

# CAEI

Centro Argentino  
de Estudios  
Internacionales

## Características del Derecho Internacional Penal y su clasificación entre Crimen y Simple Delito

*by* Carlos Alberto Cerda Acevedo

*Working paper N° 64*  
*Programa Derecho Internacional*



# Características del Derecho Internacional Penal y su clasificación entre Crimen y Simple Delito

Por Carlos Alberto CERDA ACEVEDO<sup>1</sup>

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

## RESUMEN

El presente trabajo pretende ofrecer, acorde a la doctrina penal e internacional, la definición de los elementos que caracterizan al nuevo derecho internacional penal y, acto seguido, exponer una reflexión sobre la actual clasificación internacional entre «crimen» y «simple delito», proponiendo otra división lógica que sea apropiada al rigor del sistema jurídico. Estos comentarios pretenden, pues, ofrecer un enfoque que escape del juicio misceláneo y contribuya al debate sobre la correcta comprensión de esta incipiente rama del Derecho de Gentes.

## ABSTRACT

This paper aims to offer, to according the criminal and international doctrine, the definition of the core that characterize to the new international criminal law and, thereafter, present a reflexion on the current international classification between «crime» and «simple delict», proposing other logical division that is appropriate to the rigor of the legal system. These comments are intended, therefore, offer an approach that escape miscellaneous and contribute to the debate on the correct understanding of this emerging branch of the Law of Nations.

---

### I. Planteamiento general.

1. El Derecho Internacional Público sufrió una transformación durante el siglo pasado que no se veía desde su ordenamiento doctrinal en el siglo XVI, por fuerza del nuevo orden originado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial: por vez primera, la comunidad internacional se arrogaba para sí el ejercicio de una potestad penal de alcance mundial, vale decir, un poder capaz de establecer conductas delictivas con sanciones penales aplicables directamente a personas naturales. Específicamente, el novísimo sistema internacional penal emergió con el

---

<sup>1</sup> carlos.cerda.a@exa.pucv.cl



histórico Tratado de Londres de 1945 que estableció los Tribunales de Nüremberg y determinó las clases de ilícitos internacionales –crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad–; más el establecimiento del Tribunal de Tokio por los crímenes internacionales ocurridos en Extremo Oriente durante la terrible guerra<sup>2</sup>. En concreto, el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg expresó, con claridad, que la existencia del nuevo orden internacional no sólo persigue y castiga la ilicitud de los Estados, sino incluso persigue y sanciona a los individuos que han cometido atrocidades contra la civilización humana:

“Ha sido reconocido durante mucho tiempo que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos lo mismo que a los Estados...los delitos contra el derecho internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional...”<sup>3</sup>

Desde estos precedentes fundadores, la comunidad internacional se reconoció cual titular de una “potestad punitiva”, dando lugar a sendos tratados que establecieron determinadas conductas ilícitas dentro del Derecho Internacional, tales como el Genocidio, la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, la Toma de Rehenes, el Apartheid, que se unen a otras figuras delictivas de origen consuetudinario como la Piratería, la Esclavitud, la Trata de Personas y los Crímenes de Guerra<sup>4</sup>. La evolución más reciente del Derecho Internacional en materia criminal se refiere a la institución de los Tribunales Militares Internacionales, tales como los creados para la Ex Yugoslavia (1993), Rwanda (1996) y el Líbano (2005)<sup>5</sup>; y sobre todo, el Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional, cuya entrada en vigor fue con fecha 1º de Julio de 2002, puesto que dicho instrumento es, en propiedad, un compendio del

---

<sup>2</sup> Mayor información en Carreño Vargas, E. (2007): Derecho Internacional. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 649 y sig.

<sup>3</sup> Vid. fallo del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg; A/CN.4/22, pág. 33

<sup>4</sup> Estos delitos, no obstante, hoy tienen una institución escrita, traducidos al papel de diversos tratados regionales y universales. Así el *iustum e iniustum bellum* explicado desde San Agustín hasta los grandes autores del Derecho de Gentes, se cristalizaron en las Convenciones de Ginebra de 1949; con todo, el Crimen de Agresión no goza aún de una tipificación escrita, existiendo tan solo fuentes indirectas de derecho internacional como las Sentencias de Nüremberg y la Resolución 3314 de la Asamblea General (XXIX) de Naciones Unidas, que define los actos de Agresión (para algunos, esta resolución hace patente el tipo consuetudinario de Agresión, sin embargo, nuestra opinión se inclina en sostener que la redacción de tal instrumento es criminógena, vale decir, que las conductas descritas tienen el carácter de ilícito internacional, pero no llegan a constituir un tipo criminal; puesto que la finalidad de la resolución 3314 es para efectos de circunscribir los elementos de la Legítima Defensa de los Estados dentro del sistema internacional)

<sup>5</sup> Este último tribunal fue creado mediante Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

sistema punitivo internacional, en cuanto contiene una regulación del *Ius Gentium* penal sustantivo, adjetivo y orgánico<sup>6</sup>.

2. Sin embargo, este nuevo orden jurídico no ha tenido, necesariamente, una adecuada construcción científica, tal como puede observarse con la dogmática penal de los derechos nacionales, puesto que en el derecho internacional penal aún no existen conceptos precisos que puedan identificar a las instituciones fundamentales del sistema punitivo mundial, amén que no pocos tratadistas –ya con un fin noble y altruista ya inspirados por un sesgo ideológico dialéctico– han asumido a este nuevo Derecho como un discurso más ligado a los sentimientos espontáneos de justicia y menos a los criterios objetivos y permanentes que sirven de límites al ejercicio de la potestad penal, límites que con mayor firmeza han de defenderse en la comunidad internacional, toda vez que el sistema mundial no se funda en la existencia de un poder centralizado, de manera que la tentación de la ley del más poderoso en los hechos –o en aplicar el derecho– es un riesgo que amenaza, día a día, la marcha de la civilización. Es por esta falta de precisión doctrinal que pretendemos abordar un tema de importante eficacia en el tratamiento de los ilícitos internacionales, en propiedad, expondremos dos comentarios relativos a las características definitorias del así llamado derecho internacional penal y, posteriormente, enjuiciar la actual clasificación doctrinal y jurisprudencial entre crimen y simple delito internacionales, terminando con una propuesta que se adecue mejor a la dogmática internacional penal.

## II. Características del derecho internacional penal.

Ante todo, expondremos una serie de premisas o argumentos básicos que nos permitan definir qué es el derecho internacional penal, para luego esbozar los elementos que servirán para proponer una clasificación entre crimen internacional y simple delito internacional.

3. Exclusividad del Derecho internacional como fuente formal. Una característica primigenia es que, ante todo, el poder punitivo dimana, exclusivamente, ordenamiento internacional, vale decir, que el derecho internacional es la fuente exclusiva de los delitos y sus penas<sup>7</sup>, toda vez que es la

---

<sup>6</sup> El Estatuto de Roma, no obstante, se asiste de otros instrumentos protocolares, a saber: el Reglamento que define los Elementos de los Crímenes y el instrumento sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba (ambos adoptados en el año 2000).

<sup>7</sup> Por ejemplo, el penalista Kai Ambos, reconoce que la fuente exclusiva de este novel orden penal es eminentemente el derecho de gentes, no obstante que el autor utiliza la expresión 'derecho penal internacional' en

comunidad internacional la que determina qué conductas son reprochables al extremo de ser catalogadas dentro de los tipos internacionales (tatbestand völkerstraf), estableciendo las causales de exención de responsabilidad individual y, en caso contrario, ser sancionadas con las penas que suelen importar una restricción de alguno de los derechos fundamentales, como la libertad o la propiedad. Por lo tanto, por tal exclusividad, considero de mayor corrección que el término denotativo de este orden jurídico sea “derecho internacional penal”.

Desde la perspectiva dogmática, empero, muchos autores –tanto por una mala traducción de la literatura anglosajona cuanto por razones de sistematización – aluden a este orden jurídico y su doctrina como “Derecho Penal Internacional”<sup>8</sup>, vale decir, como especie del tradicional Derecho Penal cuya diferencia radica en su carácter universalmente persecutorio. Sin embargo, tal idea es incorrecta, ya que existe diferencia entre este término y el que ocupamos en nuestro estudio. En efecto, la correcta definición fue propuesta por el profesor Quintano Ripollés:

“el ‘Derecho Penal Internacional’ es una parte del Derecho Penal que regula las relaciones de coordinación entre los Estados respecto a la aplicación de normas penales sobre individuos que residen en otras potencias; de condición, este cuerpo de normas arbitra los casos de aplicación extraterritorial de las leyes penales, sobre procedimiento de extradición y la jurisdicción penal, empero la creación de los delitos y su punibilidad sigue siendo competencia soberana de los Estados. El ‘Derecho Internacional Penal’, por su parte es un ámbito propio del Derecho de Gentes, de suerte que la creación de los delitos y su sanción descansa sobre las fuentes, principios, sistemas hermenéuticos y la doctrina del Derecho Internacional (tratados, costumbre, principios generales)”<sup>9</sup>.

En nuestra opinión, el término “derecho penal internacional” es una noción que denota un equívoco, ya que el orden de los adjetivos (i.e.: penal-internacional) estaría aludiendo a un orden legal penal con trascendencia hacia lo internacional, independiente si la potestad punitiva y sus

---

su obra: “el sistema normativo aplicable por el juez es el Derecho Internacional, ya sea que conozca del crimen internacional la jurisdicción nacional o internacional”. Cfr. Ambos, K. (2006): *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, p. 19.

<sup>8</sup> La primera discusión terminológica se encuentra, al parecer, en la obra de Beling, E. (1896): *Die Strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität*, Breslau, en que acuña la expresión *Völkerstrafrecht* como aquel ordenamiento que trata sobre el delito internacional, mientras que reserva el término *Internationales Strafrecht* a las reglas de solución de conflictos del Derecho Penal en el espacio. Para esto, véase Gil Gil, A. (1999): *Derecho Penal Internacional. Especial consideración al delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, p. 24 nota 1. A favor de concebir la expresión “Derecho Internacional Penal”, como el orden internacional que fija los delitos y las penas según la potestad punitiva la comunidad internacional, vid. Díez Sánchez, J.J. (1990): *Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley Penal)*, Colex, Madrid, p. 15 a 28.

<sup>9</sup> Cfr. Quintano Ripollés, A. (1955): *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, p. 166.



límites fueran fijados dentro de las fronteras de los Estados o por la comunidad internacional. En cambio, la proposición “derecho internacional penal”, al asociar primeramente el adjetivo “internacional” al sustantivo “derecho”, posee la ventaja de apoyarse en la realidad misma de este orden jurídico, más aún si atendemos a un argumento positivo, cual es el sistema de fuentes del derecho aplicable, regulado en el artículo 21 del Estatuto de Roma, pues impone al juzgador un orden de prelación del derecho a que debe ceñirse para el pronunciamiento de sus resoluciones, a saber:

- (a) las normas del Estatuto de Roma y el Protocolo de los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba<sup>10</sup>;
- (b) las normas contenidas en tratados internacionales que versen sobre los delitos internacionales, los principios y normas de derecho internacional, incluso los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; y
- (c) en su defecto, los principios generales que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que tales principios de derecho interno no sean incompatibles con el Estatuto de Roma, ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

El último artículo citado esclarece, pues, la determinación del tratamiento jurídico de los delitos internacionales, pues el juez debe ceñirse siempre a normas y principios internacionales, vale decir, siempre se confiere preeminencia al sistema de fuentes del derecho internacional y, en subsidio, a las leyes penales domésticas con el único fin de averiguar “los principios generales que deriven del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo” y que sean compatibles con el Derecho de Gentes. En fin, no podemos sostener que el tratamiento sustantivo y procesal de los delitos internacionales sea un mero remedo del derecho penal de los Estados, trascendiendo a la sede internacional; más bien es la propia comunidad internacional la que se arroga el poder de tipificar conductas y sancionarlas de acuerdo a su sistema de fuentes y de jurisdicciones.

---

<sup>10</sup> El Instrumento que define los “Elementos de los Crímenes” es una suerte de tratado en que se regla, en particular, la interpretación auténtica que la Corte debe aplicar a los crímenes internacionales comprendidos en los artículos 7, 8 y 9 del Estatuto de Roma. Este instrumento fue aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas el 30 de julio de 2000. Por su parte, el Instrumento de las Reglas de Procedimiento y Prueba permite una mejor comprensión de las normas orgánicas y procesales a que debe ceñirse no sólo la Corte, sino aún los demás órganos intervinientes del sistema procesal penal, tales como la Secretaría de la Corte, la Fiscalía o la Dependencia de Víctimas y Testigos.



4. Es un derecho que evoluciona hacia lo convencional. En el apartado anterior aludíamos a que el concepto “derecho internacional penal” descansa en el argumento positivo que el derecho aplicable a la persecución y castigo del delito internacional se halla, naturalmente, en el ejercicio de la potestad penal por la comunidad internacional. Sin embargo, no habíamos aludido a que este derecho penal tiene la peculiaridad actual de no gozar de una reserva de fuente formal para la creación del delito y la pena –como lo es la ley en los sistemas penales de los Estados–, sino que existe un sistema múltiple de fuentes creadoras de delitos. Por lo anterior, es necesario determinar cuáles son las fuentes de derecho internacional que son utilizadas por la comunidad internacional al momento de tipificar un delicta iuris gentium; algo que no es un tema trivial si tenemos presente que el ejercicio de la potestad penal por parte de la comunidad internacional tiene un límite poderoso: las garantías a los Derechos Fundamentales de la persona, universalmente reconocidos en los instrumentos y en la costumbre internacionales, que a la fecha son consagrados cuales normas de *ius Cogens*<sup>11</sup>.

Todo orden jurídico procede de ciertas “fuentes formales”, entendiéndose por tales a los modos, maneras o formas en que se manifiestan las normas vigentes del derecho. En particular, el derecho penal doméstico tiene una fuente formal exclusiva y excluyente, a saber la ley (*nullum crimen nulla poena sine lege*); en cambio el derecho internacional no tiene a la ley por fuente formal en el establecimiento de los crímenes y sus penas; antes bien se encuentran los tratados internacionales, y otras que tradicionalmente se han reconocido por la comunidad internacional, como es la costumbre internacional. De esta manera, se puede sostener que una característica del derecho internacional penal es que posee diversas fuentes determinadoras de delitos, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos nacionales en donde el derecho penal está reservado solamente a la ley; y por esta razón el artículo 15 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos emplea una fórmula de amplia extensión para consagrar el sistema de fuentes formales del delito internacional: “Nadie será condenado por actos u

---

<sup>11</sup> Recordemos que dentro de los límites formales está el llamado principio de legalidad penal, que está reconocido explícitamente en el artículo 11 apartado 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos estos que recogen mayoritariamente a las garantías universales que la comunidad internacional ha calificado de normas de *ius Cogens*, noción que se encuentra consagrada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: “Una norma imperativa de derecho internacional general [sc. norma de *ius Cogens*] es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. En el sentido de reconocer a las normas protectoras de Derechos Fundamentales como normas de *ius Cogens*, véase Pastor Ridruejo, J. (1996): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 6ª edición, p. 222-223.



omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”.

Efectivamente, no todo delito internacional nace de un tratado –instrumento que por su escrituración puede semejarse a la ley–, sino que también admite otras fuentes directas, pues hay algunos ilícitos que tienen origen consuetudinario, es decir, basados en una costumbre jurídica inmemorial, fundada en la práctica reconocida desde los inicios del moderno derecho internacional (ej.: La piratería fue un delito internacional tipificado por la costumbre, después definido por la jurisprudencia, finalizando con su escrituración en el artículo 105 de la Convención de Montego Bay de 1982), otros fueron producto de la opinión de los autores que, a modo de propuesta (o *lege ferenda*), pasaron a ser reconocidos como Principio General de Derecho<sup>12</sup>, una especie de norma jurídica internacional, por ende, reconocida expresamente en el apartado 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “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”<sup>13</sup> (vg.: es el caso del Genocidio, expresión acuñada por el profesor Raphael Lemkin de la Universidad de Yale en 1944<sup>14</sup>, que después fue recogido en el proceso de Nüremberg, como un crimen internacional que, si bien a la fecha no constaba en tratado alguno, sí era reconocido como expresión de un principio General de

---

<sup>12</sup> A contrario de esta opinión, el profesor Edmundo Vargas opina que la tercera fuente formal directa de los delitos internacionales no se encuentra en los principios generales, sino en las Resoluciones Internacionales, sean procedentes de Conferencias Internacionales sean dictadas por Organizaciones Internacionales de Derecho Público, ya que el ejercicio de la potestad penal “puede ser conferido mediante el acuerdo de una Conferencia Internacional o por una Resolución de un Órgano Internacional con competencia para establecer delitos internacionales y crear los órganos para juzgarlos y establecer las correspondientes penas.” Cfr. Vargas Carreño, E., op. cit., p. 605. Respetando la opinión del distinguido académico y diplomático chileno, discrepo que las resoluciones internacionales sean la tercera fuente de creación de delitos internacionales, ya que la calificación jurídica de estos actos dictados en una conferencia o por una organización internacionales son más actos jurídicos de ejecución, vale decir, aquellos que tienen por objeto dar cumplimiento o concreción a una norma precedente de contenido abstracto y general; además que siempre esta clase de fuente del derecho internacional ha sido considerada mediata o indirecta, precisamente porque su cometido es ejecutar, interpretar o concretar una norma sustantiva. A mi entender, cuando aparece una resolución internacional describiendo un delito que no está contemplado en un tratado, o está cristalizando un delito de fuente consuetudinaria o dimanante de un principio general del derecho; sólo una interpretación como ésta permite subsumir la acción ejecutiva de una conferencia u organización internacional con el sistema de fuentes del derecho internacional penal contenido en el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>13</sup> Disposición también conocida como cláusula de Nüremberg, como forma de legitimar el sistema internacional penal creado después de la II Guerra Mundial, puesto que los crímenes por los cuales fueron juzgados los jefes nazis fueron descritos en instrumentos *ex post facto*. Un estudio sobre la cláusula de Nüremberg se encuentra en Ambos, K. (2004): *Common Law y los disparos contra el muro: artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos* [traducción: Rodrigo Aldoney] en *Revista Isonomía*, N.º 20, abril de 2004, p. 14-18.

<sup>14</sup> Para un estudio detallado sobre la evolución de la doctrina del profesor Lemkin, vid. Gil Gil, A. op. cit., p. 151 y sig.



Derecho<sup>15</sup>; otro tanto sucedió con la Agresión, crimen internacional por antonomasia, cuya definición –no obstante difusa– ya se encuentra en el comentario de los Padres Apostólicos y es reconocido como expresión de Principio General de Derecho). Esta multiplicidad de fuentes formales de derecho internacional penal, ha servido para que algunos autores se cuestionen sobre la definición de los límites al ejercicio de la potestad punitiva de la comunidad internacional, señalando que esta última no tiene frenos a la hora de castigar conductas hostiles al género humano; opinión que ya nos parece jurídicamente peligrosa<sup>16</sup>.

No obstante tal crítica, la reciente literatura internacional reconoce a las tres fuentes sustantivas como generadoras de normas internacionales penales, de manera que se ha salvado el problema reduccionista de la reserva legal mediante la creación del aforismo *nullum crimen nulla poena sine iure* (o “principio de juridicidad internacional penal”)<sup>17</sup>, vale decir, un delito internacional sólo puede nacer por alguna de las fuentes directas, esto es: la costumbre, los tratados y los principios generales de derecho. En consecuencia, en el derecho internacional se establece una manifestación atenuada de la legalidad penal, pero que de todos modos comporta un límite formal al ejercicio de la potestad punitiva de la comunidad internacional. Ahora bien, como las fuentes de tipificación internacional se reducen a las llamadas “fuentes formales directas” del derecho de gentes –tratados, costumbre y principios generales–, es mi opinión que tal límite podría ser llamado principio de reserva directa, en alusión a que sólo por virtud de una fuente directa de derecho internacional general se puede establecer la ilicitud de una conducta, prohibiéndose por tanto que las así llamadas “fuentes formales indirectas” del derecho de gentes, vale decir, las resoluciones de las organizaciones internacionales, la jurisprudencia internacional, los actos unilaterales de ejecución de los Estados y la doctrina de los autores<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una tendencia dentro del derecho internacional en codificar toda conducta constitutiva de delito por la vía de tratados internacionales, sobre todo con

---

<sup>15</sup> Así, la Corte Internacional de Justicia en un dictamen de 1951 sostiene que los principios que fundamentan la tipificación y sanción del Genocidio “principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para los Estados incluso fuera de todo vínculo convencional”. Cfr. Academia de Derecho Internacional (1951): *Recueil des Cours*, La Haya, p. 23-24.

<sup>16</sup> La positivización jurídico-internacional de la “legalidad penal”, se encuentra en los siguientes instrumentos de derechos fundamentales, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el ya citado art. 15) y, en el sistema regional, en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9) o en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 8).

<sup>17</sup> Cfr. Bassiouni, C. (2008): *International Criminal Law*, vol. I., Martinus Nijhoff Publishers, 3rd. Edition, p. 88 y ss.

<sup>18</sup> Esto no significa que tales fuentes indirectas no puedan ejercer una función hermenéutica para fijar el sentido de los preceptos penales de derecho internacional, máxime en aquellas fuentes no escritas, tal como ocurrió con el Genocidio y con el delito de piratería.

respecto a aquellos ilícitos que afectan a intereses de trascendencia global. De continuar tal tendencia, no es incorrecto sostener que estaríamos ante la emergencia del “principio de reserva convencional” (*nullum crimen sine tractatum*)<sup>19</sup>, en alusión a que sólo en virtud de un tratado se puede tipificar una determinada conducta y catalogarla de crimen internacional<sup>20</sup>, desplazando así al actual principio de reserva directa, a que hemos aludido anteriormente.

5. Es un derecho orientado a la codificación. Otra característica que se alegaba hasta hace muy poco era que el derecho internacional penal se asemejaba más al concepto del derecho anglosajón y menos al derecho de tradición codificadora, esto es, que el delito internacional debía ser entendido como algo más cercano al enfoque probabilístico de la *common law* que al enfoque conceptualista del derecho penal europeo-continental y latinoamericano<sup>21</sup>. Este postulado fue cierto hasta finales del siglo pasado; con todo, la emergencia del Estatuto de Roma, más la práctica forense de varias jurisdicciones nacionales, han aceptado que el derecho internacional penal abandonó el modelo anglosajón, inclinándose ahora por la dogmática penal de cuño europeo-continental, puesto que no sólo se han adoptado y reconocido principios garantistas que no habían sido asumidos por el primitivo derecho internacional penal<sup>22</sup>, sino que

---

<sup>19</sup> La reserva convencional se observa, pongamos por caso, en el mismo Estatuto de Roma, puesto que se definen los crímenes internacionales de forma taxativa y apodíctica en los artículos 6, 7 y 8, sin perjuicio de la especificación a que alcanzan tales tipos en el instrumento sobre los “Elementos de los Crímenes”, protocolo adicional que, como ya lo esbozamos, fija el sentido, alcance y aplicación de los entrevistados tipos penales de forma obligatoria para el juez, conforme al artículo 21 del repetido Estatuto. Sin embargo, debemos prevenir que el crimen de agresión aún no se encuentra con un tipo vigente (si bien la Asamblea de los Estados Partes ya adoptaron texto definitivo sobre el crimen de agresión en la Conferencia de Kampala en el 2010), de modo que la Corte no puede ejercer su competencia sobre actos de agresión que se cometan durante la *vacatio legis*. Sin perjuicio de la ausencia del tipo criminal, la agresión como ilícito internacional existe y, en consecuencia, el Estado ofendido puede ejercer su derecho natural de legítima defensa e invocar los mecanismos tradicionales de responsabilidad internacional. Desde una perspectiva doctrinal pura, véase el reciente artículo de Meleško, M. (2011): *The definition of the Crime of Aggression in the Context of Rome Statute*, “Acta Societatis Martensis”: [http://www.martens.ee/acta/4/139-160\\_Melesko.pdf](http://www.martens.ee/acta/4/139-160_Melesko.pdf); y una aproximación sobre el crimen de agresión en casos contingentes se encuentra en mis siguientes trabajos publicados en el Centro Argentino de Estudios Internacionales, CAEI, (2006): *Las Armas de Marzo*, en <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/art05.pdf>; y *Beritum Esse Delendam? La Redefinición de la Legítima Defensa Internacional*, en <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/37.pdf>.

<sup>20</sup> El principio de reserva convencional debe ser respetado, sobre todo, en los ilícitos que he denominado “crímenes internacionales”, según la categoría lógico-formal del delito internacional que propongo más adelante (Véase *infra*, III, § 12 y 13; IV, § 14).

<sup>21</sup> Basta observar que los Tribunales de Nüremeberg y Tokio, a más de los Principios de Derecho Penal recogidos por la Asamblea de Naciones Unidas de 1948 se acercaban más a la tradición anglosajona del *actus non facit reum nisi mens sit rea* (propio de un enfoque probabilístico del delito) que al *nullum crimen nulla poena sine lege* (propio del enfoque conceptualista del delito). Para analizar la evolución vid. Oppenheim, L. (1961): *Tratado de Derecho Internacional Público*, Bosch, Madrid, Tomo II, vol. I, p. 167; y en las obras recientes, vid. Bassiouni, C. (1996): *The Law of International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*, Transnational Publishers Inc., USA. Para un examen introductorio y riguroso sobre los sistemas penales anglosajón y legalista-codificado, vid. Nino, C. S. (1980): *Limites de la Responsabilidad Penal*, ed. Astrea, Buenos Aires.

<sup>22</sup> Por ejemplo, el caso del “cumplimiento de un deber”: en 1946 –principio IV de la Res. 95 [I] de Naciones Unidas– tenía un significado muy diferente de lo que prescribe hoy el artículo 33 del Estatuto de Roma toda vez que antes no era reconocida como causal de exculpación, mas hoy queda regulada explícitamente como una hecho que exime de responsabilidad individual en sede internacional. Otro tanto curre con las penas: la muerte fue la sanción por

toda la definición y elementos de los Crímenes de son de competencia de la Corte Internacional Penal recogen el esquema lógico-formal de la así llamada “Parte General” del derecho penal legalista y codificado. En concreto, la estructura contenida en los Principios Generales de Derecho Penal contenidos en Parte III del Estatuto de Roma, así como en algunas disposiciones contenidas en los Instrumentos de los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, demuestran que el estado actual del derecho internacional penal se asentó en la teoría conceptualista del delito y la pena, que es la teoría penal seguida en los países de tradición romano-codificadora.

Para una mejor intelección, esbozaremos algunas normas paradigmáticas que muestran la adscripción del actual derecho internacional penal a la teoría general del delito, merced a los postulados de tradición codificadora, a saber:

a) la conducta. Este elemento del crimen internacional ha de entenderse en dos aspectos: que el derecho internacional penal sólo castiga acciones u omisiones del individuo (exclusión de la responsabilidad penal de las personas morales –principio *societas delinquere non potest*–), y que la represión punitiva en el orden internacional se dirige en contra de hechos del hombre y no contra sus pensamientos o estados psíquicos (proscripción del derecho internacional penal del autor o “derecho penal del modo de pensar” –*gesinnungsvölkerstrafrecht*–). En concreto, el derecho internacional penal entiende que el *delicta iuris gentium* estriba en una acción u omisión de la persona natural, por ejemplo, el artículo 22 del Estatuto de Roma establece que nadie será penalmente responsable a menos que la conducta sea constitutiva de un crimen internacional cuyo juzgamiento sea de competencia de la Corte, otro tanto ocurre con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagrando que nadie será penalmente responsable “por actos u omisiones” que al momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho internacional. A su turno, los *delicta iuris gentium* sólo pueden ser cometidos por personas naturales, por lo que la responsabilidad internacional penal será siempre individual (art. 25 ap. 1 del estatuto de Roma), apartándose del antiguo modelo de responsabilidad penal de las

---

autonomasia que aplicaron los tribunales ad-hoc del frente occidental y del extremo oriente después de terminada la Segunda Guerra Mundial, en cambio ahora no es considerada como sanción legítima, de acuerdo a la doctrina internacional, algunos instrumentos regionales e, incluso, el propio Estatuto de Roma descarta por completo la regulación de la sanción capital. Con todo, la cláusula Nüremberg del artículo 15 apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admitiría, *ex hypothesi*, que un Tribunal en lo penal aplicase un tipo internacional de fuente consuetudinaria en contra de una conducta, pongamos por caso, no prevenida dentro del catálogo de ilícitos de guerra o de lesa humanidad. Esta última interpretación repugna a la conciencia de alguien formado en la tradición liberal y codificadora, por lo que mis convicciones abogarían por la derogación, al menos tácita, de la cláusula de Nüremberg; con todo, y desde la perspectiva de la política criminal internacional, debo reafirmar la vigencia de esta cláusula excepcional al principio *nullum crimen*, ya que ésta última sirve de bastión de prevención para que ningún ser humano caiga siquiera en la tentativa de perpetrar las abominables conductas que se observaron durante el curso de la II Guerra Mundial.



personas jurídicas establecido en los procesos de Nüremberg. Otro tanto ocurre con la exclusión del derecho penal de autor (*gesinnungstrafrecht*), pues el derecho internacional sólo prescribe la tipificación de hechos exteriores y no meros estados de ánimo o de pensamiento: así queda demostrado en el tratamiento de las figuras delictivas internacionales, pongamos por caso los crímenes previstos en el Estatuto de Roma y el estatuto de los Elementos de los Crímenes del mismo Estatuto de Roma, pues en caso alguno se trata de castigar una mera idea, pensamiento o apología política; sin perjuicio que ella pueda ser gravitante en el aspecto persecutorio del crimen o simple delito internacionales.

b) la tipicidad. No hay duda que el derecho internacional penal reconoce la exigencia de la exacta correspondencia entre un comportamiento humano y el supuesto conductual previsto en la norma penal (*tatbestand völkerstraf*), ya que tal requerimiento no sólo puede deducirse, implícitamente, en la garantía del principio de juridicidad del delito y la pena<sup>23</sup>, sino que en el propio Estatuto de Roma, en su artículo 22 apartado 2<sup>24</sup>, se consagra el deber de interpretación taxativa de los tipos penales y de la exclusión de la analogía. Como puede observarse, estas exigencias jurídicas son, por antonomasia, pertenecientes a la tradición codificadora, pues en el *common law* no han sido pocas las ocasiones en que la judicatura penal empleó la analogía para castigar conductas que no estaban tipificadas precisamente en el sistema jurídico, si bien los tribunales de la tradición anglosajona han desechado actualmente este recurso, sobre todo en la Inglaterra por su adhesión a la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la analogía en lo penal<sup>25</sup>.

c) la antijuridicidad. Asimismo, se observa que el derecho internacional penal incorpora la exigencia normativa que la conducta, amén de hallarse dentro de la hipótesis del tipo penal, debe ser algo contrario al derecho internacional general, lo que en concreto se traduce en el siguiente apotegma: “toda conducta típicamente penal es, a su vez, ilícita; a menos que al autor de la conducta se le reconozca una justificación que lo legitime”. Así, de la sola lectura del Estatuto de Roma, se colige que se encuentran recogidas todas las así llamadas “causales de

---

<sup>23</sup> Consagrado en los instrumentos de alcance universal: artículo 11 Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>24</sup> “Art. 22 Nullum crimen sine lege: 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía...”.

<sup>25</sup> Sobre el problema de los tribunales ingleses al someterse al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* del artículo 7° de la Convención Europea de Derechos Humanos, cfr. Ambos, op. cit. No obstante, cabe añadir que las cortes británicas hace bastante tiempo que han despreciado recurrir a la analogía para castigar comportamientos que no se hallan descritos en un tipo especial. Por ejemplo, el Comité Judicial de la Cámara de los Lores –antiguo tribunal superior, hoy reemplazado por la Corte Suprema del Reino Unido– aplicó por analogía el delito de asociación ilícita (*conspiracy*) a una conducta que no se hallaba sancionada en una disposición penal en particular (*Shaw case*, 1962), lo cual provocó un gran escándalo en la opinión pública, al punto que la misma Cámara descalificó tal recurso a la analogía en un fallo ulterior (*Knulier case*, 1972). Para una descripción detallada sobre la evolución de la jurisprudencia criminal británica, vid. Nino, C. S.: op. cit., p. 105-107.

justificación” prevenidas en los derechos penales de los Estados que siguen la tradición codificadora: la legítima defensa (art. 31 letra c: “Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero...”); el estado de necesidad justificante (aunque sólo en situación de guerra, art. 31 letra c: “...o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza...”); el ejercicio de autoridad o cargo (art. 28; la que sólo será circunstancia eximente si el jefe militar o el superior con autoridad distinta a la militar ejerce una prevención diligente para evitar la criminalidad internacional de sus subalternos o, en su defecto, promueve el castigo por los ilícitos cometidos); y el cumplimiento de un deber legal (art. 33; la eximente sólo será aplicable si el imputado estaba obligado a actuar en virtud de una ley interna, y que no supiera que la ley interna era internacionalmente ilícita o, en su defecto, que tal ley interna no fuera manifiestamente ilícita), declarando expresamente que el ejercicio de la Jefatura de estado, de Gobierno, cargo parlamentario, o cualquiera otro oficio estatal no impide el juicio y castigo por los crímenes de la competencia de la Corte (art. 27 regla el principio de interdicción de cargo oficial<sup>26</sup>); en fin, estas causas de justificación demuestran, otra vez, que el actual derecho internacional penal se adecua más al derecho penal codificado que al régimen de la common law.

d) la culpabilidad. Pese a la discrepancia inicial entre los autores internacionales, hoy es evidente que el derecho internacional penal establece un juicio normativo sobre la actitud subjetiva del autor de una conducta internacionalmente típica e ilícita, puesto que estructura la culpabilidad de un crimen en las categorías clásicas del derecho penal codificado, esto es: la imputabilidad de la conducta (exclusión de los inimputables por edad –artículo 26– y de los privados de razón – artículo 31 letras ‘a’ y ‘b’<sup>27</sup>–), la regulación del dolo<sup>28</sup> (con sus elementos volitivos y cognitivos –

---

<sup>26</sup> Esta prohibición de invocar el cargo oficial cual inmunidad opera, en principio, a favor de la jurisdicción de la Corte, merced el tenor literal del artículo 27 apartado 2 del Estatuto de Roma: “Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”; por lo que se puede argüir, a contrario sensu, que los Estados no estarían habilitados para ejercer jurisdicción internacional penal sobre personas que gocen de inmunidad, salvo que exista una norma expresa de derecho internacional que lo habilite. En tal sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia en el Caso República Democrática del Congo con el Reino de Bélgica (14 de febrero de 2002), declarando que la orden de captura emitida por un juez belga en contra de un Ministro de Relaciones Exteriores congolés por su presunta participación en crímenes contra la humanidad, comportó una “violación a las normas de derecho internacional sobre inmunidad de jurisdicción y al principio de la igualdad jurídica de los Estados”; para mayor información sobre este caso, vid: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/13743.pdf>, y en Vargas Carreño, E.: op. cit., p. 639.

<sup>27</sup> En la letra b) del artículo 31 del citado Estatuto, se incluye a la intoxicación grave como causa de exculpación penal, a menos que tal intoxicación haya sido sufrida a sabiendas y con el propósito de delinquir, lo que significa la consagración expresa de la *actio liberæ in causa*, excepción que ha sido menos elaborada por el legislador del derecho penal codificado que por la dogmática de los penalistas.

artículo 30<sup>29</sup>–, así como sus casos eximentes en el error de hecho y de derecho –artículo 32–), y la exigibilidad de otra conducta lícita (que, a contrario sensu, queda reglada en las causales de exculpación por no exigibilidad, o sea: la fuera moral irresistible –artículo 31 letra ‘d’–; el miedo insuperable –artículo 31 letra ‘d’ apartado ii–; la obediencia debida, crítica o reflexiva –artículo 33–, ya que el subordinado siempre ha de negarse de cumplir si él sabe que la orden es ilícita [letra b] o es manifiestamente ilícita, como si la orden consistiere en cometer un genocidio o un crimen de lesa humanidad [letra c y apartado 2]).

En consecuencia, la estructura general del delito internacional poco o nada se asemeja al tratamiento criminal del sistema de la common law del actus reus y la mens rea; razón por la cual debemos sostener que es característica actual del derecho internacional penal su adscripción al enfoque conceptualista del sistema codificado, que secciona al delito los elementos conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, cada cual con sus respectivos requisitos y causas de exención de responsabilidad penal.

6. Los delitos y las penas internacionales son imprescriptibles. El tema de la prescripción extintiva de la acción penal y de la pena asignada a un crimen internacional es hoy algo indiscutido por la comunidad internacional: al imputado no le favorece prescripción alguna.

---

<sup>28</sup> Con respecto a la culpa penal, puede hallarse en los casos de los crímenes por omisión que cometan los jefes militares o quienes hagan las veces de tales (artículo 28 letra ‘a’ apartado ii), o los jefes superiores con potestad distinta a la militar (artículo 28 letra ‘b’ apartado iii); quedando los demás casos culposos sin castigo penal.

<sup>29</sup> De la lectura del artículo 30 del repetido Estatuto de Roma, se podría colegir que la comunidad internacional concibe al dolo penal como un elemento del tipo, optando así por el modelo de la escuela finalista en desmedro del causalismo, ya que entiende al dolo como aquella voluntad de cometer un crimen internacional con pleno conocimiento de los elementos materiales u objetivos del tipo, dejando el elemento de la ilicitud o antijuridicidad de la conducta en el examen de la culpabilidad. Sin embargo, al atender a las causales de exculpación por ausencia de dolo, vemos que el Estatuto las regula en el artículo 32 como “error de hecho o error de derecho”, en que el primero alude a la ignorancia o equivocación que sufre el autor de la conducta acerca de los elementos materiales del crimen internacional o de los presupuestos fácticos de una causal de justificación –pues este último caso no se excluye expresamente por la norma–; mientras que el error de derecho se refiere al desconocimiento invencible que sufre una persona en saber que su conducta comporta un ilícito, ya porque no sabía que su conducta es antijurídica, ya porque a pesar de conocer tal ilicitud cree equivocadamente que su conducta está justificada por el derecho. Como se observa, el error de derecho se refiere más bien a la equivocación en el conocimiento de la ilicitud de la conducta, mientras que el error de hecho es a los elementos materiales del crimen, pero en uno y otro casos, el Estatuto de Roma entiende que tales yerros “eliminan la intencionalidad”, por lo que si el artículo 32 alude a la eliminación del elemento “intencionalidad” comprendiendo en esta clase de exención de responsabilidad tanto al error en los elementos objetivos –materiales- del tipo como el error en el conocimiento de la ilicitud de la conducta, esto querría decir que el Estatuto de Roma sigue la definición causalista del dolo penal que la formulada por el finalismo, pues esta última escuela concibe al dolo sin incluir el elemento cognitivo de la ilicitud. Este tema, tan controversial en la dogmática penal de los países codificados, no está bien resuelta por el Estatuto de Roma, de suerte que corresponderá definir la ubicación del dolo a la doctrina internacionalista, en primer orden, y a la jurisprudencia internacional penal, en definitiva. Con todo, es mi opinión actual que el Estatuto se decantaría por incorporar al dolo en el elemento culpabilidad y no en el tipo, atendiendo a que si el error de derecho –entendido como un equívoco que se refiere al conocimiento de la licitud– puede “eliminar la intencionalidad” (dolo), significa que el Estatuto de Roma comprende que la noción de dolo incluye, pues, al conocimiento de la antijuridicidad, por lo cual, su examen ha de verse en la sede de la culpabilidad.





Si bien es efectivo que en el prematuro derecho internacional penal existieron indicios hacia la prohibición de prescripción de los crímenes de guerra, tales como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas números 3 (I) de 13 de febrero de 1946, 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, hubo jurisdicciones domésticas que adoptaron la posición de complementar las reglas punitivas en sede internacional con las normas internas sobre la extinción de la acción penal<sup>30</sup>, toda vez que las resoluciones no constituyen, per se, fuentes formales directas de derecho internacional.

Por fortuna, el sistema de Naciones Unidas, en resolución de la Asamblea General N.º 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968, aprobó el texto que declara la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, instrumento que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, el cual ha sido confirmado en su ejecución por numerosas resoluciones de Naciones Unidas (Cfr. Resoluciones 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, 2712 (XXV) de 15 de diciembre de 1970, 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971; 3020 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972), hasta su plena consagración en el Estatuto de Roma en el artículo 29, que asimismo declara imprescriptibles a todos los crímenes de competencia de la Corte Internacional Penal<sup>31</sup>.

La ratio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se explica, con certeza, por el penalista Claus Roxin:

---

<sup>30</sup> Una de esas naciones fue Chile, con el poco feliz fallo de la Corte Suprema en la segunda instancia del proceso de extradición del así llamado caso Rauff (1964), no obstante que el juez de primer grado, el Presidente de la Corte Suprema D. Rafael Fontecilla, estuvo por conceder la extradición del ex oficial de las SS., acusado de la muerte de más de 97.000 personas en cámaras de gas en 1942, cuando la II Guerra Mundial.

<sup>31</sup> Debe reconocerse, empero, que el Estatuto de Roma no resuelve expresamente el tema de la prescripción de la pena, ya que si interpretamos literalmente el artículo 29, este pareciera atender sólo a la persecución del delito, a la acción internacional penal, por lo cual podría decirse que sí correría una prescripción de la pena, que además podría consolidarse con el artículo 22 párrafo 1 (principio pro reo). El problema de una interpretación a favor de la prescripción de la pena en lo internacional sería la determinación del plazo, ya que como nada dice el Estatuto, entonces no hay plazo alguno que alegar a favor del convicto. A tal argumento podría replicarse que el plazo podría fijarlo la Corte que, analógicamente, debiera ser igual al tiempo de la pena asignada. Una interpretación en contrario señalaría que, de seguir tal fórmula, derechamente la pena sería fácilmente burlada mediante la evasión del condenado antes de cumplir con la pena, reapareciendo cuando haya pasado el plazo judicial de prescripción; por lo demás ¿cuándo la Corte debería fijar el plazo, antes o durante el tiempo en que debería estar cumpliendo condena? Y si hubiera sido esa la intención del creador del Estatuto, debería haber previsto un examen previo de prescripción de la pena, en caso de la evasión que trata en el artículo 109. Considero que una interpretación a favor de la prescripción de la pena no sólo viola el principio general de ius cogens consistente en sancionar los delicta iuris gentium, sino que también comporta una infracción al objeto y fin del Estatuto de Roma ("Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes", Preámbulo), o sea, una violación al artículo 31 apartado 1 –principio de la buena fe y teleológico – de la Convención de Viena. Por consiguiente, la correcta doctrina sería que el artículo 29 del Estatuto establece una imprescriptibilidad para el crimen y para la pena.



“El ciudadano tiene el derecho de saber si es castigado y, en caso dado, cuán alta puede ser la pena, pero no corresponde al principio de legalidad decirle cuánto tiempo debe permanecer escondido, después de cometido el delito, para emerger después sin ser molestado”<sup>32</sup>.

Un tema relacionado, si bien no idéntico, es la plausibilidad de la amnistía o del indulto como causas de extinción de responsabilidad internacional penal. De principio, la doctrina ha estado en contra de la amnistía o el indulto dictados por Estados con respecto a hechos constitutivos de ilícitos internacionales de mayor gravedad<sup>33</sup>, puesto que muchas veces el propósito de tales normas domésticas es una autoexculpación de quienes ejercían potestad de mando al interior del territorio en donde se cometieron los hechos punibles, y menos la búsqueda de la paz social, que es el fin perseguido por la amnistía o el indulto<sup>34</sup>. En todo caso, mi opinión es que si bien es cierto que la amnistía e indulto son normas internas que no obliteran a la jurisdicción internacional penal<sup>35</sup>, tampoco debemos entender que de tal conclusión se sigue la necesidad de prohibir absolutamente tales clases de extinción de responsabilidad individual en sede internacional, toda vez que no hay norma positiva de derecho internacional que establezca una tal prohibición perentoria. En mi falible opinión, considero que nada obsta a que la propia comunidad internacional –como titular de la potestad punitiva en la creación y sanción de los delicta iuris gentium– pueda negociar, adoptar, celebrar, ratificar y aplicar un tratado de alcance universal que declare la amnistía o el indulto a favor de personas que hayan cometido un crimen

---

<sup>32</sup> Citado por Politoff, S. (2001): Derecho Penal, Tomo I, Lexis Nexis, Santiago, p. 141 nota 128.

<sup>33</sup> Por ejemplo, el profesor Juan Bustos sostuvo: “habría que plantear que tales hechos [sc. los crímenes internacionales] pueden ser objeto ni de amnistía e indulto en caso alguno, pues implicaría una contradicción a la naturaleza y fundamento de éstas”. Cfr. Bustos R., J. y Hormazábal, H. (1994): Manual de Derecho Penal Español, Parte General, 4ª edición, Barcelona, p. 461.

<sup>34</sup> Lamentablemente, los autores se apoyan más en razonamientos morales, de indudable nobleza, mas poco aproximados a una argumentación puramente jurídica. En mi parecer, la prohibición de alegar la amnistía o el indulto por parte del Estado responsable de la prevención y el castigo de los culpables de los crímenes dimana, precisamente, de aquel principio de derecho internacional por el cual nadie puede alegar un beneficio a partir de un hecho ilícito, o lo que es igual, un Estado no se puede fundar una norma de derecho interno a partir de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Para mayor información sobre el principio ex injuria non oritur ius cfr. Brownlie, I. (2008): Principles of Public International Law, 7th edition, Oxford University Press, Londres, p. 509-510.

<sup>35</sup> En efecto, la invocación de la amnistía e indulto dictados por Estados soberanos no impide el ejercicio persecutor de los órganos procesales penales de la jurisdicción internacional penal, merced a lo dispuesto en los artículos 17 y siguientes del estatuto de la Corte, que abordan las cuestiones de admisibilidad contenidas en los artículos 17 a 20 del estatuto de Roma; que en mi opinión, la cuestión de admisibilidad no comporta un contencioso de nulidad (como predicar algunos), ya que no está en la competencia de la Corte declarar la invalidez de las normas internas de un Estado, sino desconocer su eficacia normativa en sede internacional; de esta suerte, la cuestión de admisibilidad se asemeja más a la institución jurídica de la inoponibilidad, pues la Corte simplemente no le reconoce eficacia jurídica inter alia a tales actos de Estado, en tanto que éstos buscaban la impunidad de los individuos responsables por vías subrepticias. Lo mismo ocurre, a mi parecer, cuando la Corte desconoce la eficacia inter alia de sentencias absolutorias dictadas por tribunales nacionales por padecer de un “fraude de cosa juzgada” y, en consecuencia, no opera la limitante del principio penal non bis in idem.



internacional; ya que la decisión de perdonar a un malhechor tiene un profundo carácter político que sólo la comunidad internacional podría atender, según las circunstancias del caso<sup>36</sup>.

7. La penalidad internacional se encuentra en proceso de evolución. Otra característica interesante es la creciente reforma del sistema punitivo internacional, tanto en su dimensión sustantiva como en su dimensión adjetiva, es decir, que tanto la pena como la jurisdicción en sede internacional están viviendo actualmente un cambio de paradigma.

En primer orden, recordemos que la pena internacional se ha caracterizado hasta el día de hoy como un ejemplo de conminación indirecta, vale decir, la comunidad internacional sólo determina qué conductas son delitos según el derecho de gentes y asimismo obliga a que tal conducta sea punible, pero delega a los soberanos nacionales la imposición concreta de la sanción penal. En propiedad, la historiografía jurídica internacional demuestra que la potestad punitiva de la comunidad internacional ha sido ejercida, sin lugar a dudas, en la determinación de las conductas delictivas, pero no ocurre lo mismo con la determinación de las penas aparejadas a tales delitos, ya que las fuentes del derecho internacional han solido dejar cláusulas abiertas para que los Estados sean los encargados de penalizar dentro de la esfera de sus competencias.

La pena en lo internacional ha sido un aspecto de interesante discusión, toda vez que la doctrina ha entendido que el postulado *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley que la imponga) es un Principio General de Derecho aplicable no sólo en el orden nacional, sino aun en las relaciones internacionales. Así, unos señalan que el Derecho Internacional Penal no es más que un sistema en donde la comunidad internacional se reserva la delimitación del tipo penal internacional, pero que en su penalización el derecho internacional opera como una norma programática<sup>37</sup> que delega a la soberanía nacional la determinación de la sanción. Por ejemplo y en este sentido, don Andrés Bello sostenía:

“No puede haber duda alguna acerca de la competencia de la autoridad legislativa de un Estado para establecer arreglando el modo de proceder contra los piratas; ni importa contra quién o en qué lugar se haya cometido un acto de piratería, para que esté a disposición de cualquiera

---

<sup>36</sup> Si bien mi opinión es proclive a reconocer la titularidad de la comunidad internacional para dictar amnistías internacionales, no tengo claridad con respecto a qué representante de la comunidad internacional es la que ejercerá este perdón jurídico en un caso concreto: si la Asamblea General de Estados del sistema de Naciones Unidas o la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma.

<sup>37</sup> Algo que, en rigor dogmático penal, se asemeja a la teoría de las leyes penales en blanco (*blankettstrafgesetz*). Cfr. infra, III, § 12 c).



potencia. Pero ningún soberano tiene la facultad de calificar de tales actos que no se hallan comprendidos en la definición de este delito generalmente admitida. Un gobierno podrá declarar esta i aquella ofensa perpetrada a bordo de sus buques es piratería; pero él solo podrá castigarla como tal, si la ofensa no es de aquéllas que el derecho de gentes considera como un acto pirático”<sup>38</sup>.

En la actualidad, el ya citado profesor Bassiouni opina que la pena del delito internacional no necesita de su establecimiento en el instrumento o la costumbre internacionales:

“Insofar as international criminal law penalties are concerned, they are inherently left to national legal systems which promulgate them by analogy to similar national crimes. In addition, international criminal law permits a state having jurisdiction to enforce international proscriptions by analogy to similar offences in that state’s national laws. This is evidenced by the practice of states in international criminal prosecutions for war crimes and piracy.”<sup>39</sup>.

A su respecto, el profesor Quintano Ripollés sostiene que las normas internacionales cumplen con la exigencia de la juridicidad criminal y penal –al menos en los tratados– ya que tanto el delito y la sanción existen, vale decir, el derecho internacional penal crea el delito y establece que a tal conducta ilícita debe serle aplicable una sanción, sin determinar el quantum de la pena, ya que su concreción es delegada a los organismos encargados de crear el sistema jurídico del Estado (legislador, juez, etc.)<sup>40</sup>.

Sin perjuicio de las citas precedentes, consideramos que es preciso hacer ciertos alcances. De principio, no todo instrumento cumple con el *nullum crimen sine lege*: antes bien, hay tratados que tienen por objeto y fin fijar un régimen general sobre ciertos delitos (es el caso de proyectos o convenciones que establecen leyes marcos y mecanismos de cooperación internacional en la represión del hecho punible), otras convenciones procuran estatuir obligaciones hacia los Estados suscriptores en orden a tipificar y sancionar ciertas conductas (es el caso de la mayoría, como la tortura, la desaparición forzada de personas, etc.), y aquellos tratados que imponen la incorporación automática del delito, quedando sancionados de acuerdo a la legislación

---

<sup>38</sup> Cfr. Bello. A.: (1931): Obras Completas, X, Derecho Internacional, ed. Nascimento, Santiago, p. 361.

<sup>39</sup> Cfr. Bassiouni, C.: op. cit., p. 88. También, y en la misma opinión, Werle, G. (2005): Tratado de Derecho Penal Internacional, (trad. por Díaz-Pita., M.), Valencia, p. 77 (nota marginal 72).

<sup>40</sup> Cfr. Quintano Ripollés, A.: op. cit., p. 105.



nacional<sup>41</sup>; quedando, por fin, con aquellos ilícitos que son tipificados y sancionados por el derecho internacional en su totalidad, como ocurre con los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma que crea el Tribunal Internacional Penal, pues son tipificados en los artículos 6° (Genocidio), 7° (Crímenes de Lesa Humanidad) y 8° (Crímenes de Guerra)<sup>42</sup>, mientras que su pena está reglada en los artículos 77 y 78 del repetido Estatuto de Roma. Precisamente, el artículo 77 del Estatuto de Roma establece un grado para la pena principal para el autor del crimen consumado: la reclusión que no exceda los 30 años hasta la reclusión perpetua, la cual se determinará por la Corte atendiendo a la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado; todo sin perjuicio de las penas accesorias de multa y decomiso; a su vez, el tribunal tendrá en cuenta, para ascender en la escala penal del condenado como autor de crimen consumado, las circunstancias modificatorias agravantes (art. 78 del Estatuto), en especial, las previstas en la regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Para la comisión a título de tentativa o crimen frustrado, el Tribunal tendrá libre ponderación de las circunstancias modificatorias que igualmente están contenidas en la misma regla 145 de Procedimiento y Prueba.

En conclusión, sólo apenas una década que la comunidad internacional está ejerciendo plenamente la Potestad Penal, ya que en el reciente Estatuto de Roma de 2000, no sólo se han tipificado los crímenes internacionales con plena observancia al principio *nullum crimen*, sino que también se ha arrogado el poder de establecer penas.

Por último, está el asunto de la jurisdicción internacional penal. Muchos autores sostienen que la persecución universal es una característica predicable a todo delito internacional, vale decir, la investigación, enjuiciamiento y condena de los imputados en la comisión de un delito internacional pertenece a cualquier Estado, con independencia si quien ejerce su potestad penal en concreto tenga interés en razón del territorio, de nacionalidad del imputado o de la víctima, o invocando el principio real o de defensa. Tales autores invocan cierta jurisprudencia comparada

---

<sup>41</sup> Esta clase de instrumentos tendrían el carácter de autoejecutorios o «self-executing»: hipótesis que pasa a ser materia opinable en los sistemas constitucionales que demandan la reserva legal en la creación de los delitos y las penas; por ejemplo, la Constitución Política de Chile exige la promulgación previa de una ley para los efectos punitivos en su art. 19 N.º 3 incisos séptimo y octavo, y el art. 62 N.º 2. Con todo, se discute si la Constitución del Estado de Chile exige la creación de una ley en su sentido formal o basta que el tratado se adecue a la definición material de ley, mediante el mecanismo de la aprobación por el Congreso Nacional y su ratificación por el Jefe del Estado; algo que la jurisprudencia chilena ha reconocido solamente a los instrumentos internacionales sobre Derechos Fundamentales, luego de ser promulgados y publicados.

<sup>42</sup> El crimen de Agresión, aun no es tipificado dentro del Estatuto de Roma, a pesar del mandato contenido en el artículo 5 apartado 2 del mismo Estatuto, y sin perjuicio de la Resolución 3314 de la Asamblea General (XXIX) de Naciones Unidas, que define los actos de Agresión.

para afirmar su opinión, como el “caso Filártiga”<sup>43</sup> o la tesis de la Audiencia Nacional española en Apelación 84/98 del sumario 19/97 del 5º Juzgado de Instrucción de Madrid<sup>44</sup> del así llamado “caso Pinochet”.

Con todo, sostenemos que la jurisdicción universal no es una consecuencia que, de pleno derecho, se predique a todo delito internacional, por cuanto la aplicación extraterritorial de las leyes materiales y procesales de derecho penal no son inherentes a la naturaleza del delito; por el contrario, el tema de la jurisdicción ultraterritorial es un asunto que no puede dirimirse de forma unilateral, ya que el ejercicio de poderes soberanos sobre alguno de los elementos constitutivos del Estado (territorio, población, independencia, organización política) incumbe una violación al principio de “igualdad jurídica” (*par in parem non habet imperium*), axioma jurídico-político de las relaciones internacionales<sup>45</sup>. En consecuencia, una excepción a dicho principio no es procedente sino mediante otra norma internacional que la prevea y habilite a la jurisdicción interna de los Estados para inmiscuirse en los ilícitos internacionales cometidos en otro Estado. Esto implica una nueva manifestación de voluntad de los Estados, en orden a otorgarse recíprocamente competencias ultraterritoriales en materia criminal por alguna de las fuentes directas de derecho internacional; así, la jurisdicción universal en lo penal es admisible en la medida que exista un tratado, o que la costumbre fundada en el principio de reciprocidad conciba una tal jurisdicción<sup>46</sup>. Por lo demás, los casos en los que se apoyan los defensores de la jurisdicción universal como inherente a todo delito internacional adolecen de seria sustentación dogmática y lógica<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. caso Filártiga v. Peña Irala (1980). Un grupo no gubernamental presentó ante un Tribunal de Nueva York una demanda indemnizatoria civil contra el capitán Peña Irala por el delito de tortura con resultado de muerte del joven Joelito Filártiga, durante el régimen autoritario del paraguay Alfredo Stroessner. A pesar que el capitán estaba de paso por la ciudad, se interpone la demanda invocando la jurisdicción universal, argumentando que la tortura era una conducta que repugna a la humanidad toda. El Tribunal falla en contra de Peña Irala y sostuvo que, en virtud del derecho consuetudinario, “la tortura oficial está ahora prohibida por el derecho de gentes” y que “el torturador ha pasado a ser –como el pirata y el tratante de esclavos anteriormente– *hostis humani generis*, enemigo del género humano”. Cfr. Vargas Carreño, E.: op. cit., p. 637.

<sup>44</sup> Fallo de la Audiencia Nacional de España en la que se arrogan la competencia para conocer de hechos constitutivos de delitos ocurridos en durante el gobierno del general Augusto Pinochet, puesto que dicho tribunal calificó las conductas como ilícitos internacionales los que, por ende, debían ser perseguidos merced al principio de jurisdicción universal.

<sup>45</sup> Vid. Benadava, S. (2001): Derecho Internacional Público, Lexis Nexis, Santiago de Chile, p. 176-177.

<sup>46</sup> Respecto a los principios generales, por su sola definición, no regulan aspectos específicos –por algo son “generales” dichos principios–, como la atribución de competencias jurisdiccionales en lo penal.

<sup>47</sup> Por una parte, el caso Filártiga es un ejemplo de la tendencia de los tribunales de la common law en materia de responsabilidad extracontractual (*tort law*), esto es, una controversia que se resuelve según las normas de derecho civil, que si bien la Corte aludió a la índole criminal del ilícito, sólo falló según la sanción civil, esto es, la reparación pecuniaria por el daño ocasionado por la horrenda acción del demandado, jamás ejerciendo, de oficio, la jurisdicción penal sobre este último. Por otra parte, la autoatribución de la competencia penal española fue limitada radicalmente por la sentencia del Comité Judicial de la Cámara de los Lores del Reino Unido, en fallo de 24 de marzo de 1999, que dejó fuera a todos los delitos investigados por el 5º Juzgado de Instrucción de Madrid salvo los casos de



Consideramos, por el contrario, que es de rigor jurídico diferenciar entre el delito en cuanto tal (derecho internacional penal sustantivo) y la persecución criminal del hecho punible (o derecho internacional penal adjetivo), ya que la norma que sanciona una conducta ilícita es jurídicamente diferente a las disposiciones procesales que determinan la competencia para investigar, enjuiciar y ejecutar la pena impuesta al delincuente internacional. Basta solamente atender a la práctica, tanto de los usos como de los instrumentos en vigor, para percatarse que los delicta iuris gentium admiten varias formas persecución procesal: ya mediante competencia territorial exclusiva o preferente (como lo es el Genocidio, según el artículo IV de la Convención de 1948, que entrega preliminarmente la competencia al lugar de su comisión –lex loci delicti– y, en subsidio, al Tribunal Internacional Penal), ya entregando el enjuiciamiento al tribunal de la nacionalidad del criminal o de la víctima (vg.: la Convención de Nueva York sobre Toma de Rehenes de 1980), o también encomendar a cualquier tribunal de cualquier Estado su persecución (como la Convención contra la Tortura de 1984, que expresamente prevé la

---

Torturas, cuya convención sí consagra el principio de jurisdicción universal (a pesar que los Lores analizaron los hechos desde la perspectiva de la extradición y el cese de la inmunidad de los ex jefes de Estado), confirmando la tesis que la competencia jurisdiccional es una institución de derecho estricto, una excepción al principio de igualdad jurídica de los Estados, por lo tanto la excepción rige, tiene vigencia y aplicación si y si sólo si una norma sustantiva directa de Derecho Internacional –vgr.: tratado o costumbre– lo consagre. En este mismo sentido, Vargas Carreño, E.: op. cit., p. 648. Desde luego, es previsible que la jurisprudencia tienda a validar las fuentes convencionales de la jurisdicción universal, ya que hay pocos precedentes que aludan a una cierta costumbre internacional, y ninguna fundada en principios generales de derecho que habiliten a tal jurisdicción, ya que el llamado caso Eichmann es resistido como práctica consuetudinaria o expresión de principio, pues el Mossad (servicio secreto judío), al raptar al coronel de las SS desde un país extranjero como Argentina, violó el principio de respeto a la soberanía territorial, a fuer de ser un caso de autotutela (el gobierno israelí prefirió la vía de hecho antes que los mecanismos jurídicos de la extradición), ante lo cual se configuraba un caso en que se aplica el principio ex injuria non oritur ius, esto es, un sujeto internacional no puede alegar un derecho nacido de un hecho ilícito. Para mayor información, vid. Brownlie, op. cit., p. 510). Por otra parte, los jueces españoles y los británicos siempre juzgaron según normas de derecho interno, y jamás tuvieron en cuenta la doctrina y jurisprudencia internacionales, ya que bastaba analizar el fallo del caso Lotus (1927) por la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, en el cual se determinó el sentido de las jurisdicciones extraterritoriales: “45) la primera y principal limitación que impone el derecho internacional a los Estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado no puede ejercer de ninguna forma su poder en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, excepto en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención. 46) De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación relacionada con hechos que ocurran en el extranjero”. (Texto de la sentencia puede consultarse en el siguiente vínculo web: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm)). En resumen, la tesis del fallo es que, por regla general, ningún Estado puede arrogarse el ejercicio de poderes jurisdiccionales sobre personas, bienes o actos ocurridos fuera de su territorio; salvo que (i) haya norma permisiva en contrario (ej.: un tratado que reconoce jurisdicción universal) y salvo que (ii) el Estado ejerza jurisdicción territorial sobre situaciones ocurridas en el extranjero (ej.: un Tribunal de Francia juzga un delito de secuestro de un diplomático francés en el territorio del Líbano, porque el presunto autor del ilícito ingresó a París, permitiendo su captura y enjuiciamiento). Quizá la comunidad internacional progrese hacia la persecución universal de aquellos hechos que son contrarios a la civilización humana –por ejemplo, tal es el sentido de la Resolución 3074 ( XXVIII ) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973–, pero a la fecha no se observa que tal idea se encuentre cristalizada en una fuente formal directa de derecho internacional.





jurisdicción universal). Esta distinción también fue planteada por sir Ian Brownlie, en su obra *Principles of Public International Law*:

“It is now generally accepted that breaches of the laws of war, and especially of the Hague Convention of 1907 and the Geneva Convention of 1949, may be punished by any state which obtains custody of persons suspected of responsibility. This is often expressed as an acceptance of the principle of universality, but it is not strictly correct, since what is punished is the breach of international law; and the case is thus different from the punishment, under national law, of acts in respect of which international law gives a liberty to all states to punish, but does not itself declare criminal. In so far as the invocation of the principle of universality in cases apart from war crimes and crimes against humanity creates misgivings, it may be important to maintain the distinction. Certainly universality in respect of war crimes finds expression in the Geneva Conventions of 1949. Moreover, in Eichmann case the Israeli courts were concerned, inter alia, with charges of crimes against humanity arising from events before Israel appeared as a state.”<sup>48</sup>

De acuerdo al profesor Brownlie, si bien hoy es aceptado que muchos delitos internacionales, como las violaciones al derecho internacional de la guerra, pueden ser perseguidos universalmente, pero de esto último no se sigue que el hecho sea considerado, per se, un delito internacional, toda vez que debe atenderse si el derecho internacional establece la ilicitud además de conferir una cierta jurisdicción a los Estados, o tan sólo el derecho internacional habilita una libertad a todos los Estados para castigar cierto hecho, pero no lo declara ilícito por sí mismo (...does not itself declare criminal...)<sup>49</sup>. Y en otro pasaje, el mismo autor confirma esta posición:

“The notion of *delicta juris gentium*, as opposed to torts as reparation obligations between tortfeasor and claimant, takes four forms: (1) that of high illegality or breach of *jus cogens*, as in the case of genocide; (2) reference to cases where international law recognizes a general competence to exercise jurisdiction to apprehend, and perhaps to punish, irrespective of the nationality of the wrongdoer, as in the case of piracy; (3) acts which harm all states indiscriminately and which are difficult to trace to particular tortfeasors, as in the case of successive nuclear tests in the atmosphere; (4) acts infringing principles of law creating rights the beneficiaries of which do not have legal personality or, more correctly, do not have presently

---

<sup>48</sup> Cfr. Brownlie, I.: op. cit., p. 306.

<sup>49</sup> En los casos que la norma internacional se limite a habilitar la persecución extraterritorial de un hecho, sin siquiera declarar su antijuridicidad internacional, estamos en un ámbito donde rige el derecho penal internacional, en el sentido que entendemos a este régimen jurídico (vid. supra, II, § 3).



effective means of protecting their rights, as for example, non-self-governing peoples and the populations of mandate or trust territories”<sup>50</sup>.

Siguiendo la tesis del referido profesor, los delitos internacionales (*delicta iuris gentium*) son una figura jurídica distinta a la obligación patrimonial de reparación que debe el agresor a su víctima (“...as opposed to torts as reparation obligations...”), y este puede clasificarse en cuatro formas<sup>51</sup>, a saber: las violaciones al *jus cogens* internacional, como el genocidio (1); los actos que podríamos llamar “delitos culposos internacionales” como los ensayos nucleares continuos en la atmósfera<sup>52</sup> (3); los agravios cometidos contra los derechos de minorías garantidos por el derecho internacional, como las poblaciones sujetas a fideicomiso<sup>53</sup> (4) y, como especie aparte, los casos en que el orden internacional autoriza la persecución universal, como la piratería (2)<sup>54</sup>. Luego, el autor reconoce que entre el delito internacional y la jurisdicción universal no existe un correlato necesario, antes bien puede ocurrir que un crimen o simple delito internacionales no puedan ser perseguidos por cualquier Estado.

De esta manera, se puede afirmar que no todo delito estatuido por alguna de las fuentes directas de derecho internacional queda bajo la jurisdicción universal, y por el contrario, no todo delito aprehendido mediante la universalidad es, en puridad, un *delicta iuris gentium*, en tanto que bien puede ser un simple delito penal de derecho interno que se somete a las reglas del Derecho Penal Internacional –o “derecho penal de persecución transnacional”– (con reglas de extradición, competencias, fueros, etc.) con la peculiaridad que está sujeto a una obligación internacional de prevenir y reprimir una tal conducta, sin que llegue a calificársele per se como una conducta criminal en sede internacional.

### III. Clasificación de crimen y simple delito en sede internacional: una propuesta.

---

<sup>50</sup>Cfr. Brownlie, I., op. cit., p. 509.

<sup>51</sup> En mi opinión, el profesor de Oxford propone, quizá de manera involuntaria, una clasificación de los delitos internacionales según el bien jurídico protegido.

<sup>52</sup> Este ilícito, en cuanto tal, consistiría en un ejemplo de los llamados por la dogmática penal delitos de mera actividad o de peligro, puesto que no se requiere un resultado lesivo para configurarse el delito; basta la mera sucesión de ensayos nucleares para que se tenga por perpetrado el hecho.

<sup>53</sup> Hoy, las figuras del mandato y del fideicomiso son instituciones que no tienen aplicación práctica, por lo que pertenecen a la historia del derecho de gentes. Sin embargo, la clasificación sigue siendo plausible para proteger a otras minorías con estatus especial dentro del derecho internacional, pongamos por caso, los refugiados.

<sup>54</sup> Por otra parte, el autor hace la prevención al numeral (2) recién citado, con una nota al pie de la página, sosteniendo «the approach here is in terms of a duty to apprehend and punish and it is not clear the wrongdoing is to be classified as an 'international crime'». Cfr. Brownlie, I., op. cit., p. 509 nota 12.

En esta sección abordaremos la clasificación entre crimen internacional y simple delito internacional que ha sido abordada por la doctrina y jurisprudencia internacionales dentro de una doctrina general sin lograr, empero, un discurso más acorde al dogma penal o, al menos, aplicar tal división lógica al estado actual del derecho internacional penal. De este modo, pretendemos esbozar con algunas ideas que sirvan de guía para delimitar una clasificación que mejor se aproxime a tal discurso dogmático-penal.

8. A título preliminar, podemos decir que las fuentes clásicas del derecho internacional contienen la noción de “delito internacional” (*delicta iuris gentium*) entendiéndolo como un concepto genérico, es decir, como una noción que comprende a toda violación del derecho de gentes, de manera que la clasificación “crimen – simple delito” no tuvo mayor trascendencia, ni aun en la misma doctrina<sup>55</sup>. No obstante, la doctrina y las fuentes indirectas de Derecho Internacional han adoptado la categoría entre el así llamado “crimen internacional” del “simple delito internacional”, pero en un sentido diverso al empleado por la dogmática penal a partir de la clasificación Liszt-Mezger. En este sentido, el profesor chileno don Santiago Benadava expone:

“Sin embargo, en el derecho internacional contemporáneo se está consolidando una tendencia a establecer una categoría especial de actos internacionalmente ilícitos: los llamados crímenes internacionales.

Según la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el crimen internacional resultaría de “una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para los intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está considerada como crimen por esa comunidad en su conjunto”. La Comisión considera que, según el derecho internacional en vigor, son crímenes internacionales, entre otros: la agresión; el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; la esclavitud, el genocidio, el apartheid y la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

Las obligaciones infringidas por los crímenes internacionales serían obligaciones erga omnes, hacia todos los Estados de la comunidad internacional, de manera que cualquiera de ellos podría exigir su cumplimiento.

---

<sup>55</sup> La Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio de 1948 utiliza esta denominación, mas en su artículo I determina que el genocidio es “un crimen bajo el derecho internacional”. A pesar de la doble denominación ocupada en la Convención, la literatura autorizada califica a esta horrenda conducta bajo el término “crimen”, al igual como lo define el tipo del art. 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Por su especial repugnancia a la conciencia jurídica de la humanidad, el crimen internacional estaría sometido a un régimen de responsabilidad particularmente severo: todo Estado podría hacer efectiva la responsabilidad internacional incurrida por el país infractor y la reparación por el crimen internacional podría ir acompañada de sanciones contra el Estado responsable.

Los hechos internacionalmente ilícitos que no tuvieran carácter de crímenes internacionales serían delitos internacionales, regidos por las reglas generales sobre responsabilidad internacional.”<sup>56</sup>.

Esta categoría propuesta por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) no sólo ha servido de guía para alguna literatura internacionalista (como la obra precitada), sino que aun a título de lege ferenda, como en el proyecto de Tratado sobre Responsabilidad Internacional, todavía en estudio por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU<sup>57</sup>; tal como lo expone el profesor español don José Pastor Ridruejo:

“Si la obligación vulnerada es tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación esté reconocida como crimen de esa comunidad en su conjunto (p. 2 del art. 19 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional) se trata de la figura del crimen internacional. En los casos restantes la violación no pasa de constituir un delito internacional (p. 4 del mismo artículo)...”<sup>58</sup>

9. Por otra parte, la jurisprudencia internacional también había caído en la tentación de remitirse a la clasificación del derecho penal de cuño nacional. Por ejemplo, se suele citar el fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso Barcelona Traction (sentencia de 5 de febrero de 1970), que en su parte considerativa dijo:

“33. (...) Se debe establecer, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones del Estado hacia la Comunidad Internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en causa, se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de estos derechos; las obligaciones en cuestión son obligaciones erga omnes.

---

<sup>56</sup> Cfr. Benadava, S., op. cit., p. 162-163.

<sup>57</sup> Mayor información sobre el Proyecto de la Comisión, vid. Crawford, J. (2004): Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios, Dykinson, Madrid.

<sup>58</sup> Cfr. Pastor Ridruejo, J. (1996): op. cit., p. 573.

“34. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección se han integrado en el Derecho internacional general (...); otros, son contenidos en instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal.”<sup>59</sup>

10. En resumen, lo que propone la doctrina consultada y la jurisprudencia internacional, a partir de la clasificación propuesta por la CDI, es que el criterio determinante en la división lógica consista en el alcance del daño ocasionado por la infracción, vale decir, si la infracción a la norma o principio internacionales alcanza o no a la comunidad internacional toda, de suerte que es crimen aquella conducta que importa una infracción a obligaciones vinculantes para todos los Estados o “intereses fundamentales para la comunidad internacional”; mientras que es un mero delito internacional las contravenciones restantes o, lo que es igual, aquellas que no importan una lesión o riesgo a intereses fundamentales de la comunidad internacional.

11. Nuestra opinión considera que tal división lógica propuesta, si bien puede ser útil para el derecho internacional general, no es posible de predicar dentro de la dogmática internacional penal. En efecto, si la categoría se basa en el alcance espacial del daño, resultaría que “crimen internacional” serían casi todas las conductas declaradas internacionalmente ilícitas por alguna de las fuentes directas de derecho internacional, ya que son muy pocos los instrumentos o costumbres internacionales que prescriben delitos de alcance regional o continental, amén que no todas estas normas establecen una tipificación, sino que tan sólo declaran la antijuridicidad de la conducta, delegando a los Estados la descripción típica del hecho, su sanción efectiva, los grados de comisión, autoría y participación, así como las demás circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Desde un punto de vista dogmático, consideramos que la clasificación propuesta por la CDI confunde dos sedes del derecho que tienen una identidad propia y, por ende, son diferentes, toda vez que equipara el “simple delito internacional<sup>60</sup>” con la responsabilidad internacional<sup>60</sup>,

---

<sup>59</sup> Vid. Academia de Derecho Internacional (1976): *Recueil des Cours*, La Haya, vol. I, p. 250-251.

<sup>60</sup> Si en esta materia elevamos a género el término “responsabilidad internacional”, las especies que dependerían de ese género serían “estatal” e “individual”, ya que el criterio objetivo diferenciador estaría en quién es el imputado por el ilícito, o sea, a quién le atribuimos la responsabilidad por el daño cometido. Por otra parte, la especie “estatal” se

siendo que esta última es institución cuyo fin es eminentemente reparatorio-patrimonial y moral, únicamente reclamable entre Estados soberanos, sin importar que el hecho lesivo consista en una mera infracción a una norma internacional o una conducta constitutiva de *delicta iuris gentium*<sup>61</sup>; mientras que todo delito internacional, cualquiera sea su clasificación, implica una conducta de un individuo que está tipificada –o al menos declarada antijurídica– por alguna de las fuentes directas de derecho internacional y lleva asignada una sanción penal individual, sea inmediatamente sea vía delegación al derecho doméstico<sup>62</sup>, lo que deviene en la conclusión forzosa que no toda infracción al derecho internacional es considerada un delito internacional, pero todo delito internacional es contrario al derecho internacional. Este razonamiento se encuentra implícito en el artículo 25 apartado 4 del Estatuto de Roma<sup>63</sup> y, explícitamente, en la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas:

“Desde ahora en adelante, la separación de lo ilícito civil y penal ha de hacerse, como en otras ramas jurídicas, con un criterio selectivo de exclusión, es decir de ilicitud, por violación de

---

divide a su vez en “de daño patrimonial” y “de daño moral”; puesto que su diferenciación estará fundada en la forma en que ha de repararse los perjuicios, así, para el daño patrimonial procederá la indemnización pecuniaria, en cambio para la moral basta con la mera satisfacción internacional (ej.: expresar disculpas públicas, rendir honores a la bandera del estado ofendido, etc.). En cambio, si seguimos la tesis de la Comisión, la especie “individual” se divide a su vez entre “crimen” y “delito”, cuyo criterio diferenciador es la gravedad; de manera que son crímenes los hechos individuales “más graves”, mientras que son delitos los hechos individuales “menos graves”. Como puede deducirse, el error está al escoger a la “gravedad” cual criterio diferenciador, puesto que la gravedad, al ser un juicio de valor, requiere de patrones que los guíen, y si no hay un patrón objetivo al que apelar para enjuiciar, sólo queda dejarlo a otros criterios y elementos subjetivos, (pues ¿Cómo hemos de definir la gravedad de un delito, si la norma o el intérprete no dan reglas o patrones claros para delimitar dicha noción? Simplemente, apelando a lo que piense cada uno, o sea, dejándolo a la subjetividad); luego, si la división de género a especie está supeditada, en último término, a un juicio subjetivo, la clasificación no es lógicamente aceptable, y menos jurídicamente sostenible, ya que imputar a una persona la autoría o participación de un crimen o un simple delito no es algo que pueda quedar al capricho del juez, sin violar el principio de igualdad, derecho fundamental consagrado en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos (Cfr. art. 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 24 Convención Americana de Derechos Humanos). Además, al señalar que los delitos internacionales quedan “regidos por las reglas generales sobre responsabilidad internacional”, está remitiéndose, en rigor, a la categoría de “responsabilidad internacional/estatal/patrimonial-moral”, o sea, confunde un hecho que es un ilícito individual, con la responsabilidad de reparar patrimonial o moralmente el daño causado; por consiguiente, al confundir dos áreas de la responsabilidad bien distinguidas, la clasificación adolece de una falacia.

<sup>61</sup> Esta opinión de la Comisión, pues, sigue aún la tradicional concepción compensatoria de la responsabilidad internacional, es decir, aquella que rige en el orden diplomático y con una finalidad compensatoria y patrimonial. Desde esta perspectiva, la comisión de un *delicta iuris gentium* conllevaría una reclamación universal patrimonial (una suerte de “acción popular”) y, de manera conjunta, la interposición de la acción internacional penal ante el tribunal competente (lo que no significa que todo Estado sea competente). Así, el derecho internacional estaría evolucionando hacia las responsabilidades que se encuentran radicadas en el derecho doméstico o nacional, vale decir, la coexistencia de una responsabilidad patrimonial y una responsabilidad individual. Para entender mejor la diferencia, vid. Brownlie, I., op. cit., p. 507-508; y Kelsen, H. (1967): *Principles of International Law*, Holt, Reinhart & Winston Inc., 2nd edition, Boston, p. 18 y ss.

<sup>62</sup> Véase, vgr., fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la responsabilidad internacional de Serbia con respecto al crimen de genocidio: [http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/ipress2007/ipresscom\\_2007-8\\_bhy\\_200702026.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/ipress2007/ipresscom_2007-8_bhy_200702026.htm)

<sup>63</sup> Cfr. artículo 25 apartado 4 del Estatuto de Roma: «Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional».



normas, considerándose preferentemente la civil, salvo que concretamente se la caracterice en la propia norma como criminal”<sup>64</sup>.

12. Considerando las críticas desplegadas a la clasificación expuesta por la CDI, es necesario indagar si es plausible proponer una división lógica semejante en el derecho internacional penal. Algunos autores<sup>65</sup> han considerado que el binomio “crimen-simple delito” no es útil al derecho internacional, debido a que en muchos ordenamientos penales internos no atienden a tal división, por ejemplo, en el criminal law de los países de tradición anglosajona, sólo emplean el vocablo crime para todos los ilícitos que llevan aparejada una pena privativa o restrictiva de la vida, libertad o propiedad del autor o participe del hecho punible; dejando otras expresiones reservadas para el civil tort law, o sea, la así llamada “responsabilidad extracontractual o aquiliana” en los países de tradición romano-codificada.

Nuestro parecer, empero, considera que no sólo es plausible una tal clasificación entre crimen y simple delito en el derecho internacional penal, sino que necesaria, por cuanto este orden punitivo no formula un juicio de reproche unívoco a las conductas, sino que va distinguiendo entre un ilícito y otro según su constitución delictiva y punibilidad, más que al alcance espacial del daño, es decir, la comunidad internacional ejerce una política criminal que discrimina entre conductas que deben ser tipificadas y sancionadas directamente por los organismos representantes de tal comunidad y conductas que sólo se declaran “internacionalmente antijurídicas”, remitiendo al legislador de cada Estado la concreta tipificación y sanción penal del hecho. Esta distinción descansa en ciertas premisas extraídas desde las mismas normas y la práctica internacionales, como pasamos a detallar:

a) no todos los delitos internacionales se establecen por virtud de un tratado, sino también por otras fuentes de derecho internacional, como la costumbre y los principios generales de derecho de gentes.

b) a su vez, no todos los tratados internacionales establecen el delito y su pena, sino que algunos pactos sólo se limitan a (i) tipificar la conducta y declararla ilícita sin sancionarla, obligando al Estado parte a incorporar dicho tipo en su legislación penal sin modificaciones, pero delegándole el poder de fijar la pena a su arbitrio o dentro de un determinado marco punitivo<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Vid. Quintano Ripollés, A.; op. cit., p. 170.

<sup>65</sup> Así, Vargas Carreño, E.: ibidem, p. 607.

<sup>66</sup> En términos simples, el tratado obliga a cada Estado parte a que el tipo descrito sea considerado delito dentro del sistema penal del país, sin inmiscuirse en la cuantificación o extensión de la escala punitiva, pues esta decisión político-criminal queda entregada al legislador de cada Estado parte.



(por ejemplo, los tipos contenidos en la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, o el tipo de tráfico de estupefacientes de la Convención de la Haya para la Represión del Tráfico Ilícito de las Drogas Peligrosas); o se limitan a (ii) declarar ilícita una conducta, fijándole un tipo referencial o mínimo-obligatorio, en tanto que la obligación del Estado parte consiste en establecer y sancionar el hecho como delito interno, sea conformando la ley interna a dicho tipo referencial, sea incluyendo otros elementos adicionales a este tipo referencial<sup>67</sup> (vg.: la Convenio Internacional para la Represión de los actos de Terrorismo Nuclear); o (iii) se limitan a fijar ciertos supuestos de hecho que los Estados partes se obligan a incorporar dentro de los elementos de un tipo penal, dejando a su arbitrio la concreción final del tipo y su sanción<sup>68</sup> (como el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire).

c) En resumen, no todo delito internacional nace de un tratado y no todo delito internacional creado por un tratado lleva asignada su pena; siendo esta última la que más llama la atención, puesto que tales instrumentos se asimilan, con mucho a la teoría de las “leyes penales en blanco” (Blankettstrafgesetz) o “leyes penales incompletas” (undvollständige Strafgesetz) acuñada por el penalista alemán Karl Binding<sup>69</sup>, toda vez que la comunidad internacional sólo se contenta con fijar toda la conducta –o al menos los elementos esenciales del tipo– y delega su complementación (ya el resto del tipo penal, ya la sanción misma) a la potestad represiva del Estado partes<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> En propiedad, lo que hace el tratado es definir el tipo-base del delito, obligando al estado parte a respetar ese mínimo, pero dejándolo libre de incorporar otros elementos (objetivos y subjetivos) a ese tipo, así como en la determinación de la pena.

<sup>68</sup> Esta clase de tratados es el más precario en cuanto a la criminalización internacional, puesto que se contenta con indicar que ciertos supuestos deben ser considerados, obligatoriamente, como elementos de un tipo penal, quedando a criterio del legislador patrio el resto de los elementos (objetivos y subjetivos) del tipo, así como la pena asignada al mismo. De este modo, la política criminal de la comunidad internacional se ve graduada, de mayor a menor rigidez en la configuración final del tipo penal: tratados con tipos rígidos obligatorios (i), tratados con tipos mínimos obligatorios (ii) y tratados con ciertos elementos del tipo obligatorios (iii); pero en todos los casos, es el Estado quien decide el quantum de la pena, contentándose el tratado en imponer la obligación de castigar el delito, sin más. Ahora bien, si el tratado sólo fija la obligación de prevenir y castigar un determinado hecho, sin describir la conducta, ya ni siquiera estamos hablando de un *delicta iuris gentium*, puesto que la comunidad internacional no está ejerciendo, en modo alguno, su potestad penal, sino tan sólo impone la obligación de hacer (prevenir y castigar un hecho meramente nombrado) a los Estados suscriptores, o sea, obliga a los contrayentes a ejercer su potestad penal interna, dejando a la libre voluntad de cada cual cómo ha de configurarse el tipo y la escala punitiva asignada, por lo que algunos autores han denominado a estos ilícitos como “delitos transnacionales o fronterizos” (vid. Gil Gil, A.: op. cit., p. 41 a 51; aunque esta autora ejemplifica como delitos transnacionales a hechos que, a mi juicio, comportan estrictamente un ilícito internacional).

<sup>69</sup> Cfr. Binding, K. (1872): *Die Normen und ihre Ubertretung*, Tomo I, 1ª edición, Leipzig, p. 162.

<sup>70</sup> Tema, por cierto, muy interesante de resolver, ya que es necesario determinar qué clase de “norma penal en blanco” es la que se configura en esta clase de instrumentos internacionales (propia, impropia, al revés). A mi parecer, la remisión normativa de un tratado a una ley para los efectos de la definición de la pena es más bien una ley penal en blanco impropia, pues ambas fuentes orgánicas (tratado y ley) son fuentes formales del sistema penal, que no una ley penal en blanco al revés, puesto que el tratado no está delegando la definición de la sanción a una norma de rango infralegal, sino que a la ley y sólo a ésta.



Este hecho objetivo diferenciador no puede ser desatendido por la dogmática internacional penal, por cuanto la política criminal del sistema internacional considera que ciertos hechos deben ser tipificados y penalizados directamente por las fuentes de derecho internacional, esencialmente por un tratado; mientras que otros hechos, también reprochables pero de menor gravedad, sólo son tipificados o cuando menos descritos los elementos esenciales del tipo, remitiéndose al poder penal del Estado para completar el resto de la norma punitiva. En conclusión: hay conductas que para la comunidad internacional son más graves y, por tanto, requieren de su inmediata y forzosa punición, a contrario de otras conductas que, al ser menos graves, su sanción no es inmediata ni concreta, sino que se encomiendan a la voluntad del Estado obligado<sup>71</sup>. Por ejemplo, así se demuestra con el Estatuto de Roma, un tratado que tipifica y penaliza ciertas conductas calificadas como los “crímenes más graves” (art. 1° del Estatuto de Roma), mientras que la Convención para la Represión del Tráfico Ilícito de las Drogas Peligrosas de 1936 sólo establece el tipo, mientras que “Cada una de las Altas Partes Contratadas se obliga a consagrar las disposiciones legislativas necesarias para castigar severamente, particularmente con prisión u otras penas privativas de libertad...” (art. 2° de la citada Convención). Esta circunstancia, pues, hace diferencia entre uno y otro ilícitos internacionales, y como tal diferencia objetiva descansa en un juicio político-criminal que hace la comunidad internacional en considerar a unos hechos más graves que a otros, o sea, en la gravedad del hecho ilícito objetivamente manifestado en su directa o indirecta punibilidad, es que tenemos una distinción en la realidad del orden internacional penal que nos permite distinguir entre una y otra clase de delitos internacionales.

13. En resumen, la comunidad internacional tipifica y reprime, tanto abstracta como concretamente, a los ilícitos más graves, mientras que a otros hechos menos graves se conforma con tipificar o meramente describir, reenviando su complementación a la potestad represora de cada Estado, merced a su ley y jurisdicción; y si la comunidad internacional hace distinción entre hechos punibles más o menos graves, es totalmente plausible recurrir a la tradicional clasificación de Lutz y Mezger, ya que también ellos atendieron al mismo criterio diferenciador empleado por el legislador doméstico –gravedad del daño o puesta en peligro del bien jurídico protegido–, de manera que no es incorrecto sostener que en el derecho

---

<sup>71</sup> Adviértase que “el libre arbitrio del Estado” se refiere sólo a la determinación final del quantum de la pena, que no a la oportunidad de la legalización de la sanción, puesto que si un tratado obliga a un Estado a penalizar una cierta conducta, lo hace sin modalidad alguna, o sea, “pura y simplemente”, de suerte que si el Estado no sanciona oportunamente la conducta, comete violación al tratado, pudiendo perseguirse la responsabilidad internacional del infractor por las vías tradicionales.

internacional penal cabe la distinción entre el “crimen internacional” y el “simple delito internacional”, en que el primero corresponde a todos los hechos tipificados, sancionados y perseguidos directamente por la comunidad internacional, mientras que el segundo corresponde a todos los hechos ilícitos cuya penalización y persecución queda entregada, en definitiva, a la voluntad del Estado que se obliga.

#### IV. Conclusiones.

14. En consecuencia, y en mérito de la realidad del sistema internacional penal, podemos elaborar una definición dogmática del delito internacional a partir de las características descritas anteriormente, a saber:

a) En rigor, el delito internacional en un sentido genérico o *Delicta Iuris Gentium* es “toda acción u omisión tipificada por alguna de las fuentes directas del derecho internacional, y contraria a este orden, culpablemente ejecutada y sujeta directa o indirectamente a una pena”.

b) Que, en cuanto tal, el elemento “conducta” comprende todo clase de acciones o abstenciones realizadas por una persona natural.

c) Que tales conductas se encuentran descritas por alguna de las fuentes directas del derecho internacional sustantivo, como son tratados, costumbre o principios generales de derecho, constituyendo así el “tipo internacional penal” (*tatbestand völkerstraf*).

d) Que tales conductas son valoradas, en principio, como “violaciones al Derecho Internacional General”, por tanto ilícitas, a menos que el mismo derecho internacional, sea directamente, sea derivando su consagración a las leyes estatales, prevenga ciertas causales de justificación, en que la conducta pasa a considerarse lícita a pesar de su correspondencia con un tipo internacional penal (vg.: legítima defensa).

e) Asimismo, la ejecución de los ilícitos internacionales supone la atribución individual de la responsabilidad por el hecho, de manera que sólo sea castigada aquella persona que ejecutó el hecho delictivo de forma racional, libre y voluntaria (con dolo o culpa, si procediere ésta).

e) Por último, la punición puede ser ejercida directa o indirectamente. Es ejercida la punición de forma directa, cuando la misma comunidad internacional impone la pena en alguna de sus fuentes formales directas, no sólo a través de la conminación abstracta de la sanción (ej.: un tratado establece en detalle la escala del presidio o reclusión asignados al delito), sino incluso la imposición concreta a través de los órganos persecutores y juzgadores del sistema internacional (ej.: Fiscalía y Corte Penal Internacional). Por el contrario, la punición es indirecta cuando la comunidad internacional reenvía a los Estados Nacionales el establecimiento y aplicación de las



penas, imponiendo la obligación tanto al legislador doméstico (obligación de establecer la escala penal según el iter criminis y las circunstancias modificatorias) como a los Tribunales nacionales (obligación de ejercer jurisdicción según la extraterritorialidad autorizada –personal activa, personal pasiva, real o de defensa, y universal–).

15. Asimismo, en conclusión de lo expuesto en el apartado II de este trabajo, estamos en posición de formular una propuesta para una nueva clasificación entre crimen y simple delito internacionales, vale decir:

a) El crimen internacional es aquél cuya creación y sanción queda determinada plena, indelegable y taxativamente por el titular de la potestad punitiva, esto es, la comunidad internacional, ya que ella y sólo ella es la que ejerce, de modo monopolístico, la creación y tipifica del delito por la vía convencional, es decir, sólo por la vía de tratados, además de asignar en el mismo instrumento la pena con su cuantía exacta, señala los elementos que eximen o modifican la responsabilidad internacional penal, estableciendo una jurisdicción y competencias a un órgano persecutor y judicial que se encargará, al menos de forma complementaria, de perseguir esta clase de ilícitos, todo lo anterior bajo la estricta observancia de las limitaciones impuestas por los Derechos Fundamentales universalmente reconocidos (vg.: así, los crímenes internacionales estarían sojuzgados a un así llamado “principio de jurisdicción convencional de los crímenes y las penas internacionales”, es decir, aquél principio por el cual los crímenes internacionales sólo pueden ser establecidos y penados en un tratado internacional o, lo que es igual, reconocer el principio de la reserva convencional para el establecimiento de los crímenes internacionales y sus penas, de manera que el tipo y la sanción se encuentre previamente escrita y determinada: *nullum crimen nulla poena sine tractatum praeivum scriptum et strictum*). El crimen internacional, empero, no impide que los Estados ejerzan su soberanía legislativa y jurisdiccional reprochando y sancionando estas conductas atroces, siempre que el Estado manifieste su voluntad real en prevenir y reprimir su comisión, dentro de la esfera de su competencia.

b) El simple delito internacional, por su parte, comprende a todas aquellas conductas ilícitas cuya descripción está, al menos de modo genérico, prevista por alguna de las fuentes directas de Derecho Internacional y, en todos los casos, su pena no se halla determinada por la misma fuente, de suerte que la comunidad internacional reenvía al soberano nacional su definitiva tipificación y su concreta penalización –una suerte de remisión normativa desde la comunidad internacional al legislador nacional o “norma penal en blanco impropia”–, amén de delegar en cada Estado, a su arbitrio, la reglamentación de las causales de modificación o extinción de la

responsabilidad individual. En otras palabras, el simple delito internacional admite el ejercicio de una potestad penal cooperativa entre la comunidad internacional y los Estados<sup>72</sup>.

c) Por consiguiente, son ejemplos de crimen internacional aquellas conductas tipificadas en el Estatuto de Roma, a saber, la Agresión, el Genocidio, los Crímenes de Guerra y los crímenes de Lesa Humanidad, cuya sanción está descrita en el artículo 77 y 78 del mismo Estatuto. Por el contrario, son ejemplos de simple delito internacional la piratería, el apoderamiento ilícito de aeronaves, delitos sobre personas internacionalmente protegidas, el tráfico ilícito de estupefacientes, la organización ilícita internacional, y toda otra conducta prohibida y susceptible de sanción penal que no esté dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional, cuya penalización y persecución se remite a las leyes de cada Estado.

---

## BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai: *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Bassiouni, Cherif: *International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 3rd. Edition, volumen I, 2008.

Bello, Andrés: *Obras Completas*, volumen X: *Derecho Internacional*, ed. Nascimento, Santiago, 1931.

---

<sup>72</sup> Este ejercicio concurrente de la potestad penal respecto de simples delitos internacionales tiene que ver con el objeto y fin del tratado que los crea: no es más que imponer la obligación internacional sobre el Estado suscriptor en recoger a dicha conducta y criminalizarla con su pena correspondiente dentro del orden doméstico. Por consiguiente, los tratados que crean delitos internacionales, por definición, son de tipo “no autoejecutorios” o «non-self-executing», incluso aquellos que ordenan la incorporación automática del delito que sancionan a la legislación nacional, por cuanto aun no satisfacen lo exigido por el principio *nulla poena sine lege*; sin embargo, el correcto alcance de la “cláusula de Núremberg” sigue siendo un complejo jurídico al que se enfrentan los tribunales, toda vez que este precepto no hace distinción alguna entre “crimen” y “simple delito”, por lo que no es imposible la ocurrencia de un simple delito internacional que, no obstante su falta de sanción penal concreta, obligue al Estado con competencia en lo criminal a ejercer su jurisdicción, desatendiendo la exigencia de la legalidad previa de la pena. En mi parecer, esto debe entenderse según el régimen constitucional en donde se invoque tal cláusula con respecto a un simple delito internacional: por ejemplo, si en la Constitución Política del Estado se reconoce el “rango constitucional” a las garantías fundamentales contenidas en tratados internacionales ratificados y vigentes en el país, la “cláusula de Núremberg” pasaría a ser una excepción normativa al principio *nullum crimen*; por el contrario, si la Constitución Política del Estado no le reconoce “rango constitucional” a las garantías fundamentales contenidas en tratados ratificados y en vigor dentro del país, la “cláusula de Núremberg” tendría rango infraconstitucional y, por ende, el principio *nullum crimen* prevalecería sobre dicha cláusula contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Benadava, Santiago: Derecho Internacional Público, Conosur - Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2001.

Brownlie, sir Ian: Principles of Public International Law, 7th edition, Oxford University Press, Londres, 2008.

Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán: Manual de Derecho Penal Español, Parte General, 4ª edición, Barcelona, 1994.

Carreño Vargas, Edmundo: Derecho Internacional. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

Crawford, James: Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios, Dykinson, Madrid, 2004.

Diez Sánchez, Juan José: Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley Penal), Colex, Madrid, 1990.

Gil Gil, Alicia: Derecho Penal Internacional. Especial consideración al delito de genocidio, Tecnos, Madrid, 1999.

Kelsen, Hans: Principles of International Law, Holt, Reinehart & Winston Inc., 2nd edition, Boston, 1967.

Nino, Carlos Santiago: Limites de la Responsabilidad Penal, ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence: Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo II, volumen 1, Bosch, Madrid, 1961.

Pastor Ridruejo, José Antonio: Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1996.

Politoff, Sergio: Derecho Penal, Tomo I, Lexis Nexis, Santiago, 2001.

Quintano Ripollés, Antonio: Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.

Revista Isonomía, N.º 20, ITAM, México D.F., abril de 2004.

Sitio web Centro Argentino de Estudios Internacionales: <http://www.caei.com.ar/>

Sitio web Corte Internacional de Justicia: <http://www.icj-cij.org/>

Sitio web de la Sociedad Martens: <http://www.martens.ee/>

