

El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo

Héctor Olásolo Alonso*

Fecha de recepción: febrero 26 de 2013.

Fecha de aprobación: abril 20 de 2013.

Para citar este artículo: OLÁSOLO, H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, 2013, pp. 18-42.

Resumen

El presente trabajo aborda la evolución y el contenido actual del principio *nullum crimen sine iure* en el ordenamiento jurídico internacional. Analiza su desarrollo desde su configuración —al término de la Segunda Guerra Mundial como un “principio de justicia”— hasta su actual definición como un “derecho subjetivo individual” limitativo de la soberanía de los Estados. Explica que no debe ser un tipo específico de norma (en particular, una norma escrita con rango de ley) la que determine el carácter punible de una conducta; antes de su comisión solo exige que la misma sea constitutiva de delito conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate. Por último, analiza cómo se configura con base en los requisitos de la accesibilidad de la norma que recoge la conducta prohibida, y la previsibilidad de la responsabilidad penal en la que incurre su autor en el momento de ejecutarla.

Palabras clave: *nullum crimen*, principio de legalidad, accesibilidad, previsibilidad, costumbre, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

* Magíster en Derecho, por la Universidad de Columbia, licenciado y premio extraordinario de doctorado por la Universidad de Salamanca. Presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), profesor titular de carrera en la Universidad del Rosario y director de la Clínica Jurídica sobre Derecho Internacional Humanitario de dicha Universidad. También ha sido letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la asesoría jurídica y de la sección de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (2002-2004); miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York (1999-2002) y catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht (febrero 2009-septiembre 2012). El autor ha escrito una docena de monografías y más de cincuenta artículos en revistas de reconocido prestigio en español e inglés. Correo electrónico: hector.olasolo@urosario.edu.co

Abstract

This paper deals with the evolution and current content of the *nullum crimen sine iure* principle in international law. It analyses the development of the *nullum crimen* principle from its definition as a principle of justice at the end of Second World War, to its current definition as an individual right imposing a limitation upon States' sovereignty. The article also explains that, nowadays, the *nullum crimen* principle requires for the relevant conduct to be a crime at the time of its commission, according to any of the sources of criminal law in the relevant national or international legal system. No written law is necessarily required. As a result, accessibility and foreseeability are the main elements of the *nullum crimen* principle in current international law.

Keywords: *nullum crimen*, legality, accessibility, foreseeability, custom, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

Resumo

O presente trabalho aborda a evolução e o conteúdo atual do princípio *nullum crimen sine iure* no ordenamento jurídico internacional. Analisa seu desenvolvimento desde sua configuração ao terminar a Segunda Guerra Mundial como um “princípio de justiça”, até sua atual definição como um “direito subjetivo individual” limitativo da soberania dos Estados. Explica como não requiere que seja um tipo específico de norma (em particular, uma norma escrita com rango de lei) a que deve determinar o caráter punível de uma conduta antes de sua comissão, exigindo unicamente que esta seja constitutiva de delito conforme ao sistema de fontes previsto para a criação do direito penal no ordenamento jurídico nacional ou internacional que seja tratado. Finalmente, analisa como se configura com base nos requisitos da acessibilidade da norma que recolhe a conduta proibida e a previsibilidade da responsabilidade penal em que incorre seu autor no momento de realiza-la.

Palavras-chave: Nullum Crime, Princípio de Legalidade, Acessibilidade, Previsibilidade, Costume, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

I. Introducción

Los tres principales elementos del principio de legalidad penal constituyen en la actualidad parte del Derecho Internacional general y se encuentran en proceso de consolidación como normas de *ius cogens*¹. El primero, referido en este trabajo como *nullum crimen sine iure*, consiste en la prohibición del surgimiento de responsabilidad penal por conductas que, en el momento de llevarse a cabo, no eran constitutivas de delito según el Derecho nacional o internacional aplicable². Los otros dos elementos son el principio *nulla poena sine iure*³ y el principio de responsabilidad individual y prohibición de los castigos retroactivos⁴.

Este trabajo se centra en analizar la evolución y el contenido actual del principio *nullum crimen sine iure* en el ordenamiento jurídico internacional. Para ello, se aborda su desarrollo, desde su configuración al término de la Segunda Guerra Mundial como un “principio de justicia”, hasta su actual definición como un “derecho subjetivo individual” limitativo de la soberanía de los Estados.

A continuación, se analiza el contenido de dicho principio en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de Derechos Humanos, la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales y los sistemas nacionales que no siguen la tradición romano-germánica, mostrando que los mismos construyen el principio *nullum crimen sine iure* sobre la base de dos elementos fundamentales: (i) la exigencia de que la conducta sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate (sin requerirse, por tanto, que el carácter punible de la conducta deba establecerse en un tipo específico de norma jurídica, como la norma escrita con rango de ley) y (ii) los requisitos de accesibilidad de la norma que recoge la conducta prohibida y previsibilidad de la responsabilidad penal en que incurre su autor en el momento de ejecutarla.

Más adelante, se estudia el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en el que, al igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales de tradición romano-germánica, se ha extendido el contenido del principio *nullum crimen sine iure*, al requerir la previa determinación del carácter punible de la conducta por norma escrita con rango de ley y sustituir los requisitos de accesibilidad

1 MERON, T., *War Crimes Law Comes of Age*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 244; LAMB, S., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, en A. CASSESE, P. GAETA y J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 735; HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, regla 101, p. 371.

2 GALLANT, K., *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 352-359.

3 Ibid.

4 Ibid.

y previsibilidad por aquellos de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*. En esta sección se examinan las razones que han llevado a esta extensión y se alerta frente a la potencial violación de los deberes de investigación y enjuiciamiento de los Estados y del principio hermenéutico *pro homine*, que resultaría de la aplicación formal de estos últimos requerimientos en situaciones constitutivas de delitos de lesa humanidad (en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad), en particular cuando dichos crímenes han sido promovidos o consentidos desde las propias instituciones públicas.

Después, se procede a analizar el contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el sistema del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI) y se observa cómo la tipificación de los delitos —que impide la jurisdicción de la CPI sobre aquellos crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto— evita que la aplicación de los requisitos de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* provoque el tipo de problemas que se generan en el ámbito del Sistema Interamericano, a causa de la ausencia del tipo de “delitos de lesa humanidad” en la gran mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros del Sistema hasta la primera década del siglo XXI.

Llegados a este punto, se examina cómo la extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el Sistema Interamericano y el Estatuto de Roma no abarca, en ningún caso, las cuestiones jurisdiccionales, procesales y procedimentales que, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de dicho principio en los sistemas universal y regionales de protección de derechos humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales y de la CPI. Esto marca una importante diferencia con ciertos ordenamientos jurídicos nacionales, que han extendido el principio de legalidad penal a determinados aspectos de la legislación procesal mediante la cual el Estado ejercita su potestad punitiva⁵.

En la conclusión se observa, por un lado, que el Derecho Internacional no prohíbe *per se* la extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* operada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la CPI, si bien se subraya que dicha extensión puede llevar, en particular para los Estados parte del Sistema Interamericano, al incumplimiento de sus deberes de investigación y enjuiciamiento, así como de su obligación de garantizar el pleno disfrute del derecho a un recurso judicial efectivo a las víctimas de delitos de lesa humanidad.

5 Véase a este respecto el Artículo 29 de la Constitución de Colombia y su interpretación por la Sentencia C-562 (2005).

II. La evolución del principio *nullum crimen sine iure* en el ordenamiento jurídico internacional: de “principio de justicia” a “derecho subjetivo individual”

Al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron establecidos el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Núremberg o IMT), el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio o IMTFO) y los tribunales militares aliados operativos en cada una de las cuatro zonas en las que Alemania había sido dividida en 1945 a efectos de su administración, el Derecho Internacional de la época consideraba al principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia que no daba lugar a derechos subjetivos individuales ni limitaba la soberanía del Estado.

Así se refleja en la sentencia del Tribunal de Núremberg del 1 de octubre de 1946, en la que se subraya que, según la normativa internacional que regulaba las situaciones de ocupación, cada uno de los Estados aliados que ocupaban Alemania (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética) tenían el derecho propio de establecer tribunales especiales y determinar las acciones u omisiones constitutivas de delito sobre las que dichos tribunales tenían jurisdicción⁶. En consecuencia, la Carta de Londres, por la que se creó el Tribunal de Núremberg el 8 de agosto de 1945 y se definió su Estatuto, constituía un ejercicio del poder legislativo soberano que el Derecho Internacional atribuía a los Estados a los que el Gobierno de la Alemania nazi se había rendido de manera incondicional⁷.

En este contexto, el principio *nullum crimen sine iure* no podía ser entendido como una limitación impuesta por el ordenamiento internacional al Derecho de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética a legislar mediante la creación del Tribunal y la definición de los delitos contenidos en su Estatuto, sino que, tal y como han afirmado Donnedieu de Vabres⁸ y Gallant⁹, se configuraba como un principio de justicia que podía ser legítimamente inaplicado por la voluntad soberana de los Estados legisladores.

Es por ello que el principal argumento esgrimido por el Tribunal de Núremberg para rechazar las alegaciones presentadas por la defensa sobre la presunta violación del principio *nullum crimen sine iure* consistió en que los delitos imputados habían sido incluidos en el Estatuto del Tribunal por la voluntad soberana de los Estados

6 INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, Judgment, de 1 de octubre de 1946, *IMT Trial*, vol. 1, pp. 173–174, 218, 228, 232, 243, 253.

7 Id., p. 228.

8 DONNEDIEU DE VABRES, H., “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, *Recueil des Cours*, vol. 70, núm. 1, 1947, p. 574.

9 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 113-114, 241, 343.

legisladores. Solo como argumento subsidiario, el Tribunal analizó si cada uno de dichos delitos había sido definido por el Derecho Internacional cuando se iniciaron las hostilidades el 1 de septiembre de 1939¹⁰.

El consenso reflejado en la sentencia del Tribunal de Núremberg en la caracterización del principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia dio paso, apenas dos años después, a varios votos particulares a la sentencia del Tribunal de Tokio que rechazaban tal posición. Así, los magistrados Rolling¹¹, Bernard¹² y Pal¹³ objetaron la configuración del principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia que permitía su aplicación flexible, dado su sometimiento a la voluntad de los Estados soberanos y afirmaron su configuración como un derecho subjetivo individual que imponía a los Estados la obligación de respetarlo en la administración de la justicia penal. De esta manera, se ponían de manifiesto las notables divisiones existentes entre los juristas de la época sobre la naturaleza del principio *nullum crimen sine iure*.

En las tres décadas siguientes se produjo una significativa evolución de la naturaleza de este principio, hasta consagrarse como un derecho subjetivo individual generador de una auténtica obligación para los Estados, que limitaría sin excepción el ejercicio de su poder soberano. Entre 1948 y 1978, la nueva naturaleza del principio *nullum crimen sine iure* fue acogida, con carácter inderogable incluso en situaciones de estado de excepción, en:

- (i) Los instrumentos internacionales de carácter universal de protección de los derechos humanos en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹⁴, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁵ y la Convención para la Protección de los Derechos del Niño¹⁶.
- (ii) Los instrumentos internacionales de carácter regional de protección de derechos humanos, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁷, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)¹⁸ y las más recientes Carta

10 INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, cit., p. 219.

11 Voto particular del juez Roling, INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST, Judgment, de 4 de noviembre de 1948, *IMTFE Records*, vol. 109, pp. 4-5, 11-48.

12 Voto particular del juez Bernard, INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST, Judgment, de 4 de noviembre de 1948, *IMTE Records*, vol. 105, pp. 1-15.

13 Voto particular de juez Pal, id., pp. 56-66.

14 Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 diciembre de 1948, Art. 10.

15 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, Art. 15.

16 Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, Artículo 40 (2)(a).

17 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Art. 7.

18 Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, Art. 9.

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁹ y la Carta Árabe de los Derechos Humanos²⁰.

- (iii) Las disposiciones contenidas en la tercera y cuarta Convenciones de Ginebra, así como en sus dos Protocolos Adicionales de 1977²¹, donde por primera vez se impone de manera explícita a los Estados la obligación de respetar el principio de legalidad en el marco de los conflictos armados internos, es decir, en aquellas situaciones en las que los Estados tienen una mayor tensión, puesto que enfrentan una lucha por su supervivencia o la del régimen político imperante en los mismos²².
- (iv) Las constituciones y las disposiciones legislativas nacionales²³ (todos los Estados pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, excepto Bután y Brunei, han adoptado el principio *nullum crime sine iure* en sus Constituciones, en sus normas legislativas o por medio de su vinculación a tratados internacionales donde se recoge el mismo)²⁴.

La configuración del principio *nullum crimen sine iure* como un derecho subjetivo individual ha sido también acogida en los instrumentos constitutivos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales e internacionalizados penales surgidos en los últimos veinte años²⁵, como se refleja en las decisiones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en los casos Tadic²⁶ y Milutinović²⁷, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el caso Akayesu²⁸ y de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) en el caso Norman²⁹.

19 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981, Art. 7.

20 Carta Árabe de los Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2004, Art. 15.

21 Convención de Ginebra III, Art. 93; Convención de Ginebra IV, Art. 65, ambas de 12 de agosto de 1949. Vid. También Protocolo Adicional I de 1977, Art. 75 (4) (c) y Protocolo Adicional II, Artículo 6 (2) (c), ambos de 8 de junio de 1977; vid. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, vol. I, cit., regla 101 y la documentación que en apoyo de la misma se presenta en el vol. II de esta misma obra, pp. 2493-2500.

22 Para el Comité Internacional de la Cruz Roja, el núcleo central del principio de legalidad penal en la actualidad parte del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Vid. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, Vol. I, cit., regla 371.

23 Más de cien Constituciones nacionales recogen el principio *nullum crimen sine iure*. vid. GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 553-577.

24 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., p. 241.

25 Id., pp. 325-330.

26 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Caso Núm. IT-94-I-T, de 2 de octubre de 1995, párr. 143.

27 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic, Decision on Dragoljub Ojdanic' Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise*, Caso Núm. IT-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003, párr. 9.

28 TPIR, Sala de Primera Instancia, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement*, Caso Núm. ICTR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998, párr. 617.

29 CESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. San Hinga Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction*, Caso Núm. SCSL 04-14-AR72(E), de 31 de mayo de 2004, párr. 25.

De ahí que se pueda afirmar que la nueva naturaleza del principio *nullum crimen sine iure* hoy en día forma parte del Derecho Internacional general desde un doble ámbito: como costumbre internacional de aplicación universal y como principio general del Derecho, que es común a las Naciones que conforman la comunidad internacional³⁰. Además, según eminentes publicistas como Meron y Gallant, habría adquirido —o estaría en proceso de adquirir— el rango de norma de *ius cogens*³¹. Esto hace que sea oponible frente a: (i) los tribunales nacionales (con independencia de que los mismos respondan a una tradición de Derecho común, romano-germánica, islámica, exsoviética, china o japonesa)³²; (ii) los tribunales establecidos por acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales (como es el caso de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya³³ o la CESL³⁴); (iii) los tribunales creados por las Administraciones Provisionales de las Naciones Unidas en territorios como Timor Oriental³⁵ y Kosovo³⁶; (iv) los Tribunales Penales Internacionales en sentido estricto, con independencia de que hayan sido instaurados por Estados (como es el caso de la Corte Penal Internacional³⁷) o por organizaciones internacionales (como es el caso del TPIY³⁸, el TPIR³⁹ y el Tribunal Especial para Líbano⁴⁰).

30 MERON, T., *War Crimes*, cit., p. 244; LAMB, S., “Nullum Crimen”, cit., p. 735; HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, Vol. I, cit., regla 101, p. 371.

31 MERON, T., *War Crimes*, cit., p. 244; GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 315-316.

32 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 265-271.

33 Vid. “Draft Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea”, que fue aprobado y anexo al *Khmer Rouge Trials*, G.A. Res. 57/228B, Doc. Núm. A/RES/57/228B, de 22 mayo de 2003, Art. 12 (2). Esta disposición incorpora los Artículos 14 y 15 del PIDCP.

34 CESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. San Hinga Norman*, cit., párr. 25.

35 MISIÓN DE ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN TIMOR ORIENTAL (UNTAET), *Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offenses*, Doc. Núm. UNTAET/REG/2000/15, de 6 de junio de 2000, secc. 12-13. Vid. FERDINANDUSSE, W. N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, TMC Asser Institute, La Haya, 2006, pp. 225-226.

36 MISIÓN DE ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN KOSOVO (UNMIK), *Regulation Núm. 2000/59 on the Law Applicable in Kosovo*, Doc. Núm. UNMIK/REG/2000/59, secciones 1.3 y 1.4. Este reglamento modifica el Reglamento Núm. 1999/24, de 10 de junio de 1999.

37 Artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma de la CPI.

38 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit., párr. 143; TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, cit., párr. 9.

39 TPIR, SALA DE PRIMERA INSTANCIA, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., párr. 617.

40 Vid. UN SECRETARY GENERAL, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon*, UN Doc. S/2006/893, de 15 noviembre de 2006, párr. 11-26.

III. El contenido del principio *nullum crimen sine iure* en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos

El principio *nullum crimen sine iure* es recogido en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH con idéntica formulación: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional”. Su finalidad, como la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) ha subrayado en los casos *Kononov* frente a Letonia (2010)⁴¹, *Korbely* frente a Hungría (2008)⁴², *Jorgic* frente a Alemania (2007)⁴³ y *Streletz, Kessler y Krenz* frente a Alemania (2001)⁴⁴, constituye la provisión de una garantía efectiva contra las investigaciones, enjuiciamientos y condenas arbitrarias, siendo irrelevante si la criminalización de la conducta se ha producido mediante el Derecho nacional o el Derecho Internacional, con tal de que la misma sea constitutiva de delito en el momento de llevarse a cabo.

Los Artículos 15 del PIDCP y 7 de la CEDH contienen, además, un segundo párrafo en el que se prevé que:

[...] el presente Artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional⁴⁵.

Sin embargo, este último párrafo no añade nada nuevo a la expresión “Derecho nacional o internacional”, puesto que los principios generales del Derecho al que se refiere son fuente principal del Derecho Internacional, según el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁶. En consecuencia, su presencia solo se comprende desde la voluntad de sus redactores de reafirmar en forma expresa la legitimidad de los principios recogidos en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, como se reflejan en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, 177 (II), de 21 de noviembre

41 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, Aplicación Núm. 36376/04, de 17 de mayo de 2010, párr. 185.

42 CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, Aplicación Núm. 9174/02, de 19 de septiembre de 2008, párr. 69-71.

43 CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania*, Aplicación Núm. 74613/01, de 12 de julio de 2007, párr. 101-109.

44 CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, Aplicaciones Núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, de 22 de marzo de 2001, párr. 50.

45 El Artículo 7 de la CEDH utiliza la expresión “Naciones civilizadas” en lugar de “Comunidad Internacional”, que es la expresión que se recoge en el Artículo 15 del PIDCP.

46 En el mismo sentido, Vid. GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 191-200.

de 1947y 488 (V), de 12 de diciembre de 1950 y el informe presentado sobre los mismos por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1950⁴⁷.

La formulación del principio *nullum crimen sine iure* contenida en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH no requiere que sea un tipo específico de norma (por ejemplo, una norma escrita con rango de ley) la que deba determinar el carácter punible de una conducta antes de su comisión. Lo que se exige es que la misma sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate⁴⁸.

Las fuentes de Derecho interno, por medio de las cuales se cumple con el principio *nullum crimen sine iure*, incluyen tanto los precedentes judiciales en los países de tradición de Derecho común (entre ellos, Reino Unido, Australia o numerosos Estados del Caribe⁴⁹), como las normas escritas con rango de ley en los países de tradición romano-germánica⁵⁰. Por su parte, el Derecho Internacional aplicable incluye la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y los tratados de los que

47 Tras la sentencia dictada el 1 de octubre de 1946 por el Tribunal de Núremberg, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó en su Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, los principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto y Sentencia del Tribunal de Núremberg (conocidos como Principios de Núremberg). Esta fue seguida por la Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, por la que se encargaba a la recién creada Comisión de Derecho Internacional que formulara y desarrollara los principios de Núremberg y que preparara un Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1950 la Comisión de Derecho Internacional presentó a la Asamblea General su informe sobre los Principios de Núremberg, en el que se reconoce que aquellas situaciones en las que se producen múltiples actos de violencia sistemática o a gran escala contra la población civil de un Estado no son solo una cuestión interna de un Estado, sino que se convierten en un asunto de la Comunidad Internacional en su conjunto, pues menoscaban los valores básicos sobre los que se organiza la propia Comunidad Internacional. Además, debido a que en su origen los delitos de lesa humanidad fueron cometidos por medio de instituciones del Estado, que daban a los mismos un “barniz de legalidad”, también se incorporó el principio por el que la comisión de este tipo de delitos no depende de su prohibición en la normativa interna del Estado afectado, sino que, por el contrario, la legislación nacional es considerada irrelevante, a efectos de determinar si dirigentes políticos o militares incurrieran en delitos de lesa humanidad. Vid. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *ILC Commission Report on Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, Doc. Núm. A/1316 (A/5/12), de 12 de diciembre de 1950, párr. 95-127, que se pueden encontrar en el volumen 2 (1950) del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. A pesar de que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, no adoptó formalmente la versión más elaborada de los Principios Núremberg presentada por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 (invitando a los Estados a formular observaciones al informe presentado por la CDI), lo cierto es que, tal y como ha afirmado Bassiouni, la mayoría de la doctrina atribuye un valor determinante al informe de la CDI como prueba de que los principios de Núremberg eran, ya en 1950, parte de la costumbre internacional o de los principios generales del derecho. Vid. BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011, p. 174.

48 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr. 69-71; CtEDH, *Caso Jorgić c. Alemania* cit., párr. 101-109; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50.

49 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 360-362.

50 Ibid.

forme parte el Estado de que se trate⁵¹. En consecuencia, el principio *nullum crimen sine iure* no supone una exclusión automática del desarrollo del Derecho Penal mediante el sistema del precedente en los países de Derecho común, de la interpretación y clarificación judicial de las leyes en los países de tradición romano-germánica o de la elaboración consuetudinaria propia del Derecho Internacional.

En este sentido, la CtEDH ha subrayado que el progresivo desarrollo del Derecho por el precedente judicial es una parte bien enraizada y necesaria de la tradición jurídica de ciertos Estados parte de la CEDH, por lo que el Artículo 7 de la CEDH no puede leerse como prohibiendo la clarificación gradual de las normas sobre responsabilidad penal mediante la interpretación judicial del caso concreto, con tal de que el desarrollo resultante sea coherente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente previsto⁵². Asimismo, la propia CtEDH ha añadido que, con independencia de la claridad con la que esté definida una disposición legal, siempre hay un elemento inevitable de interpretación jurisprudencial y existe una necesidad de resolver las cuestiones dudosas y de adaptarse a las circunstancias cambiantes⁵³.

Al admitirse en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH que tanto normas escritas como normas no escritas puedan dar cumplimiento al principio *nullum crimen sine iure*, el contenido de este último en los Sistemas Universal y Europeo de Derechos Humanos no puede consistir en la previa tipificación de la conducta prohibida en una norma escrita con rango de ley. Es por ello que la jurisprudencia constante de la CtEDH en los casos Kononov, Korbely, Jorgic y Streletz, Kessler y Krenz ha señalado que el principio *nullum crimen sine iure* se compone de dos elementos esenciales: (i) la accesibilidad del imputado a la norma nacional o internacional que hace punible su conducta en el momento de cometer el hecho punible y (ii) la previsibilidad para el imputado, al llevar a cabo su conducta, de que con ella estaría incurriendo en responsabilidad penal, según el Derecho aplicable⁵⁴.

51 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Pavle Strugar et al.*, *Decision on Interlocutory Appeal*, Caso Núm. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002, párr. 9, 10 y 13; TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, cit., párr.9; TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alađić and Amir Kubura*, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility*, Caso Núm. 01-47-AR 72, de 16 de julio de 2003, párr. 32. vid. GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 352-357.

52 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr.70; CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania* cit., párr. 100-101; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50. Vid. CtEDH, *Caso S. W. c. Gran Bretaña* Series A, Núm. 335-B, pp. 41-42, párr. 34-36; CtEDH, *Caso C. R. c. Gran Bretaña*, de 22 de noviembre de 1995, Serie A Núm. 335-C, pp. 68-69, párr. 32-34.

53 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr.70; CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania* cit., párr. 100-101; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50; CtEDH, *Caso S. W. c. Gran Bretaña* párr. 34-36; CtEDH, *Caso C. R. c. Gran Bretaña*, párr. 32-34.

54 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr. 69-71; CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania* cit., párr. 101-109; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50. Vid. CLAYTON, R. y TOMLINSON, H., *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 672.

Esta misma composición es acogida en el Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula relativa a los estados de emergencia en el PIDCP⁵⁵.

IV. El contenido del principio *nullum crimen sine iure* en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales

La jurisprudencia de los tribunales internacionales penales sobre el contenido del principio *nullum crimen sine iure*, en particular las decisiones de la Sala de Apelaciones en el TPIY en los casos Tadic⁵⁶ y Milutinović⁵⁷ y del TPIR en el caso Akayesu⁵⁸, siguen lo dispuesto en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos con respecto al valor de la costumbre internacional como fuente del Derecho Penal y a su relevancia al aplicar el principio *nullum crimen sine iure*.

En este sentido, conviene recordar que el TPIY, el TPIR y la CESL fueron creados con posterioridad a la comisión de una gran parte de los delitos sobre los que tienen jurisdicción. Como resultado, sus respectivos estatutos no contienen normas de naturaleza penal que tipifiquen comportamientos específicos, sino que incluyen solo disposiciones de naturaleza procesal que les atribuyen jurisdicción material sobre delitos preexistentes en virtud del Derecho Internacional. Así, como se señala en el informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre la creación del TPIY, el Estatuto del TPIY no pretende crear nuevos delitos, sino aplicar el Derecho Internacional Humanitario⁵⁹. Esto, en principio, incluye tanto los usos y las costumbres de la guerra como el derecho Convencional⁶⁰. Sin embargo, el propio secretario general añadió a continuación que, para evitar cualquier problema derivado de la falta de adhesión de algunos Estados a ciertos tratados internacionales, el principio *nullum crimen sine iure* requeriría que el tribunal internacional

55 HANSKI, R. y SCHEININ, M., *Leading Cases of the Human Rights Committee*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, 2003, p. 157, refiriéndose a COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentario General No. 29 (72)*, Doc. Núm. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párr. 7. Vid. CORTE INTERNACIONAL PERMANENTE DE JUSTICIA, *Advisory Opinion on the Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, sentencia de 4 de diciembre de 1935, Serie A/B, Núm. 65. En esta sentencia se afirma que los principios de notificación y eliminación de todo comportamiento opresivo del Gobierno, que se encuentran en la base del principio *nullum crimen sine iure*, no pueden ser coherentes sin que exista una razonable certeza sobre el derecho aplicable.

56 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit., párr. 143.

57 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Drađoljub Ojđanic*, cit., párr. 9. vid. TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alađic and Amir Kubura*, cit., párr. 32.

58 TPIR, Sala de Primera Instancia, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., párr. 617.

59 UN SECRETARY GENERAL, *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993)*, S/25704, de 3 mayo de 1993, párr. 29.

60 Id., párr. 33.

aplicase aquellas normas del Derecho Internacional Humanitario sobre las que no cabe duda de su naturaleza consuetudinaria⁶¹.

Ante la falta de definición estatutaria⁶², la Sala de Apelaciones del TPIY definió por primera vez el contenido del principio *nullum crimen sine iure* en su decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic del 2 de noviembre de 1995. La cuestión abordada en aquella decisión consistía en determinar si, sobre la base del Artículo 3 de su Estatuto, que se refiere en forma genérica a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, se puede considerar que el TPIY tiene jurisdicción sobre aquellas otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario que no constituyan infracciones graves de los Convenios de Ginebra⁶³.

La Sala de Apelaciones del TPIY respondió a esta cuestión, afirmando que tanto la costumbre internacional como el Derecho convencional son fuentes de Derecho Internacional Penal relevantes a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine iure*⁶⁴. Además, señaló cuatro presupuestos que deben cumplirse para que el TPIY tenga jurisdicción sobre violaciones del Derecho Internacional Humanitario que no constituyan infracciones graves de los Convenios de Ginebra: (i) una norma de Derecho Internacional Humanitario debe haber sido violada; (ii) dicha norma ha de tener un carácter consuetudinario o, si tiene un carácter convencional, todas las partes en conflicto deben ser parte del tratado de que se trate cuando se cometió la violación y la normativa infringida deber ser conforme al *ius cogens*; (iii) la violación debe ser grave, en el sentido de que afecte una norma que proteja bienes jurídicos importantes y ocasione graves consecuencias para las víctimas y (iv) la violación debe dar lugar a responsabilidad internacional penal, de acuerdo con la costumbre internacional o con los tratados internacionales aplicables⁶⁵.

61 Id., párr. 34.

62 Si bien en este contexto la determinación del contenido del principio *nullum crimen sine iure* adquiere una particular relevancia, lo cierto es que los Estatutos del TPIY, TPIR y CESL no contienen ninguna referencia expresa a dicho principio, por lo que su construcción es jurisprudencial.

63 Las infracciones graves a los Convenios de Ginebra se recogen en el Artículo 2 del Estatuto del TPIY.

64 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit., párr. 143. Al justificar la relevancia del Derecho convencional, la Sala de Apelaciones señaló que la única razón para que los redactores del Estatuto del TPIY enfatizaran la aplicación del Derecho consuetudinario es evitar la violación del principio *nullum crimen sine iure* en aquellos supuestos en que alguna de las partes en conflicto no sea parte del tratado internacional de que se trate. En consecuencia, la Sala de Apelaciones concluyó que el TPIY se encontraba también legitimado para aplicar el Derecho convencional cuando concurren las siguientes dos condiciones: (i) la adhesión de todas las partes en conflicto al tratado internacional de que se trate en el momento en que se produzcan los hechos presuntamente constitutivos de delito y (ii) la compatibilidad entre el contenido de las normas convencionales de que se trate y las normas internacionales de *ius cogens*, entre las que se encuentra la mayoría de los usos y costumbres de la guerra.

65 Id., párr. 94.

No obstante, a partir del año 2002, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY cambió su línea jurisprudencial, para adoptar una interpretación más restrictiva del principio *nullum crimen sine iure* que excluía la aplicación del Derecho convencional. De esta manera, a partir de la decisión interlocutoria en el caso Strugar en relación con los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles⁶⁶ (y siguiendo con las decisiones sobre jurisdicción en los casos Milutinović⁶⁷ y Hadzihasanovic⁶⁸), el TPIY ha afirmado que solo puede conocer de hechos que en el momento de producirse fuesen constitutivos de alguno de los delitos enumerados en su Estatuto, conforme a la costumbre internacional⁶⁹. Con ello se afirma que, debido a las particulares características del TPIY (aplicables también al TPIR y la CESL), la costumbre internacional es la única fuente de Derecho Internacional Penal que permite cumplir con las exigencias del principio *nullum crimen sine iure*.

Además, la Sala de Apelaciones del TPIY, al igual que el TPIR en el caso Akayesu y la CESL en el caso Norman, siguiendo lo definido en la jurisprudencia de la CtEDH, ha afirmado que el principio *nullum crimen sine iure* requiere los siguientes dos elementos: (i) que en el momento en que se realiza la conducta prohibida, la norma consuetudinaria que la declara punible haya sido lo suficientemente accesible para el imputado (accesibilidad) y (ii) que el imputado haya podido prever que incurriría en responsabilidad penal si desarrollaba su conducta (previsibilidad)⁷⁰.

V. La extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

El Artículo 9 de la CADH prevé que “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho aplicable”. Se trata, por tanto, de una formulación idéntica a la que se puede encontrar en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH, con la única salvedad de que el Artículo 9 de la CADH no hace referencia explícita al Derecho nacional o internacional, sino que se refiere de manera genérica al “Derecho aplicable”.

66 TPIY, *Sala de Apelaciones, The Prosecutor v. Paule Strugar et al.*, cit., párr. 9, 10 y 13.

67 TPIY, *Sala de Apelaciones, The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dražoljub Ojdanic*, cit., párr. 9.

68 TPIY, *Sala de Apelaciones, The Prosecutor v. Enver Hadzihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura*, cit., párr. 32.

69 TPIY, *Sala de Apelaciones, The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dražoljub Ojdanic*, cit., párr. 9.

70 Id., párrs. 10 y 21. vid. TPIY, *Sala de Apelaciones, The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagić and Amir Kubura*, cit., párr. 32-36; TPIR, *Sala de Primera Instancia, The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., párr. párr. 617; CESL, *Sala de Apelaciones, Prosecutor v. San Hinga Norman*, cit., párr. 35.

Una interpretación literal de la expresión “Derecho aplicable” en el Artículo 9 de la CADH no permite excluir del ámbito de aplicación del principio *nullum crimen sine iure* ni el Derecho nacional (incluyendo el sistema de precedente de los países de Derecho común), ni el Derecho Internacional con su tradicional elaboración consuetudinaria. No obstante, la jurisprudencia de la CIDH en los casos *García Asto y Ramírez Rojas frente a Perú* (2005)⁷¹, *Fermín Ramírez frente a Guatemala* (2005)⁷², *Lori Berenson frente a Perú* (2004)⁷³, *De la Cruz Flores frente a Perú* (2004)⁷⁴ y *Castillo Petruzzi frente a Perú* (1999)⁷⁵ ha optado por una interpretación del Artículo 9 de la CADH, en la que, sobre la base del objeto y fin de la garantía que se define en la misma, ha extendido su contenido más allá de lo previsto en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales.

Para la CIDH, el fundamento del principio *nullum crimen sine iure* es la necesidad de garantizar que los particulares puedan orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresen tanto el reproche social como sus consecuencias⁷⁶. Sobre tal fundamento, la CIDH ha advertido que la elaboración de los tipos penales requiere una clara definición de la conducta inculpada en normas escritas con rango de ley, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales⁷⁷. De esta manera, al aplicar la ley penal, según la CIDH el juez debe atenerse con estrictez a lo dispuesto por dicha ley, verificando con la mayor rigurosidad la adecuación de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de tal forma que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico⁷⁸.

De esta manera, los requisitos de la accesibilidad y la previsibilidad que caracterizan al principio *nullum crimen sine iure* en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales dejan paso a los requisitos de la *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* que, como ocurre en los sistemas nacionales de tradición roma-

71 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 187-191 y 206-207.

72 CIDH, *Caso Fermín Ramírez c. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 90-91.

73 CIDH, *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 126.

74 CIDH, *Caso De la Cruz Flores c. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrs. 70-82.

75 CIDH, *Caso Castillo Petruzzi c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 119-121.

76 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 187-191; CIDH, *Caso Fermín Ramírez c. Guatemala*, cit., párr. 90-91; CIDH, *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, cit., párr. 126; CIDH, *Caso De la Cruz Flores c. Perú*, cit., párr. 70-82; CIDH, *Caso Castillo Petruzzi c. Perú*, cit., párr. 119-121.

77 Ibid.

78 Ibid.

no-germánica, se convierten en el referente para la valoración del cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio *nullum crimen sine iure* (mejor llamado en este contexto *nullum crimen sine lege*).

Conviene subrayar que la CIDH ha llevado a cabo esta extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en los casos relativos a la legislación antiterrorista de Perú, dirigida a pacificar la situación de crisis generada por las operaciones del grupo armado Sendero Luminoso⁷⁹. Contenida en los Decretos Ley 25.475 y 25.659, esta legislación fue aprobada en mayo de 1992 por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, surgido del golpe de Estado encabezado por Alberto Fujimori en abril de 1992⁸⁰. Se caracteriza por establecer un tipo abierto de terrorismo con diversas conductas alternativas, así como por la tipificación como delitos autónomos de los supuestos de colaboración con el terrorismo y pertenencia a una organización terrorista⁸¹. Además, contiene una serie de especialidades procesales que la CIDH ha enunciado de la siguiente manera:

[...] posibilidad de disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por un máximo legal, limitación de la participación del abogado defensor a partir del momento en que el detenido hubiese rendido su declaración, improcedencia de la libertad provisional del imputado durante la instrucción, prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron en razón de sus funciones en la elaboración del atestado policial, obligación para el Fiscal Superior de formular una acusación “bajo responsabilidad”, sustanciación del juicio en audiencias privadas, improcedencia de recusación alguna contra los magistrados y auxiliares judiciales intervinientes, participación de jueces y fiscales con identidad secreta y aislamiento celular continuo durante el primer año de las penas privativas de libertad que se impusieran⁸².

En este particular contexto de una legislación especial antiterrorista —aprobada en una situación de estado de emergencia resultante de un golpe de Estado— la CIDH ha subrayado la importancia de exigir que la conducta punible como delito de terrorismo sea descrita con la mayor claridad, puesto que es necesario limitar “la amplitud con que el juez puede interpretar la norma en una situación en que, normalmente, hay un repudio social inmenso contra el presunto culpable, repudio

79 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 97 y ss.

80 Ibid.

81 Id., párr. 97.

82 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 97.3.

que es altamente probable sea compartido por el tribunal”⁸³. Es por ello que, en este tipo especial de situaciones, la CIDH subraya la importancia de la garantía contenida en el principio *nullum crimen sine iure*, a efectos de proteger a quienes, siendo objeto de un gran repudio social, enfrentan procesos penales en su contra.

Casi en su totalidad procedentes de sistemas nacionales romano-germánicos, los magistrados de la CIDH analizan las razones por las que los requisitos de accesibilidad y previsibilidad acogidos por los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y por la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales no ofrecerían una protección suficiente en este tipo de contextos tan particulares. En consecuencia, optan por la sustitución automática de dichos requisitos por los que dan contenido al principio *nullum crimen sine iure* en los sistemas romano-germánicos.

No es este el momento de examinar a profundidad si los requisitos de accesibilidad y previsibilidad proveen una garantía suficiente, incluso en situaciones excepcionales como las mencionadas, si bien cabe decir que los Sistemas Universal y Europeo de Derechos Humanos y los tribunales internacionales penales han enfrentado con dichos requisitos situaciones de características similares. No puede dejar de subrayarse que, si la opción adoptada por la CIDH no se circunscribe a situaciones tan particulares como las que dieron lugar a la legislación antiterrorista peruana, con el alto grado de repudio social de los comportamientos regulados por ella, se corre el riesgo de incurrir en una violación grave del principio de interpretación *pro homine*, recogido en los Artículos 5 (1) PIDCP y 29 CADH⁸⁴.

Según este principio hermenéutico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

[...] se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria⁸⁵.

83 Voto disidente de la jueza Medina Quiroga en Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 6.

84 También aparece recogido en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige que todos los tratados internacionales, incluidos los que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se interpreten de acuerdo con su objeto y fin.

85 PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. [En línea]. Disponible en: <www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332].htm>.

De ahí que se haya afirmado que el principio *pro homine* “coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁸⁶.

Si el principio *pro homine* demanda una atención precisa a la eficacia de las garantías provistas por el principio *nullum crimen sine iure* en situaciones como las relativas a la legislación antiterrorista peruana, lo cierto es que también exige una particular atención a la eficacia de los derechos de las víctimas a un recurso judicial efectivo para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de los delitos cometidos (Artículos 8 y 25 CADH). Esto es así, sobre todo, cuando nos encontramos en contextos de delitos de lesa humanidad desarrollados desde las instituciones públicas o con su connivencia, mediante campañas de violencia sistemática o generalizada dirigida contra sectores (en general, vulnerables y objeto de discriminación) de la población civil⁸⁷.

Es por ello que una aplicación formal de los requisitos *lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta* en este tipo de casos, en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, lleva a un resultado contrario al exigido por el principio *pro homine*, en relación con el ámbito de aplicación del Derecho al recurso judicial efectivo de aquellos que, encontrándose en situación de vulnerabilidad, han sufrido la violencia sistemática o generalizada de quienes han actuado bajo el amparo directo o indirecto de las instituciones públicas.

Esta situación, generada tanto por la no inclusión de los delitos de lesa humanidad en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales del continente americano hasta la primera década del siglo XXI (en particular, a raíz de la entrada en vigor del Estatuto de Roma), como por la continua aplicación de los plazos de prescripción previstos para los delitos ordinarios, viene afectando a cientos de miles de víctimas objeto de este tipo de violencia en las décadas del sesenta, del setenta, del ochenta y del noventa del siglo XX.

La situación es sangrante, en nuestra opinión, si tenemos en cuenta que, según una amplia mayoría de la doctrina internacional, los delitos de lesa humanidad pasaron a integrar el Derecho Internacional consuetudinario desde que, en el año

86 Ibid.

87 Según el Artículo 7 (1) ER: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque [...]”. Por su parte, el párrafo 2 (a) de la misma disposición afirma que “[p]or ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

1950, la Comisión de Derecho Internacional presentara a la Asamblea General de las Naciones Unidas su Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad⁸⁸ y adquirieron la condición de imprescriptibles, desde la aprobación (1968) y entrada en vigor (1970) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad⁸⁹.

VI. La extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el sistema del Estatuto de Roma de la CPI

La concepción adoptada por la CIDH a raíz de los casos relativos a la legislación antiterrorista peruana ha sido también acogida por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (2007), en la que interpreta el principio *nullum crimen sine iure*, previsto en el Artículo 22 (1) del Estatuto de Roma, incluyendo los requisitos de la *lex praevia, lex scripta, lex certa* y *lex stricta*⁹⁰.

Ahora bien, a diferencia de la jurisprudencia de la CIDH, que ha optado por una interpretación que no venía necesariamente requerida por la redacción del Artículo 9 de la CADH, la interpretación de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI es producto de lo dispuesto de manera expresa en el propio Estatuto de Roma. Así, el Artículo 22 (1) del ER define que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”, mientras el Artículo 24 (1) del ER prevé que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

Además, los problemas que la aplicación formal de los requisitos *lex praevia, lex scripta, lex certa* y *lex stricta* causan en el marco del Sistema Interamericano en relación con la satisfacción de los derechos de las víctimas a la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de aquellos delitos de lesa humanidad, cometidos bajo amparo directo o indirecto de las instituciones públicas durante los últimos cuarenta años del siglo XXI en el continente americano, no ocurren en el contexto

88 BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity*, cit., p. 174.

89 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391(XXIII), de 26 de noviembre de 1968, entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el Artículo VIII.

90 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of the Charges*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-803-TEN, de 29 de enero de 2007, párr. 303. Vid. AMBOS, K., “Nulla Poena Sine Lege”, en R. HAVEMAN y O. OLUSANYA (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Intersentia, Amberes, 2005, pp. 17-22.

del Estatuto de Roma. Esto es debido a que los Elementos de los Crímenes de la CPI, aprobados en junio de 2002 por la Comisión Preparatoria (antes de la entrada en vigor del propio Estatuto de Roma), desarrollan las definiciones de todos y cada uno de los tipos penales sobre los que la CPI puede ejercitar su jurisdicción⁹¹, al tiempo que se incluyen en el Artículo 21 (1) del ER como fuente de Derecho aplicable por la CPI.

En este sentido, conviene subrayar que la regulación del principio *nullum crimen sine iure* en el Estatuto de Roma de la CPI se debe en gran medida a que, a diferencia de los Estatutos del TPIY, TPIR y CESL, no se limita a atribuir a la CPI jurisdicción material sobre delitos preexistentes en el Derecho Internacional Penal⁹², sino que contiene también un número importante de disposiciones penales sustantivas (Artículos 6 a 8 y 70 ER) que tipifican las conductas punibles en el marco del sistema de justicia penal definido por el Estatuto de Roma⁹³, con lo que este último se configura como un sistema de justicia penal con autonomía respecto a los sistemas de justicia penal nacionales y al sistema de justicia internacional penal⁹⁴, lo que se refleja, en particular, en los siguientes elementos:

- (i) El sistema de fuentes previsto en el Estatuto de Roma solo atribuye un papel subsidiario a “los tratados aplicables, los principios y normas del Derecho Internacional”.
- (ii) Los Artículos 10 y 22 (3) del ER excluyen cualquier limitación o impacto negativo del Estatuto de Roma en la normativa de Derecho Internacional Penal existente o en desarrollo, incluyendo la tipificación de cualquier conducta como crimen internacional al margen del Estatuto de Roma⁹⁵.
- (iii) A pesar de que las conductas criminalizadas en el Estatuto de Roma ya eran punibles conforme al Derecho Internacional consuetudinario o convencional (así como en numerosos sistemas nacionales de justicia penal)⁹⁶, no es

91 VON HEBEL, H., “The Making of the Elements of the Crimes”, en R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001, pp. 4-8.

92 OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 76-77 y 82-85.

93 OLÁSULO, H., “Del Estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine iure* en el Derecho Penal Internacional”, en *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, vol. 5, 2006, pp. 1 y ss.

94 Ibid.

95 Sobre el alcance del Artículo 10 ER, vid. TRIFFTERER, O., “Article 10”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court —Observers’ Notes, Article by Article—*, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2a ed., Múnich, 2008, pp. 531-538.

96 Esta situación no es casual, sino que es el resultado de la decisión adoptada por los negociadores, con el objeto de promover una mayor aceptación por parte de los Estados, de limitar las conductas tipificadas en el ER a aquellas que menoscaban con mayor severidad los valores superiores sobre los que se organiza la Comunidad Internacional.

menos cierto que el propio Estatuto de Roma introduce algunas novedades que, en unos casos, extienden y, en otros, restringen el ámbito de aplicación de ciertos delitos⁹⁷.

VII. Exclusión de las cuestiones jurisdiccionales, procesales y procedimentales del ámbito de aplicación del principio *nullum crimen sine iure*

En el marco de los Artículos 10 de la DUDH, 15 del PIDCP, 7 de la CEDH y 9 de la CADH o en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales y de la CPI, ni la interpretación imperante del principio *nullum crimen sine iure* ni la interpretación acogida por la CIDH y la CPI han redundado en la consideración, de cuestiones de naturaleza procesal (menos aún procedimental) que pudieran tener algún tipo de impacto en la razonable previsibilidad del autor del hecho punible de que, al ejecutar su conducta, pudiera incurrir en responsabilidad penal según el Derecho aplicable.

En todos los casos mencionados en este trabajo, la cuestión que se plantea es la definición de la extensión de la conducta punible en el momento de los hechos, ya sea frente a la definición del delito, la aplicación de circunstancias agravantes o tipos agravados o la aplicación de causas de justificación. Solo en el caso Kononov⁹⁸ ante la CtEDH se observa que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra cometidos por el demandante en 1944 es tratada como parte del principio *nullum crimen sine iure*, recogido en el Artículo 7 de la CEDH.

Ahora bien, además del desacuerdo existente en la doctrina sobre la naturaleza sustantiva o procesal de la figura de la prescripción, conviene subrayar que el entendimiento de la imprescriptibilidad como una cuestión relativa al principio *nullum crimen sine iure* fue cuestionado por el voto particular de los jueces Rozakis, Tulkens, Spielman y Jebens en el caso Kononov. En su esfuerzo por responder a todos los argumentos presentados por las partes, estos magistrados, que conformaban la mayoría, trataron el asunto de la prescripción en el marco del Artículo 7

97 Por ejemplo, el Artículo 30 (1) ER prevé que, excepto en los supuestos de responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados, las conductas tipificadas en los Artículos 6 a 8 y 70 ER solo dan lugar a responsabilidad penal internacional si se producen con “intención y conocimiento” de sus elementos materiales. Este elemento subjetivo general es superior a la culpa consciente (*subjective recklessness*) o incluso excepcionalmente simple negligencia, exigida por los tribunales *ad hoc*. El efecto inverso se puede encontrar en el Artículo 7 ER que excluye la motivación discriminatoria de la definición de los crímenes de lesa humanidad que, hasta el momento de la aprobación del ER (17 de julio de 1998), había sido exigida, primero, por el Tribunal de Núremberg y, luego, por el TPIR. Vid. OLÁSOLO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, capítulo 3, pp. 136-176.

98 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 229-233.

de la CEDH, dejando la impresión de que es un elemento constitutivo del principio *nullum crimen sine iure*, cuando de lo que se trata es de una materia técnica, mucho más relacionada con las exigencias del debido proceso recogidas en el Artículo 6 de la CEDH⁹⁹. En otras palabras, lo que los jueces Rozakis, Tulkens, Spielman y Jebens nos recuerdan es que lo relevante para el principio *nullum crimen sine iure* es la razonable previsibilidad al momento de llevar a cabo una conducta, de que se pueda incurrir en responsabilidad penal, con independencia de que, debido a cuestiones jurisdiccionales o procesales, sea más o menos probable que el Estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, procederá a determinar y, en su caso, a ejecutar la responsabilidad penal en la que se haya incurrido¹⁰⁰.

En consecuencia, se puede afirmar que los asuntos jurisdiccionales y procesales se dirimirán en el marco de los Artículos 9 y 14 del PIDCP, 5 y 6 de la CEDH y 7 y 8 de la CADH y sus correlativas disposiciones en los Estatutos de los tribunales internacionales penales y la CPI, que son los que recogen las condiciones y requisitos para el arresto y la detención provisional de una persona bajo investigación o en espera de juicio, la necesidad de que el tribunal juzgador sea establecido por la ley y la necesidad de que se respeten aquellos principios procesales esenciales que son consustanciales al debido proceso (contradicción, defensa, presunción de inocencia, publicidad, carácter expedito, asistencia jurídica gratuita y doble instancia, entre otros).

Esto marca una diferencia notable con algunos ordenamientos jurídicos nacionales, que han incluido en el contenido del principio *nullum crimen sine iure* ciertos aspectos de la legislación procesal por medio de la cual el Estado ejercita su potestad punitiva. Este es el caso, por ejemplo, del Artículo 29 de la Constitución de Colombia, que afirma que “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” y que “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Esta disposición ha sido interpretada por la Corte Constitucional, en su Sentencia C-592 de 2005, como exigiendo al legislador, entre otras cosas, el establecimiento de las reglas procesales aplicables en aras de garantizar un debido proceso¹⁰¹. De esta manera, según la interpretación de la Corte Constitucional, la garantía cons-

99 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 5-7.

100 Ibid.

101 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-562*, de 9 de junio de 2005, M. P. Álvaro Tarfur Galvis.

titucional de ley preexistente cubre tanto a las normas penales sustantivas, como a las normas procesales¹⁰².

VIII. Conclusión

Los Sistemas Universal y Europeo de Protección de Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales afirman que ni el requisito de que el Derecho aplicable provenga de una *lex scripta* forma parte en la actualidad del contenido del principio *nullum crime sine iure* ni las garantías de certeza en cuanto a qué comportamientos son constitutivos de delito van más allá de los requisitos de accesibilidad y previsibilidad. Este constituye también el contenido de dicho principio en el actual Derecho Internacional general, a pesar de la extensión que del mismo realiza la jurisprudencia de la CIDH y la CPI¹⁰³.

El Derecho Internacional contemporáneo no prohíbe *ex ante* la opción de configurar, por vía interpretativa, un principio *nullum crimen sine iure* con un contenido reforzado, tal y como la CIDH y la CPI han llevado a cabo. No obstante, al mismo tiempo exige que dicha configuración sea compatible con el resto de obligaciones impuestas a los Estados por los Sistemas de Protección Universal y Regional de Derechos Humanos y, en particular, con su deber de investigar y enjuiciar a los autores de graves violaciones de derechos humanos y de garantizar a las víctimas el pleno disfrute de su derecho a un recurso judicial efectivo para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de los delitos.

Por ello, un reforzamiento excesivo por vía interpretativa del contenido del principio *nullum crimen sine iure* genera el riesgo de incumplimiento de estas obligaciones y la insatisfacción del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, que serán tanto más graves en tanto afecten a crímenes internacionales de *ius cogens*.

Este es el resultado que provoca una aplicación formal, contraria al principio *pro homine*, de los requisitos *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*, en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, en situaciones de violencia sistemática o generalizada, promovida o consentida desde las propias instituciones públicas, como aquellas que tuvieron lugar en el continente americano durante los últimos cuarenta años del siglo XX.

102 Ibid.

103 En el mismo sentido, vid. MERON, T., *War Crimes*, cit., p. 244; LAMB, S., “*Nullum crimen*”, cit, p. 735; GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 352-360; HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, vol. I, cit., regla 101, p. 371.

IX. Referencias bibliográficas

- AMBOS, K., “*Nulla poena sine lege*”, en R. HAVEMAN y O. OLUSANYA (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Intersentia, Amberes, 2005.
- BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- CLAYTON, R. y TOMLINSON, H., *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, *Recueil des Cours*, vol. 70, núm. I, 1947.
- FERDINANDUSSE, W. N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, TMC Asser Institute, La Haya, 2006.
- GALLANT, K., *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HANSKI, R. y SCHEININ, M., *Leading Cases of the Human Rights Committee*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, 2003.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- LAMB, S., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, en A. CASSESE, P. GAETA y J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- MERON, T., *War Crimes Law Comes of Age*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- OLÁSOLO, H., “Del Estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine lege* en el Derecho Penal Internacional”, *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, vol. 5, 2006.
- OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

OLÁSULO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. [En línea]. Disponible en: <www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm>.

TRIFFTERER, O., “Article 10”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court —Observers’ Notes, Article by Article—*, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2a ed., Múnich, 2008, pp. 531-538.

VON HEBEL, H., “The Making of the Elements of the Crimes”, en R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001.