

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA INCRIMINACIÓN INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

Xavier Fernández Pons\*

Sumario: Introducción. – I. El principio de legalidad penal y la tipificación internacional de crímenes imputables al individuo. – A) Negación de la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en la incriminación internacional del individuo. – B) Afirmación del principio de no retroactividad y justificación de su vulneración mediante una ponderación de diversos valores o intereses en presencia. – C) Adaptación del principio de legalidad a las peculiares formas de creación de las normas internacionales. – D) Balance. – II. El principio de legalidad y la recepción de los crímenes de Derecho internacional del individuo en los ordenamientos jurídicos internos.

## INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad penal, usualmente expresado bajo la fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”<sup>1</sup>, supone, según el pensamiento de Beccaria (1738-1794), que: “... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”<sup>2</sup>.

Como es notorio, dicho principio fue proclamado por el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a cuyo tenor “nadie puede ser

---

\* Profesor Titular de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona.

© Xavier Fernández Pons

<sup>1</sup> El origen de dicha fórmula se sitúa, generalmente, en la obra del jurista alemán P. J. A. von Feuerbach (1775-1833). V. FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal*, traducción de E. R. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 63.

<sup>2</sup> BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., traducción de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 29-31.

castigado sinó en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”, y constituye “un postulado fundamental del Derecho penal moderno”<sup>3</sup>. El art. 25.1 de la vigente Constitución española lo recoge expresamente, al estipular que: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

El principio de legalidad penal impone, como observan destacados penalistas, una cuádruple exigencia a la norma jurídica incriminadora, requiriendo que se trate de una *lex praevia, scripta, stricta et certa*<sup>4</sup>. Cada ordenamiento jurídico interno precisa el alcance de tales garantías, adoptando una visión más o menos formal o material de las mismas<sup>5</sup>. Ahora bien, ¿cómo opera este principio en el caso de los crímenes de Derecho internacional imputables al individuo?

La presente nota tratará de abordar este interrogante desde dos perspectivas: en primer lugar, se examinará la operatividad del principio de legalidad penal dentro del propio ordenamiento jurídico internacional, contemplando las diversas alternativas barajadas acerca de su particular alcance en el Derecho internacional (apartado I); en segundo lugar, se analizará cómo el principio de legalidad vigente en un determinado ordenamiento interno condiciona la represión de los crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos por las jurisdicciones nacionales (apartado II).

## I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL DE CRÍMENES IMPUTABLES AL INDIVIDUO

El ordenamiento jurídico internacional no se limita a formular ciertos tipos penales imputables a los individuos con carácter autónomo de los Derechos internos<sup>6</sup>, sino que los acompaña de un régimen jurídico peculiar, basado en la afirmación de ciertos principios desde las propias fuentes del Derecho internacional. Del mismo modo en que se habla de una autonomía en la formulación jurídica internacional de ciertos tipos, también cabe hablar, pues, de una autonomía del Derecho internacional al establecer tales principios.

<sup>3</sup> QUINTERO OLIVARES, G. (con la colaboración de F. Morales Prats y J. M. Prats Canut), *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 68.

<sup>4</sup> V. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 313 y 314; ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General I*, traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 137-139.

<sup>5</sup> Cfr. FLÁVIO GOMES, L., “El principio de legalidad penal y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la “lex populi””, en ARROYO ZAPATERO, L. A. y otros, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, vol. I, pp. 1027-1055.

<sup>6</sup> Sobre el carácter autónomo de la incriminación internacional del individuo v. ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, tome 280 (1999), pp. 135-428, en pp. 172-175, 273-280 y 293-296.

Algunos de tales principios, como el de la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad o la no procedencia de ciertas inmunidades vienen a singularizar la represión de los crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos, distinguiéndolos de los delitos de carácter puramente interno<sup>7</sup>. Otros principios, como el de la presunción de inocencia o el de *non bis in idem*, rigen con carácter general, independientemente, del origen internacional o interno de la tipificación de una conducta.

La autonomía del Derecho internacional cuando reconoce unos y otros principios no quita, sin embargo, que entre el Derecho internacional y los Derechos internos se den estrechas relaciones, que pueden trazarse en un doble sentido: por un lado, principios afirmados inicialmente *in foro domestico* vendrán a configurarse como vigentes en el propio ordenamiento jurídico internacional en la medida en que se presenten como normas consuetudinarias o como “principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”<sup>8</sup>, integrándose en el Derecho internacional general; por otro lado, los principios fraguados desde el propio Derecho internacional (atendiendo, en su caso, a las especificidades de los crímenes tipificados por sus fuentes) deberán ser incorporados, junto con los tipos en sí, por los ordenamientos internos.

Cabe avanzar que respecto al principio de legalidad penal se dan tanto relaciones en sentido “ascendente”, pues se ha asistido a una “internacionalización” de tal principio, como en sentido “descendente”, atendiendo a la peculiar conformación que dicho principio adquiere en el Derecho internacional y sus ulteriores repercusiones para los Derechos y las jurisdicciones internas.

La asunción del principio de legalidad penal por el ordenamiento jurídico internacional ha sido controvertida, particularmente con respecto a la exigencia de una *lex praevia*, a la que se han vinculado, de forma más o menos explícita, las restantes garantías comprendidas bajo el principio. Así, numerosos procesados por actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial o en contextos posteriores (como los conflictos en la antigua Yugoslavia y Rwanda) han alegado en su defensa, tanto ante los tribunales penales internacionales *ad hoc* como ante las jurisdicciones nacionales, el carácter *ex post facto* o retroactivo del Derecho aplicado

A partir del examen de la jurisprudencia se han podido identificar, esencialmente, tres respuestas a la cuestión: a) la negación de la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en la incriminación internacional del individuo; b) la afirmación de tal vigencia, justificando su vulneración mediante una ponderación de los diversos valores en presencia; y c) la adaptación del principio a las peculiares formas de creación de las normas internacionales, excluyendo el carácter retroactivo de las “nuevas” incriminaciones y considerándolas como declarativas de un Derecho preexistente.

---

<sup>7</sup> V. RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho internacional – Tipificación y represión internacional*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 166-178.

<sup>8</sup> A tenor del art. 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Cabe avanzar que esta tercera solución ha sido la preferida por la jurisprudencia y la acogida a nivel convencional. Así, tras la consagración del principio de irretroactividad de la legislación penal sancionadora en el Derecho internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 han tratado de evitar la censura de juicios como los de Nuremberg, dejando a salvo, en sus respectivos arts. 7.2 y 15.2 el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, fuese criminal a luz de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

A continuación, se examinarán cada una de las tres respuestas alternativas sobre la operatividad en el ordenamiento jurídico internacional de la garantía penal de no retroactividad (*lex praevia*), observando, en su caso, sus implicaciones para los restantes requisitos del “principio de legalidad” (*lex scripta, stricta et certa*).

#### **A) Negación de la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en la incriminación internacional del individuo**

Sin perjuicio de que el art. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proyecte el principio de irretroactividad tanto en la incriminación interna como en la internacional del individuo, al prever que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional”, en la jurisprudencia se ha barajado la posibilidad de que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* no rija en el ordenamiento internacional.

Así, en algunos pasajes de la sentencia de la Corte Suprema de Israel en el célebre caso Eichmann, se plantea que: “the principle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, in so far as it negates penal legislation with retroactive effect, has not yet become a rule of customary international law”<sup>9</sup>. Aunque “it is true that in many countries the said principle has been embodied in the constitution of the State or in its criminal code [...]”, se observa que “this state of affairs is not universal”, señalándose como ejemplo que “in the United Kingdom, a country whose system of law and justice is universally recognized as being of a high standard, there is no constitutional limitation of the power of the Legislature to vest its criminal law with retrospective effect”<sup>10</sup>.

La Corte Suprema israelita también invocaba en favor de esta argumentación a ciertos autores, como Kelsen, incorporando como cita textual que: “There is no rule of general customary international law forbidding the enactment of norms with retrospective force, so called *ex post facto laws* (Kelsen, *Peace through Law* (1944), p. 87)”. Según otra cita recogida en el mismo pasaje: “There is clearly no principle of

<sup>9</sup> V. *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal)*, May 29, 1962, *International Law Reports*, vol. 36, pp. 3 y ss., p. 281.

<sup>10</sup> *Ibid.*

international law embodying the maxim against retroactivity of criminal law” (Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1959), p. 369)”<sup>11</sup>.

La Corte Suprema israelita, “in the absence therefore of a positive rule of international law prohibiting criminal legislation with retroactive effect”, pudo haberse limitado a desestimar las alegaciones relativas a la retroactividad de la normativa aplicada. Sin embargo, tras la argumentación comentada y tratando de “curarse en salud”, la Corte estimó que, en cualquier caso, “the deeds for which the appellant was convicted must be regarded as having been prohibited by the law of nations since “time immemorial”, and that from this aspect the enactment of the Law of 1950 was not in any way in conflict with the *maxim nulla poena*, nor did it violate the principle inherent therein”<sup>12</sup>.

Se observa pues, a la postre, que incluso en este pronunciamiento se produce un decantamiento hacia la tercera de las soluciones indicadas; manteniéndose que, con independencia de la vigencia o no del principio de irretroactividad, los crímenes imputados no habían sido creados *ex post facto* y la normativa aplicada se ajustaría a dicho principio.

Sucesivos pronunciamientos se han hecho eco de la comentada argumentación trazada en el caso Eichmann. Así, la High Court de Australia la recordó en la sentencia recaída en 1991 en el asunto Polyukhovic. El acusado, que había servido en el ejército alemán en Ucrania entre 1942 y 1943, impugnó la constitucionalidad de la *Australian War Crimes Act* de 1945, enmendada en 1988, previendo el enjuicimiento de personas que hubiesen cometido crímenes de guerra graves en Europa durante la Segunda Guerra Mundial y hubiesen llegado a ser ciudadanos o residentes australianos después de 1945. El acusado incluyó entre sus defensas la consideración de la legislación australiana como retroactiva.

Al examinar dicha alegación, que fue desestimada, el Juez Brennan recordó que “some texts have suggested that, in International Law there is no rule forbidding the enactment or adoption of criminal law with retrospective force”<sup>13</sup>. Recordó, asimismo, que Lauterpacht “[...] held the opinion that the law which must be applied in connection with the prosecution and punishment of war criminals is primarily the law of nations and that, by applying the law of nations, municipal legislation providing for the trial of war criminals avoids the reproach of retroactivity and breach of the principle *nullum crimen sine lege*”<sup>14</sup>.

Tras estas citas, el Juez Brennan consideró, de todos modos, que “the better view now, if not in earlier times, is that the rule of customary international law is as expressed in Art. 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966)”.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>13</sup> *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and another*, Australia, High Court, 14 August 1991, *International Law Reports*, vol. 91, pp. 49.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 43.

En definitiva, y más allá de las dudas planteadas en otros momentos históricos, a la sazón ya se podía considerar al principio de no retroactividad como plenamente incorporado al Derecho internacional general.

### **B) Afirmación del principio de no retroactividad y justificación de su vulneración mediante una ponderación de diversos valores o intereses en presencia**

Otros pronunciamientos jurisprudenciales no han cuestionado la vigencia del principio de no retroactividad en la incriminación internacional del individuo y han asumido que los juicios celebrados y las legislaciones promulgadas tras las masacres cometidas durante la Segunda Guerra Mundial fueron, en efecto, algo realmente novedoso y con un innegable carácter retroactivo.

Partiendo de estas premisas, tales pronunciamientos tratan de justificar la vulneración del principio de no retroactividad estimando que éste no es, en cualquier caso, un principio absoluto y que, en determinadas circunstancias, puede ceder frente a otras exigencias. Así, se realiza una ponderación entre los valores garantizados por el principio de irretroactividad, como el de la seguridad jurídica y la protección de la persona frente a un legislador veleidoso, y los valores éticos y de justicia material que militan en favor de la represión de crímenes tan graves.

Asimismo, el propio alcance del valor de la seguridad jurídica se relativiza, teniendo en cuenta: por un lado, que aunque en el momento de la comisión de los hechos el Derecho internacional no los tipificase como supuestos de responsabilidad internacional del individuo, éstos ya eran contemplados por normas internacionales (cuyos destinatarios o ámbito de aplicación subjetivo eran exclusivamente los Estados); y, por otro lado, que actuaciones subyacentes de los crímenes de guerra o contra la humanidad, como el asesinato, ya estaban lógicamente tipificados como delitos por los Derechos internos. En definitiva, los acusados no podían verse realmente sorprendidos por una ulterior sanción de su conducta, inclinándose la balanza en favor de la represión retroactiva.

Esta argumentación se encuentra, por ejemplo, en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá sobre el caso *Finta* en 1994, donde el Juez Cory partió, de entrada, de las apreciaciones de autores como Schwartzberger, según los cuales “[...] the Nuremberg and Tokyo Charters were not declarative of already existing law but were merely meant to punish the atrocious behaviour of the Nazi and Japanese regimes because their deeds could not go unpunished”, citando textualmente que: “[...] The Four-Power Protocol of October 6, 1945, offers even more decisive evidence of the anxiety of the Contracting Parties to avoid any misinterpretation of their intentions as having codified a generally applicable rule of international customary rule (G. Schwartzberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict* (1968), p. 497)”<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> *Regina v. Finta, Canada, Supreme Court, 24 March 1994, International Law Reports*, vol. 104, p. 284 ss, p. 401.

En el mismo asunto, el propio Juez Cory también recordó que Kelsen “is of the view that the rules created by the Charter of the International Military Tribunal, and applied by the Nuremberg Trial represented “a new law””. Como se ha visto en el punto anterior, los trabajos de Kelsen han sido invocados por los negadores de la existencia del principio de retroactividad en la incriminación internacional del individuo. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el Juez Cory se basó en sucesivos escritos de Kelsen, en los que, asumiendo la vigencia de tal principio, llegó a proponer como solución al problema de la retroactividad una ponderación de los distintos valores en juego<sup>16</sup>. El Juez Cory consideró razonable la ponderación de valores de Kelsen, llevándole a considerar que la legislación canadiense impugnada “do not violate the principles of fundamental justice”<sup>17</sup>.

En el comentado caso Polyukhovich, el Juez Toohey también relativizó el alcance del principio de no retroactividad en función de las circunstancias, considerando que si “prohibition against retroactive laws protects a particular accused against potentially capricious state action [...] the principle of non-retroactivity [...] is an arguably mutable principle, the right to protection dependent, to some extent, on circumstances. Where, for example, the alleged moral transgression is extremely grave, where evidence of that transgression is particularly cogent or where the moral transgression is closely analogous to, but does not for some technical reason amount to, legal transgression, there is a strong argument that the public interest seeing the transgressors called to account outweighs the need of society to protect an individual from prosecution on the basis that a law did not exist at the time of the conduct”<sup>18</sup>.

El método de la ponderación de valores o intereses también fue empleado por la jurisdicción holandesa en el caso Rauter. Así, en la sentencia de la Corte Especial de Casación de 1949, se empleó este método no para justificar la incriminación retroactiva en cuanto tal, que fue salvada considerando la legislación holandesa como meramente declarativa de un Derecho ya previamente existente, sino de la concreta pena impuesta<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and Another*, Australia, High Court, 14 August 1991, *International Law Reports*, vol. 91, pp. 141-142.

<sup>19</sup> Así, ante la alegación de que la pena no estaba prevista con anterioridad (*nulla poena sine lege*), la Corte estimó que: “In so far as the appellant considers punishment unlawful because his acts, although illegal and criminal, lacked a legal sanction precisely outlined and previously prescribed, this objection also fails. The principle that no act is punishable except in virtue of a legal penal provision which had preceded it, aims at creating a guarantee of legal security and individual liberty. Such legal interests would be endangered if acts as to which doubts could exist with regard to their deserving punishment, were to be considered punishable after the event. However, there is nothing absolute about that principle. Its operation may be affected by other principles whose recognition concerns equally important interests of justice. These latter interests do not permit that extremely serious violations of the generally accepted principles of international law (the criminal character of which was already established beyond doubt at the time they were committed), should not be considered punishable solely on the ground that a previous threat of punishment was absent”. V. *In re Rauter*, Países Bajos, Special Court of Cassation, January 12, 1949, *Annual Digest of International Law Cases*, 1949, vol. 16, pp. 526 ss., pp. 542-543.

### C) Adaptación del principio de legalidad a las peculiares formas de creación de las normas internacionales

Como se ha avanzado, la solución que, con mucho, ha sido la preferida por la jurisprudencia ha consistido en considerar que las tipificaciones de crímenes de Derecho internacional del individuo que se produjeron tras la Segunda Guerra Mundial u otros conflictos armados posteriores han sido respetuosas, en cualquier caso, del principio de no retroactividad.

Según dicha jurisprudencia los “nuevos” tipos se han limitado, en realidad, a declarar un Derecho internacional preexistente, con lo que no se podría considerar que fuesen retroactivos. La jurisprudencia destaca que el principio de legalidad no puede ser interpretado de la misma forma en los Derechos internos y en el Derecho internacional, pues la formación de las normas es muy distinta en cada ordenamiento y, frente a la “ley” interna, formal y de fecha precisa, la tipificación internacional puede establecerse a partir de un tratado, la costumbre o los principios generales del Derecho.

Así pues, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa* debe ser entendido como una exigencia de “tipificación” o “juridicidad” previa, reinterpretado sus atributos en función de la peculiar formación del Derecho internacional, dado el carácter informal de algunas de sus fuentes —no existiendo una suerte de “reserva de tratado”— y la consiguiente falta de precisión del momento en que se ha positivizado un tipo y de su exacto contenido.

Aunque la incriminación internacional del individuo por vía consuetudinaria, como la que en su día se produjo respecto a la piratería, choque con los predicados del principio de legalidad de muchos ordenamientos nacionales (que lo entienden como reserva de ley formal), hay que reconocer que la costumbre internacional exige una práctica generalizada, constante y uniforme por parte de los Estados y su *opinio iuris*, con lo que se conjuran incriminaciones puramente arbitrarias como las que podrían tener lugar, en cambio, en un determinado parlamento nacional.

Seguidamente se traerán a colación algunos fragmentos de la jurisprudencia en la que se acogió la solución reseñada, comenzando por la propia sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuyos pasajes sobre la cuestión han sido de reiterada invocación por la jurisprudencia posterior.

El TMI de Nuremberg afirmó que el Estatuto de Londres era la pura declaración de un Derecho preexistente: “The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation”<sup>20</sup>. Esta declaración de principio sería corroborada por el Tribunal respecto a cada tipo imputado, estimando

---

<sup>20</sup> In re *Goering and others*, Nuremberg, International Military Tribunal, October I, 1946, *Annual Digest of International Law Cases*, 1946 (vol. 13), pp. 203 y ss., en p. 207 y *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, p. 172 ss, p. 216.

que el Estatuto se había limitado a declarar unos tipos ya reconocidos por las naciones civilizadas.

Tanto el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente como los Tribunales establecidos en virtud de la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado se remitieron a lo dictado por el TMI de Nuremberg.

Entre tales pronunciamientos, cabe destacar la sentencia del Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg sobre el caso List (Hostages Trial). Ante la invocación del carácter *ex post facto* de la citada Ley nº 10, se afirmó: “[...] In any event, we are of the opinion that a victorious nation may not lawfully enact legislation defining a new crime and make it effective as to acts previously occurring which were not at the time unlawful [...]. The crimes defined in Control Council Nº 10 which we have quoted herein, were crimes under pre-existing rules of international law —some by conventional law and some by customary law— [...]. It is not essential that a crime be specifically defined and charged in accordance with a particular ordinance, statute or treaty if it is made a crime by international convention, recognized customs and usages of war, or the general principles of criminal justice common to civilized nations generally. If the acts charged were in fact crimes under international law when committed, they cannot be said to be *ex post facto* acts or retroactive pronouncements”<sup>21</sup>.

El mismo Tribunal, en el posterior asunto Ohlenforf and others (Einsatzgruppen trial), desarrolló la idea de que, en el Derecho internacional, el “principio de legalidad” debe ser entendido en función de sus peculiares fuentes, muy distintas de la “ley” interna: “[...] Control Council Law Nº 10 is but the codification and systematization of already existing legal principles, rules and customs [...]. It is indeed fundamental in every system of civilized jurisprudence that no one may be punished for an act which was not prohibited at the time of its commission. But it must be understood that the *lex* referred to is not restricted to statutory law. Law does, in fact, come into being as the result of formal written enactment and thus we have codes, treaties, conventions and the like, but it may also develop effectively through custom and usage and through the application of Common Law. The latter methods are no less binding than the former”<sup>22</sup>.

En suma, esta línea jurisprudencial lleva a reconocer la incorporación en el Derecho internacional del principio de no retroactividad y, por extensión, del “principio de legalidad”, si bien interpretándolo como la exigencia de una “tipificación” o “juridicidad” previa “a la manera” del Derecho internacional, incluidos sus “principios generales”.

Como antes se avanzó, esta la línea jurisprudencial se ha impuesto y se refleja en los propios convenios internacionales para la protección de los derechos humanos. Así,

---

<sup>21</sup> *In re List (Hostages Trial)*, United States Military Tribunal at Nuremberg, February 19, 1948, *Annual Digest of International Law Cases*, 1948, pp. 632-653, p. 634-635.

<sup>22</sup> *In re Ohlendorf and others (Einsatzgruppen Trial)*, United States Military Tribunal at Nuremberg, 10 de abril de 1948, *Annual Digest of International Law Cases*, 1948, pp. 656-668, p. 657.

en el comentado caso Finta se ha destacado que la frase “criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations” was inserted into the International Civil and Political Covenant in order to meet any objections that might be raised about the legality of the jurisdiction assumed by the Nuremberg Tribunal”<sup>23</sup>.

Asimismo, los tratados o proyectos relativos a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad han venido negando su carácter retroactivo, aplicándose únicamente *pro futuro*<sup>24</sup> y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional también recoge, entre los “Principios generales de Derecho penal” recogidos en su Parte III, los principios “*nullum crimen sine lege*”, “*nulla poena sine lege*” y de “irretroactividad *ratione personae*”<sup>25</sup>.

En fin, los propios Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Rwanda han excluido que en sus Estatutos se establezcan nuevos tipos con carácter retroactivo, afirmando para los tipos más controvertidos, como los crímenes contra la humanidad o la incriminación del individuo por violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados internos, que suponían la mera “codificación” de una costumbre internacional ya consolidada.

Así, ambos Tribunales han afirmado que, al ostentar, en cuanto órganos jurisdiccionales, la competencia sobre su propia competencia, debían cerciorarse de que el Consejo de Seguridad respetó, al aprobar sus respectivos Estatutos y precisar en ellos los crímenes sujetos a su conocimiento, el principio *nullum crimen sine lege*. Partiendo de tal premisa, no basta con que los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* prevean un “tipo”, pues ello podría llevar a incriminaciones *ex post facto* de los individuos, contrarias al principio de no retroactividad de las sanciones penales, y a las que los Tribunales, en tanto que órganos que actúan “conforme a Derecho”, no podrían proceder. Se ha concluido, pues, la necesidad de que, más allá de las previsiones de los Estatutos, los tipos contenidos en los mismos ya tenían que estar positivizados como normas internacionales en el momento de la comisión de los hechos, aunque no estuviesen recogidos todavía en normas convencionales<sup>26</sup>.

#### D) Balance

<sup>23</sup> V. *Regina v. Finta*, Canadá, Supreme Court, 24 March 1994, *International Law Reports*, vol. 104, p. 284 ss, p. 440, que cita el Doc. A/C.2/SR. 1007-1014.

<sup>24</sup> Véase, además de convenios sobre crímenes específicos, el art. 13 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1996 (Doc. A/51/10) titulado “Irretroactividad” y a cuyo tenor: “1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de que entre en vigor; 2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del Derecho internacional o del Derecho nacional”.

<sup>25</sup> V. Arts. 22, 23 y 24 del Estatuto de Roma, Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

<sup>26</sup> Cfr., por ejemplo, los razonamientos sobre el principio *nullum crimen sine lege* trazados en: TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chambers, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995, Case N. IT-94-1-AR72, párrs. 139 y 141; y TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement (Chamber I), 2 de septiembre de 1998, Case N. ICTR-96-4-T, apartado 6.5.

Vistas las tres líneas jurisprudenciales indicadas, cabe trazar, a título de balance, las siguientes consideraciones:

a) Desde un punto de vista “técnico”, parece indudable que los juicios de Nuremberg y otros relativos a la Segunda Guerra Mundial, calificados incluso como “revolución” en el Derecho internacional, fueron una auténtica novedad y por lo tanto tuvieron, efectivamente, un carácter retroactivo. En dicho momento, cuando se empezaba a desarrollar la propia noción de “responsabilidad internacional del individuo”, parece muy aventurado afirmar que a nivel internacional ya rigiese el principio de no retroactividad, pues toda la regulación en la materia se hallaba en estado embrionario. Por tal razón, es comprensible que en alguna sentencia se haya barajado la posibilidad de que el principio en cuestión no rigiese en el Derecho internacional.

b) En esos mismos momentos, en los que se forjaba la regulación de la responsabilidad internacional del individuo, también parece razonable que, más allá de las relaciones de fuerza entre vencedores y vencidos, esa “retroactividad técnica” de la normativa sucesiva a la Segunda Guerra Mundial se justificase por la ponderación de todas las específicas circunstancias y valores en juego, que de hecho, también hoy siguen pesando cuando se incrimina *ex post facto* por conductas antes no incluidas estrictamente en los instrumentos internacionales aplicables, pero sí análogas y objeto de una común reprobación ético-social. En este sentido, algún autor ha propuesto como método para interpretar el mencionado art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no una “abstracta” consideración de la existencia de “principios generales del Derecho”, sino atender a las “circunstancias del caso concreto”, sopesando la propia conciencia que el acusado tenía acerca del desvalor de sus comportamientos y efectuando una ponderación de los valores o intereses actuales en presencia<sup>27</sup>.

c) En cualquier caso, la propia solución que se quiso adoptar “conscientemente” en Nuremberg y en otra jurisprudencia posterior ha consistido en afirmar la vigencia del principio de no retroactividad, tratando de ocultar cualquier atisbo de retroactividad (aunque “técnicamente” lo hubiese). Esta solución ha sido ulteriormente formalizada y consagrada en diversos e importantes instrumentos internacionales, con lo que, hoy por hoy, parece indiscutible que entre las normas internacionales generales que regulan la responsabilidad internacional del individuo figura el principio de no retroactividad. Un principio que en la incriminación internacional del individuo no puede dejar de operar de manera distinta a como lo hace en la incriminación puramente interna, dadas las diferencias entre ambos sistemas normativos.

## **II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA RECEPCIÓN DE LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS**

---

<sup>27</sup> V. DE SENA, P., “Convenzione europea dei diritti dell’uomo e repressione di crimini contro l’umanità: in margine al caso Touvier”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXI, 1998, fasc. 2, pp. 392-428, especialmente pp. 422-423 y 427.

Los crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos son tipificados autónomamente en virtud de las fuentes propias del ordenamiento jurídico internacional, siendo “punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el Derecho nacional”<sup>28</sup>. Ahora bien, para que los tribunales de un Estado, en cuanto órganos pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico nacional, puedan perseguir y castigar a los individuos responsables será necesaria, en primer lugar, la incorporación de los tipos internacionales en los Derechos internos.

En principio, dado que las formulaciones de los tipos internacionales están contenidas en normas jurídicas internacionales, cabe contemplar la cuestión desde la perspectiva general de las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos, dependiendo de las soluciones dualistas, monistas o intermedias que adopte cada Estado para la recepción de las normas internacionales convencionales o consuetudinarias. Asimismo, una vez recibida la norma internacional, se debe atender al carácter *self-executing* o *non self-executing* de la misma.

Ahora bien, en la específica materia que nos ocupa, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, la vigencia en cada ordenamiento interno del principio de legalidad penal, que condiciona la aplicabilidad de los tipos formulados desde el Derecho internacional. El alcance de dicho principio de legalidad varía en cada ordenamiento interno. Así, en algunos casos es concebido en un sentido estrictamente formal, como una reserva de ley o, inclusive, de un tipo específico de ley, mientras que en otros se le da un enfoque menos formalista, como ocurre en el Reino Unido, donde se suele interpretar el principio de legalidad de manera más amplia, como “principio de juridicidad”. De este modo, se observa que en el Derecho inglés el *common law* subsiste como fuente del Derecho penal, junto a las leyes emanadas del Parlamento, manteniéndose una diferencia importante con los sistemas de los países que llevaron a cabo el proceso de codificación<sup>29</sup>. Se trata, en cualquier caso, de diferencias que tienden a reducirse en las últimas décadas<sup>30</sup> y que aparecen sujetas al denominador común de las normas para la protección internacional de los derechos humanos.

En los ordenamientos jurídicos internos que entienden el principio de legalidad en un sentido estrictamente formal, entre los que la doctrina suele incluir al español<sup>31</sup>,

<sup>28</sup> V. el art. 1.2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, *loc. cit.*, pp. 16-19.

<sup>29</sup> V. GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 79-82, que recoge numerosas referencias bibliográficas sobre el tema, entre las que cabe destacar SPENCER, J. R., *Nulla poena sine lege in English Criminal Law*, The Cambridge - Tilburg Law Lectures, Kluwer, Deventer, 1983. V. también RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n° 4, BOE, Madrid, 2000, pp. 132-162, en p. 135, que contrapone la formulación del principio de legalidad penal en el sistema “continental o romano-germánico” a la del Derecho penal anglosajón o *common law*, caracterizada por su mayor laxitud.

<sup>30</sup> V. GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>31</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Criminal*, n° 8, 1983, pp. 21 y ss.; QUERALT, J. J., “Código penal y Ley orgánica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, fasc. I, enero-abril 1992, pp. 50 y ss. En apoyo de dicha tesis se citan, entre otras, las siguientes sentencias de nuestro Tribunal Constitucional: 25/1984, de 23 de febrero;

no parece posible que las jurisdicciones internas puedan imputar a un individuo la comisión de un crimen de Derecho internacional invocando la pura recepción de la norma internacional en el Derecho interno.

Ejemplificando tal situación en el caso del Derecho español, donde los “tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”<sup>32</sup>, cabe entender que nuestros tribunales no podrían imputar un delito invocando, sin más, la tipificación contenida en un tratado internacional ya publicado en el Boletín Oficial del Estado<sup>33</sup>. Así, la doctrina estima que, a pesar de la posición jerárquica que ocupan los tratados internacionales en nuestro ordenamiento, donde no pueden ser derogados por una ley posterior, ello no satisfaría las exigencias impuestas por la Constitución, pues los mismos “no se transforman en la requerida ley formal”<sup>34</sup>. Es pues necesario que una ley, concretamente una ley orgánica<sup>35</sup>, tipifique el crimen de Derecho internacional o, al menos, se remita a la norma jurídica internacional, empleando la técnica conocida como “ley penal en blanco”<sup>36</sup>.

En otros ordenamientos internos, como el italiano, donde la recepción de los tratados internacionales requiere, conforme a un sistema dualista, que haya una norma interna que los incorpore, el principio de legalidad penal podría salvarse gracias a la propia ley de *adattamento*<sup>37</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que las normas convencionales que tipifican crímenes de Derecho internacional de los individuos, si bien imputan a éstos un crimen de forma autónoma y directa, suelen ser consideradas como *non self-executing*, al requerir un ulterior desarrollo normativo por los órganos competentes del Estado. En efecto, los convenios imponen la obligación de incorporar dichos crímenes en el Derecho interno, pero no dan una regulación “completa” de los mismos, faltando, particularmente, la previsión de las penas a aplicar, aspecto en el que se reconoce una amplia discrecionalidad a los Estados.

---

3/1988, de 21 de enero; 101/1988, de 8 de junio; 29/1989, de 6 de febrero; 69/1989, de 20 de abril; 150/1989, de 25 de septiembre.

<sup>32</sup> Art. 96.1 de la Constitución española.

<sup>33</sup> Como observan CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General - I, Introducción*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 160; BUENO ARÚS, F., “Los delitos internacional y el Derecho penal español”, *Actualidad Penal*, nº 33, 1988, pp. 173 y ss.

<sup>34</sup> V. GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>35</sup> Así, la doctrina española comparte ampliamente la idea de que “toda sanción penal supone la lesión de un derecho fundamental”, lo que entraña, como consecuencia lógica, que “toda la materia penal deberá ser regulada por vía de ley orgánica”, tal como se desprende del art. 81.1 de nuestra vigente Constitución. V. QUINTERO OLIVARES, G. (con la colaboración de F. Morales Prats y J. M. Prats Canut), *Manual de Derecho Penal – Parte general*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>36</sup> Como efectúa el art. 614 del Código Penal español, en el que se castiga con la pena de prisión de seis meses cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales relativos al *ius in bello* en los que España fuere parte distintos de los recogidos en los artículos anteriores.

<sup>37</sup> Cfr. CONFORTI, B., *Diritto Internazionale*, 4ª ed., Ed. Scientifica, Napoli, 1992, pp. 298 y ss.

En suma, sin perjuicio de los diferentes sistemas de recepción de las normas internacionales de carácter convencional, acabará siendo necesario el “soporte” de una legislación interna sobre los crímenes en cuestión, sin el cual difícilmente podrían actuar los tribunales nacionales.

Más problemática es, si cabe, la represión de los crímenes de Derecho internacional que, como los crímenes contra la humanidad, se han venido fundando, esencialmente, en la costumbre internacional. De entrada, siguiendo a Roldán Barbero, hay que reconocer que, generalmente, las jurisdicciones internas suelen ser reticentes a basar sus decisiones en normas de Derecho internacional consuetudinario<sup>38</sup>, a pesar de las llamadas efectuadas en tal sentido por el Instituto de Derecho internacional<sup>39</sup>. Al margen de estas actitudes, hay que reconocer que la recepción de las normas consuetudinarias en los ordenamientos internos no siempre viene facilitada por los Derechos nacionales. Así, aunque las Constituciones de algunos países prevén que tenga lugar de forma automática, muchas otras guardan silencio sobre la cuestión. En fin, en el específico campo que nos ocupa, el principio de legalidad penal, tal como se predica en los ordenamientos internos de los Estados, consiente, difícilmente, una represión de los individuos basada en normas internacionales de carácter consuetudinario, sobre todo en los ordenamientos que entienden el principio de legalidad como reserva de ley formal, en los que repele la propia idea de que la costumbre sea una posible fuente de delitos y penas<sup>40</sup>.

En suma, la represión de los crímenes de Derecho internacional por las jurisdicciones internas dependerá, en gran medida, de la adecuación de las legislaciones nacionales a las normas internacionales en la materia, incorporando oportunamente los correspondientes tipos.

En este punto se plantean no pocos problemas. Así, el propio Comité Internacional de la Cruz Roja, que se felicita por el gran número de Estados parte de los convenios de Derecho internacional humanitario, constata, sin embargo, las dificultades para la puntual incorporación de su contenido en muchos ordenamientos internos<sup>41</sup>.

Problemas de este tipo han llevado, por ejemplo, a que la jurisdicción francesa se declarase incompetente para conocer de una denuncia presentada en 1994 ante el *Tribunal de grande instance* de París por unos ciudadanos bosnios contra presuntos responsables de crímenes de guerra en un campo de concentración serbio en la ciudad

<sup>38</sup> ROLDÁN BARBERO, J., *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1996, p. 27.

<sup>39</sup> V. la resolución adoptada por el IDI en su sesión celebrada en Milán (30 de agosto - 7 de septiembre de 1993) sobre “La actividad del juez interno y las relaciones internacionales del Estado”, *Annuaire IDI*, vol. 65, Tome II, Session Milan 1993, pp. 318-323, cuyo art. 4 se prevé que “cuando determinen la existencia o el contenido del Derecho Internacional consuetudinario, las jurisdicciones nacionales deberán tener en cuenta la evolución acontecida en la práctica de los Estados, en la jurisprudencia y en la doctrina”.

<sup>40</sup> V. QUINTERO OLIVARES, G. (con la colaboración de F. Morales Prats y J. M. Prats Canut), *Manual de Derecho Penal – Parte general, op. cit.*, p. 76.

<sup>41</sup> Cfr. la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, que incluye el apartado “Aplicación del Derecho Internacional Humanitario - Crónica semestral sobre legislación y jurisprudencia nacionales”.

de Kozarac, pues estimó que las previsiones invocadas de los Convenios de Ginebra de 1949 eran *non self-executing* y el legislador francés no había procedido a su desarrollo<sup>42</sup>.

No menos significativo es que la jurisdicción senegalesa se haya declarado incompetente para conocer de la denuncia presentada en enero del 2000 ante el *Tribunal régional* de Dakar contra Hissène Habré, antiguo Presidente del Chad, y “X”, estimando que los crímenes imputados (torturas y crímenes contra la humanidad) no habían sido incorporados al Derecho interno del Senegal<sup>43</sup>.

Las carencias legislativas son particularmente graves con respecto al tipo de los crímenes contra la humanidad, pues, como señala Orihuela Calatayud, la falta “de un convenio multilateral de carácter global explica la ausencia casi general de legislación sobre éstos”<sup>44</sup>. Dicha categoría consiste en la “comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo cualquiera” de determinados actos inhumanos, como el “asesinato”, “la persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos”, o la “desaparición forzada de personas”<sup>45</sup>. La ausencia de dicha categoría en nuestra legislación penal motivó que, en el proceso seguido contra Augusto Pinochet ante la Audiencia Nacional, se hiciese una interpretación amplia de tipo de genocidio<sup>46</sup>, a pesar de que las conductas imputadas al ex-presidente chileno podrían subsumirse, más claramente, bajo la noción de “crímenes contra la humanidad”.

Semejantes carencias legislativas llevan a que, en ocasiones, las jurisdicciones internas sigan procesos contra responsables de crímenes de Derecho internacional imputándoles meros delitos comunes, que incluyen la conducta básica (asesinato, lesiones graves, secuestro...) que integra los tipos de los crímenes de Derecho internacional. Esta posibilidad acarrea, sin embargo, graves inconvenientes. Así, es la imputación de un crimen de Derecho internacional en cuanto tal la que permite fundar la represión penal de las conductas en cuestión bajo el singular régimen jurídico que establece el Derecho internacional para su represión, consagrando, en su caso, el principio de la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad de la acción penal o la improcedencia de ciertas inmunidades. De este modo, si lo único que se imputa es un

---

<sup>42</sup> V. *Javor et autres c. X.*, Francia, *Cour d'Appel, Chambre d'Accusation*, 24 de noviembre de 1994, reproducida en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1995, fasc. 3, pp. 826 y ss.; *Cour de Cassation criminelle*, arrêt, 26 de marzo de 1996, con fragmentos reproducidos en *Revue Générale de Droit International Public*, t. 100, 1996, 4, pp. 1083-1084.

<sup>43</sup> V. <http://diplomatiejudiciaire.com/Habre2.htm>.

<sup>44</sup> ORIHUELA CALATAYUD, E., “Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones internas”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (coord), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

<sup>45</sup> V. el art. 18, titulado “Crímenes contra la humanidad”, del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI de 1996, *loc. cit.*

<sup>46</sup> V. el Auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional admitiendo la competencia española en el asunto Pinochet, de 5 de noviembre de 1998, donde se invocó una concepción o “entendimiento social” del término genocidio. V. Rollo de Apelación 173/98, Sección Primera, Sumario 1/98, Juzgadi Central de Instrucción número seis, Fundamento de Derecho nº 5.

delito común, el régimen para su represión penal también será, en principio, el previsto con carácter general por la legislación penal de cada ordenamiento nacional.

Esta fragmentaria y dispar incorporación de los tipos de los crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos en las legislaciones internas<sup>47</sup>, que acaba traduciéndose en la impunidad de muchos presuntos culpables, requiere que se siga profundizando en la “armonización” de los Derechos nacionales en la materia, tarea que puede verse favorecida por la reciente entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Mientras tanto, cumple referirse a un meritorio ejemplo de la jurisdicción belga, donde se ha dado una audaz interpretación del principio de legalidad penal, inspirada en una concepción material del mismo, que ha extraído las oportunas consecuencias de la vigencia en el orden internacional de ciertos crímenes, superando las dificultades que acarrearía, en principio, su falta de tipificación en la legislación penal interna.

Dicho ejemplo se produjo en el marco del proceso seguido en Bélgica contra Augusto Pinochet, concretamente en el auto dictado por el Juez de instrucción del *Tribunal de première instance* de Bruselas, Damien Vandermeersch, el 6 de noviembre de 1998<sup>48</sup>. Cabe precisar que, a la sazón, la legislación belga no contemplaba el tipo “crímenes contra la humanidad” y que la denuncia dirigida contra Pinochet le imputaba la comisión de crímenes de guerra, categoría que sí estaba incorporada en la Ley de 6 de junio de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Protocolos adicionales I y II a dichos Convenios. El Juez Vandermeersch rechazó la posible incriminación de Pinochet por crímenes de guerra, entendiendo que la situación vivida en Chile no podía ser calificada como un conflicto armado, y recalificó de oficio los cargos imputados bajo la categoría de “crímenes contra la humanidad”. Tras constatar que dicha categoría no estaba recogida, en cuanto tal, en la legislación nacional belga, se siguió el siguiente razonamiento: en primer lugar, se constató que los “crímenes contra la humanidad” están plenamente consagrados por el Derecho internacional consuetudinario, incluyendo múltiples referencias a la práctica internacional<sup>49</sup>; seguidamente, pasó a examinarse la cuestión de la incriminación de los crímenes contra la humanidad en el Derecho interno, determinando “si l’incrimination de crime contre l’humanité, telle que consacrée en

<sup>47</sup> En este sentido, v. PIGRAU SOLÉ, A., “Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, op. cit., pp. 63-74, se lamenta de la actual falta de “homogeneidad en el tratamiento de los “crímenes más graves de trascendencia internacional” en las legislaciones estatales, tanto en lo que se refiere a la tipificación, como a la atribución de jurisdicción, como a las garantías procesales”.

<sup>48</sup> Reproducido en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 79 année (1999), février 1999, pp. 278-291, con nota de J. Burneo Labrin y H.-D. Bosly. V. también el comentario contenido en WEYEMBERGH, A., “Sur l’ordonnance du Juge d’instruction Vandermeersch rendue dans l’affaire Pinochet le 6 novembre 1998”, *Revue Belge de Droit International*, 1991/1, pp. 178-204.

<sup>49</sup> V. el apartado 3.3.1 del auto indicado, loc. cit., p. 284, donde se recoge una amplia relación de antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia, concluyendo que: “Il résulte de ce qui précède que les faits allégués par les parties civiles sont susceptibles de constituer des crimes contre l’humanité au sens du Droit coutumier international”.

Droit international, doit être considérée comme applicable directement dans notre ordre juridique interne”<sup>50</sup>.

Para resolver esta cuestión, el Juez Vandermeersch recordó que “le Droit international coutumier est une source de Droit international au même titre que le traité et elle peut s’appliquer directement dans l’ordre juridique belge”, que sigue, pues, un sistema monista para la recepción de la costumbre internacional. Así, pese a no estar tipificado en una ley nacional, los crímenes contra la humanidad debían ser considerados como “faisant déjà partie de notre ordre juridique”. Consciente de las objeciones que podrían formularse al razonamiento seguido desde un entendimiento formal del principio de legalidad, el Juez Vandermeersch advierte que: por un lado, el legislador belga ha reconocido indirectamente la existencia de los crímenes contra la humanidad al aprobar las leyes para cooperar con los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Rwanda; y, por otro, que la legislación penal belga incrimina como delitos comunes las conductas básicas que quedan cubiertas bajo la definición de los crímenes contra la humanidad, tales como “l’assassinat, le meurtre, les coups et blessures, la séquestration avec torture, la prise d’otage...”. Esto último permite que, aunque la norma internacional consuetudinaria que formula los crímenes contra la humanidad sea incompleta (*non self-executing*), pues no contempla la pena a imponer, el juez nacional pueda integrarla aplicando las penas correspondientes a las “infractions en vertu du Droit pénal commun”, que normalmente serán más bajas que las que merecería un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, preservando el principio de legalidad de las penas<sup>51</sup>.

La argumentación reseñada evidencia el importante papel que pueden jugar las jurisdicciones internas para asegurar una adecuada aplicación del Derecho Internacional, sacando provecho de una concepción monista de las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno, que permita revisar una concepción estrictamente formal del principio de legalidad, sin menoscabar, por ello, los derechos de los justiciables.

La argumentación indicada, aunque no estuvo exenta de observaciones críticas<sup>52</sup>, impulsó que el legislador belga aprobase, poco después, una modélica ley que zanjó la cuestión en dicho país. En efecto, el 10 de febrero de 1999, el Parlamento belga reformó el contenido de la citada Ley de 1993, que sólo contemplaba los “crímenes de guerra”, añadiendo el tipo de “genocidio” (conforme a la definición prevista en el Convenio de 1948) y el tipo de “crímenes contra la humanidad” (invocando la definición del mismo contenida en el Estatuto de Roma de 1998)<sup>53</sup>.

En cualquier caso, el ejemplo jurisprudencial y legislativo belga es excepcional, lo que explica que ante dicha jurisdicción, como también ha ocurrido, en menor escala,

<sup>50</sup> *Ibid.*, apartado 3.3.3 del auto, p. 285.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 286-287.

<sup>52</sup> Cfr. VERHOEVEN, J., “M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle - Observations après Civ. Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 311 y ss.

<sup>53</sup> V. el nuevo texto de la citada Ley en: <http://www.diplomatiejudiciaire.com/DJ/Loibelge2.htm>.

ante la jurisdicción española o la francesa, se hayan presentado numerosas denuncias por crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos, llegándose a considerar como una suerte de “laboratorio” para la Corte Penal Internacional<sup>54</sup>, no exento, por otra parte, de dificultades<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> MAUPAS, S., “Un laboratoire pour la Cour pénale internationale”, artículo reproducido en la revista electrónica *Diplomatie Judiciaire*: <http://www.diplomatiejudiciaire.com/DJ/Belgique.htm>.

<sup>55</sup> Como la representada por la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia el 14 de febrero de 2002 en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, en la que se estimó la ilicitud de la orden de arresto dirigida por la jurisdicción belga contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores congoleño, el Sr. Yerodia, por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, entendiendo que la misma vulneró la inmunidad jurisdiccional penal y la inviolabilidad que vendrían conferidas por el Derecho internacional a dicho cargo en el extranjero. Sobre este asunto y sus ulteriores repercusiones en Bélgica v.: QUÉNEUDEC, J.-P., “Un arrêt de principe: l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002”, *Actualité et Droit International*, mai 2002, <http://www.ridi.org/adi>; VERHOEVEN, J., “Mandat d'arrêt international et statut de ministre”, *Actualité et Droit International*, mai 2002, <http://www.ridi.org/adi>; ORAKHELASHVILI, A., “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, July 2002, n. 3, pp. 677 y ss.