asilo”, en el que la Corte se negó a reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario si no se demostraba, entre otras cosas, que en los supuestos casos de práctica, esta “es seguida por los Estados que conceden el asilo como un derecho que les corresponde y es respetado por los Estados territoriales como un deber que les incumbe y no únicamente por razones de conveniencia política [...]; la conveniencia o el puro interés político parecen haber llevado al Estado territorial a reconocer el asilo sin que tal decisión sea dictada por el sentimiento de que existe una obligación jurídica” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo al Derecho de Asilo”, pp. 277 y 286).

⁶⁵ *Supra* nota 42, pp. 108-109.

⁶⁶ *Supra* nota 42, p. 110.

⁶⁷ *Supra* nota 42, p. 110.

⁶⁸ *Supra* nota 42, p. 110.

internacional); las disposiciones de los tratados (dado que “los procesos diplomáticos y de redacción multilaterales pueden proporcionar pruebas valiosas y accesibles sobre las convicciones jurídicas de los Estados respecto del contenido del derecho internacional consuetudinario cuando esas cuestiones son aceptadas y debatidas por los Estados”⁶⁹); el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; y la legislación nacional (“aunque casi siempre es el resultado de decisiones políticas, puede ser valiosa como prueba de la aceptación como derecho, en particular cuando responde al derecho internacional consuetudinario o lo hace efectivo”⁷⁰).

Asimismo, en el párrafo 3.º de la conclusión 10, la CDI considera que la falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la *opinio iuris*, siempre que los entes soberanos hayan estado en condiciones de reaccionar (para lo cual resulta indispensable que hayan tenido conocimiento de la práctica, así como tiempo y capacidad suficiente para actuar)⁷¹ y que las circunstancias hayan exigido una reacción.

Resulta interesante mencionar que la propia CDI tiene en cuenta que existe cierta coincidencia entre las formas de prueba de la aceptación como derecho y las formas de práctica estatal, lo cual puede ocurrir cuando en las pruebas se reflejan ambos elementos de la costumbre a identificar.⁷² Cuando ello ocurre, la CDI considera que es probable que en el caso de las declaraciones formuladas por los Estados estas “transmitan la convicción jurídica del Estado y que a menudo sea más útil considerarlas expresiones de la aceptación como derecho (...) que ejemplos de la práctica”.⁷³

⁶⁹ *Supra* nota 42, p. 110.

⁷⁰ *Supra* nota 42, p. 110.

⁷¹ Aclara la CDI que en los casos en que un Estado no conocía o no cabía esperar que conociera una determinada práctica, o no tuvo un tiempo razonable para responder, la inacción no puede atribuirse a un reconocimiento de que esa práctica estaba establecida (o permitida) en el derecho internacional consuetudinario. Ver Comentarios al proyecto de conclusiones de la CDI, *supra* nota 42, p. 110-111.

⁷² *Supra* nota 42, p. 109.

⁷³ *Supra* nota 42, p. 109.

Además, la jurisprudencia de otros tribunales internacionales penales (incluidos aquellos denominados “híbridos” o “mixtos”⁷⁴), como así también de los nacionales,⁷⁵ es otro factor a considerar puesto que, junto con la doctrina, es una de las fuentes auxiliares por excelencia del derecho internacional público.⁷⁶

Dentro de la categoría “doctrina”, además de las obras de juristas o expertos en derecho internacional penal,⁷⁷ en el reglamento interno también podrían incluirse los trabajos de investigación realizados en la materia por entes especializados en derecho internacional (como la CDI), entidades académicas renombradas, sujetos como el Comité Internacional de la Cruz Roja⁷⁸ e, incluso, ONGs (lo que podría acotarse a aquellas que, p. ej., tienen trayectoria de actuación como *amicus curiae* ante jurisdicciones internacionales penales). Y en relación con tales trabajos, se podría verificar cuál fue la reacción o recepción que tuvieron por parte de los Estados.

⁷⁴ Los denominados tribunales mixtos o híbridos surgieron como alternativa a los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Rwanda, que habían sido duramente criticados debido a la lentitud de sus procesos, a los altos costos económicos de su mantenimiento y a su lejanía de las poblaciones locales que buscaban justicia. Así, estos tribunales híbridos se caracterizan por haber sido creados por un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Estado interesado, por aplicar legislación internacional y local del Estado parte, y por estar integrados por jueces y fiscales nacionales e internacionales; ver BEIGBEDER, *International Criminal Tribunals. Justice and Politics*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2011, p. 107.

⁷⁵ Al comentar la conclusión 12 del Proyecto, y específicamente respecto de la jurisprudencia de los tribunales internos de un Estado, la CDI es cautelosa en su uso debido a que los jueces locales “actúan dentro de un ordenamiento jurídico concreto, que podría incorporar el derecho internacional solamente de una determinada manera y de forma limitada. A diferencia de los tribunales internacionales, los tribunales nacionales pueden carecer de conocimientos especializados en materia de derecho internacional y tomar decisiones sin oír antes los argumentos de los Estados”; *supra* nota 42, p. 122.

⁷⁶ También en el comentario a la conclusión 12 del Proyecto, la CDI explica que: “el valor de esas decisiones varía mucho, dependiendo de la calidad del razonamiento de cada decisión (incluida la medida en que se basa en un examen riguroso de las pruebas de una presunta práctica general aceptada como derecho) y de la acogida de la decisión entre los Estados y otros tribunales. Otras consideraciones que podrían tenerse en cuenta, en función de las circunstancias, son la composición de la corte o el tribunal (y el ámbito de especialización de sus miembros); la mayoría por la que se aprobó la decisión y las condiciones en que la corte o el tribunal desempeñan su labor”; *supra* nota 42, p. 120.

⁷⁷ Al referirse a la doctrina en la conclusión 14 del Proyecto, en los respectivos comentarios la CDI sugiere que se proceda con cautela, siendo necesario distinguir entre el estado actual del derecho (*lex lata*) del derecho que el autor desea (*lex ferenda*); también si refleja posturas nacionales o propias del autor; se debe evaluar la autoridad de la obra de la que se trate así como su calidad, esto es, el planteamiento adoptado por el autor con respecto a la identificación del derecho internacional consuetudinario y la medida en que su texto es fiel a ese enfoque; a su vez destaca la importancia de tener en cuenta, en la medida de lo posible, la doctrina representativa de los principales ordenamientos jurídicos y regiones del mundo y en distintos idiomas; ver *supra* nota 42, pp. 122-123.

⁷⁸ Tal como el estudio realizado sobre aquellas normas del derecho internacional humanitario que poseen naturaleza consuetudinaria, denominado El derecho internacional humanitario consuetudinario, mencionado en la cita número 13.

Cabe destacar que en la actualidad la existencia de ONGs especializadas en derecho internacional penal (que a su vez se focalizan en temáticas concretas y publican los resultados de sus investigaciones), las conexiones entre las diversas instituciones académicas (y sus bibliotecas), así como también los acuerdos de cooperación entre diferentes entidades gubernamentales (sobre todo los ministerios públicos fiscales), hacen que la búsqueda de información sea más ágil, la que además se encuentra facilitada gracias a internet.

En suma, sean cuales sean los elementos probatorios que se incluyan en el reglamento interno como determinantes para ser relevados y examinados, resulta además importante que ese proceso de verificación previamente practicado sea expuesto y explicado en la sentencia del tribunal como parte de su fundamentación. Así, la prueba de la costumbre internacional general de naturaleza penal a través de un método serio, riguroso, minucioso y transparente explicado en una resolución judicial, evitaría y concluiría definitivamente con el eventual recurso a frases vagas e imprecisas y a argumentos morales que en ocasiones suelen usarse para contrarrestar la escasa prueba invocada y que logran dar apariencia de derecho positivo a una costumbre internacional que sería inexistente. En definitiva, la implementación de un método de prueba de la costumbre internacional penal otorgaría transparencia a la labor judicial, reforzaría la seguridad jurídica que deben brindar las instituciones jurisdiccionales, confirmaría la compatibilidad entre la costumbre internacional y el principio de legalidad (concluyendo así con el tabú existente), y consolidaría la legitimidad del derecho internacional penal.⁷⁹

V. A modo de conclusión

La consagración del principio de legalidad en el ámbito internacional significó aceptar expresamente su compatibilidad con el derecho internacional público, en tanto ordenamiento jurídico de cuyas fuentes creadoras pueden emanar prohibiciones penales, entre estas la costumbre internacional.

⁷⁹ LINCOLN señala con acierto que el incumplimiento del principio de legalidad no solo implica transgredir los estándares legales aplicables, sino que además genera que la sociedad desconfíe de su sistema de justicia y que se vea desalentada a cumplir la ley; por tal motivo, considera que resulta esencial que la irretroactividad sea respetada para que la confianza de la sociedad en el sistema legal sea preservada; LINCOLN, “Nullum crimen sine lege in International Criminal Tribunal Jurisprudence: The problem of the residual category of crime”, en *Eyes on the ICC*, vol. 7, n.º 1, 2010-2011, p. 138.

No obstante, al ser una norma jurídica no escrita, la costumbre internacional se habría convertido en una fuente creadora tabú de tipos penales, como consecuencia quizás de la deficiencia de los trabajos probatorios que han intentado acreditar que es derecho positivo.

En el ejercicio de sus funciones, en general, un juez penal —local o internacional— cuenta naturalmente con cierto margen de discrecionalidad para interpretar y aplicar una norma jurídica, aunque se encuentra limitado, desde ya, por las garantías del debido proceso. Sin embargo, esa discrecionalidad implícitamente resulta ser mayor en el caso de normas jurídicas no escritas, como la costumbre internacional y más aun cuando su prueba no está expresamente regulada.

A efectos de terminar definitivamente con ese tabú y de lograr que la aplicación de normas internacionales consuetudinarias de naturaleza penal sea respetuosa del principio de legalidad, resulta imperioso que los jueces realicen de manera rigurosa el proceso de verificación de la costumbre internacional. A tal fin, sería aconsejable que —principalmente— los tribunales internacionales penales creasen un reglamento interno en el que implementasen un método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal con el objeto de que ese reglamento brinde parámetros para efectuar la actividad probatoria mediante el establecimiento de estándares mínimos de prueba que deberían reunirse para acreditar que es derecho positivo. A tal fin, podría tomarse como referencia el Proyecto de conclusiones de la CDI (dadas la excelencia y rigurosidad que caracterizan a los trabajos de la CDI), el cual podría ser adaptado en función de las características propias del derecho internacional penal.

De esa manera, si cada tribunal internacional implementase un mismo reglamento —o al menos su esencia fuese idéntica en cada uno de estos— se lograría una homogeneización del proceso probatorio de la costumbre internacional en el ámbito de las jurisdicciones internacionales penales, y también la adquisición de experiencia en la materia que podría ser transferida a los tribunales penales nacionales de los Estados, así como a los futuros jueces (locales e internacionales). Ello a su vez brindaría certeza acerca del respeto por el principio de legalidad, otorgaría seguridad jurídica a las partes del proceso y reforzaría la legitimidad del derecho internacional penal.

VI. Bibliografía

AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer (Oficina Uruguay), 2005.

- , *Treatise on International Criminal Court*, volume I, New York, Oxford University Press, 2013.
- ARAJÄRVI, Noora, “Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality”, en *Tilburg L. Rev.* vol. 15, 2010-2011, pp. 163-183.
- BARBERIS, Julio, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Abaco, 1994.
- BASSIOUNI, Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, 2003.
- , “Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law”, en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. I: Sources, Subjectcs, and Contents, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- BAXTER, Richard, *Treaties and Customs, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden, Hague Academy of International Law, volume 129.
- BEIGBEDER, Yves, *International Criminal Tribunals. Justice and Politics*, Nueva York, Palgrave Macmillian, 2011.
- BROOMHALL, Bruce, “Article 22: Nullum crimen sine lege”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 4.^a ed., New York, Oxford University Press, 2003.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, Antonio/GAETA, Paola/JONES, John (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- DAILLER, Patrick/PELLET, Alain, *Droit International Public*, 7.^a ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.
- DIEZ DE VELAZCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11.^a ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1997.

FITZMAURICE, Malgosia, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. The Journey from the past to the present”, en BESSON/D’ASPROMONT (eds.), *The Oxford Handbook of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2015.

GROVER, Leena, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

HENCKAERTS, Jean-Marie/DOSWALD-BECK, Louise *Customary International Humanitarian Law*, New York, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2007.

KREB, Claus, “Nulla poena nullum crimen sine lege”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

LINCOLN, Jennifer, “Nullum crimen sine lege in International Criminal Tribunal Jurisprudence: The problem of the residual category of crime”, en *Eyes on the ICC*, vol. 7, n.º 1, 2010-2011, pp. 137-155.

MARINIELLO, Triestino, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, en *Nordic Journal of International Law*, vol. 82, 2013, pp. 221-228.

MCAULIFFE DE GUZMAN, Margaret, “Article 21: Applicable law”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

MONCAYO, Guillermo/VINUESA, Raúl/GUTIERREZ POSSE, Hortensia, *Derecho Internacional Público*, t. I, Buenos Aires, Zavalía, 1977.

PICTET, Jean, *Commentary to the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1952.

PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997.

REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch. 2007.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

SCHABAS, William, *An introduction to the International Criminal Court*, 4.^a ed., New York, Cambridge University Press, 2011.

SHAW, Malcolm, *International Law*, 5.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

VAN SCHAACK, Beth, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, en *American Society of International Law*, vol. 103, n.º 1, marzo de 2009.

WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, La Haya, TMC Asser Press, 2005.