

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Manuel BECERRA RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las fuentes tradicionales del derecho internacional público*. III. *Las fuentes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. IV. *Principios generales del derecho internacional y principios generales del derecho*. V. *Los reglamentos, las decisiones jurisprudenciales y la doctrina*. VI. *Conclusión*.

A pesar de que la doctora Olga Islas no me dio clases de licenciatura en la Facultad de Derecho, siempre estuvo presente como estudiante de derecho penal. El caso es que cursé derecho penal con dos de los mejores penalistas de nuestro país. Me refiero al maestro Celestino Porte Petit y al profesor Elpidio Ramírez. Ambos profesores, y sobre todo el profesor Ramírez, que había sido colaborador en alguna obra de la profesora Islas (creo que era *La lógica del tipo*) mencionaban constantemente sus ideas sobre derecho penal. Era tal el respeto y la admiración que ambos académicos le profesaban, que me entró mucha curiosidad en conocerla. Ignoro en dónde estaba la doctora Islas en la década de los setenta, pero el caso es que aunque no tuve oportunidad de conocerla personalmente, ya me había enterado de que era una persona “inteligente, guapa y muy fina”.

Mis intereses y vocación me llevaron por caminos ajenos al derecho penal, que me parecía, desde el punto de vista teórico, una materia muy interesante, pero que la práctica lo desvirtuaba. Confieso que me olvidé de la profesora Olga Islas hasta que tuve la sorpresa y feliz acontecimiento de encontrarla en el IJJ, ahora como colega. Entonces pude constatar que no sólo es una persona inteligente, una dama guapa y gentil, sino que es una mujer conocedora de su materia, el derecho penal, que es firme en sus ideas y honesta en su actuar. Así, es un honor escribir estas líneas en homenaje a

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM .

la doctora Olga Islas, una excelente profesora, investigadora y practicante del derecho penal, que sin duda prestigia al Instituto de Investigaciones Jurídicas.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de las fuentes del derecho internacional penal es un tema bastante interesante, sobre todo por su evolución y las características concretas que esta disciplina tiene, como cualquier rama del derecho, pero que al mismo tiempo (y esto es muy importante tenerlo en cuenta) porque comparte características del derecho internacional tradicional. Por eso es necesario que cuando hagamos referencia a las fuentes del derecho penal internacional primero empezemos por hacer una mención, aunque sea general, de las fuentes tradicionales del derecho internacional, lo cual hacemos en este ensayo.

El análisis y la dilucidación de las fuentes del derecho penal internacional también tiene otra utilidad, que es la de guiar al abogado y al juez interno sobre cuáles son dichas fuentes, porque si hay una rama del derecho que tiene una clara internacionalización es, sin duda, el derecho penal. Por lo tanto, de conformidad con los sistemas particulares de recepción del derecho internacional que cada Estado posee, el derecho penal internacional tiene su aplicación en el derecho interno; consecuentemente, es necesario que los operadores internos lo conozcan. Aunque, como veremos, las características originales del derecho penal internacional hacen complicado el análisis.

En este trabajo, después de referimos a las fuentes tradicionales del derecho internacional nos referimos a las fuentes del derecho penal internacional, no sin dejar de analizar algunos puntos polémicos, como la aplicación del principio *nullum crimen sine lege*.

II. LAS FUENTES TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El tema de las fuentes del derecho internacional es un asunto constante en la doctrina jusinternacional, y sobre él se ha escrito mucho. La razón por la cual es un tema permanente se debe a que es una materia toral en la doc-

trina del derecho internacional; las fuentes, entendiéndose por tales las formas de manifestación del derecho internacional, son la parte medular de la estructura jurídica internacional; y últimamente, como es posible verlo en el derecho internacional penal, ha habido cierta evolución.

Precisamente, hablar de la evolución de la doctrina, y sobre todo de la práctica de las fuentes, es posible hacerlo desde la perspectiva del punto de partida, que es el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ). En efecto, tradicionalmente se ha tomado el artículo 38, que tiene su antecedente en el artículo del mismo número del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, como indicador “oficial” de las fuentes del derecho internacional. La doctrina es unánime en este sentido; sin embargo, existe una gran discrepancia en lo que se refiere a la interpretación de sus alcances, como veremos más adelante. El artículo 38 del Estatuto textualmente dice:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convienen.

Como lo mencionamos anteriormente, en cuanto a sus alcances, la interpretación del artículo 38 del ECIJ no es muy uniforme en la doctrina de derecho internacional,¹ sobre todo en lo que se refiere a dos aspectos: al carácter ejemplificativo o enumerativo de las fuentes señaladas en dicha disposición y en la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes. Al respecto, hay una corriente mayoritaria en la ciencia del

¹ Verdross, A., “Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public”, *Hommage a Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 521.

derecho internacional que considera que el artículo 38 en cuestión tiene una terminología puramente descriptiva y “no tiene por objeto restringir en forma alguna la operación de las fuentes que se describen”.²

La interpretación contraria, es decir, la que considera que no hay más fuente del derecho internacional que las señaladas en el artículo 38, es un enorme obstáculo en el desarrollo del derecho internacional, además, ha quedado obsoleta con la aparición de otras fuentes, como los actos unilaterales como fuente del derecho internacional. La adecuación del derecho internacional a las relaciones internacionales en constante transformación no sería posible con la existencia de un sistema cerrado de fuentes del derecho. Por otra parte, hay que tomar en cuenta la reivindicación que hacen los países de Asia y África en el sentido de que no participaron en la elaboración del sistema jurídico internacional, y un sistema limitado de fuentes obstaculiza la creación de normas jurídicas de carácter más democrático y justo.

En lo que respecta a la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes, aunque algunos autores consideran que los tratados constituyen la fuente más importante de normas de derecho internacional,³ en la práctica internacional esto no es así, ya que el juzgador ha aplicado indistintamente las fuentes sin tomar en cuenta un orden jerárquico.⁴ Por ejemplo, en el caso de Nicaragua vs. Estados Unidos de Norteamérica, la Corte tuvo que resolver la controversia con base exclusivamente en la costumbre internacional.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no debe verse como una camisa de fuerza que reprima la manifestación de la normatividad jurídica internacional, además de que se deben tomar en cuenta los cambios tan sustanciales que se han producido en las relaciones internacionales. Definitivamente, el mundo es muy diferente al que existía en 1921, año en que se puso en vigencia el antecedente del actual artículo 38.

² Virally, Michel, “Fuentes del derecho internacional”, *Manual de derecho internacional*, editado por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 153.

³ Jiménez de Aréchaga, E., *Curso de derecho internacional público*, Montevideo, 1979, t. I, p. 55.

⁴ El mismo criterio expresó el jurista español Adolfo Miaja de la Muela: “no implica grados diferentes de jerarquía al menos entre tratado y costumbre... Los principios generales del derecho pueden ser utilizados como regla supletoria de la carencia de tratado y costumbre”. Miaja de la Muela, Adolfo, *Introducción al derecho internacional público*, 7a. ed., Madrid, 1979, p. 98.

El derecho internacional ha seguido evolucionando y debe evolucionar de acuerdo con las necesidades del mundo contemporáneo, cuya característica sobresaliente es la internacionalización total de las relaciones internacionales; esto es, ya Europa no es el centro creador del derecho, ni son 51 Estados los que forman parte de Naciones Unidas. Las relaciones internacionales son más complejas, y se requiere una mentalidad más abierta para aceptar y entender las nuevas manifestaciones jurídicas internacionales.

Ahora bien, en el análisis de las fuentes vemos que cada una de ellas tiene una especificidad y complejidad concreta. Así, en principio, vemos que la costumbre internacional es la fuente más antigua, y en opinión del maestro Antonio Gómez Robledo, a pesar de que “esté perdiendo cada día más terreno frente al derecho escrito, más fácil de verificar, más inequívoco... conserva todavía su antiguo rango”.⁵

Como señalamos anteriormente, el artículo 38 se refiere a la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Esta redacción ha sido criticada por la doctrina de derecho internacional, ya que “la costumbre no es la prueba de una práctica, sino que, por el contrario, es el examen de la práctica lo que probará o no la existencia de una costumbre jurídica”.⁶ La crítica es justa; sin embargo, en la definición de costumbre que da el mencionado artículo 38 podemos desprender los elementos que integran a la costumbre internacional, respecto de los cuales existe unanimidad en la doctrina. Nos referimos aquí al elemento material y al elemento psicológico.

El elemento material consiste en la repetición de ciertos actos, en la constatación de ciertos usos o prácticas entre los Estados. Pero, por supuesto, un uso o mera práctica no se considera como costumbre internacional si no van acompañados de su elemento psicológico, la *opinio juris sive necessitatis*, que significa la convicción de que ese uso o práctica son jurídicamente obligatorios.

La fórmula expresada en el artículo 38 hace mención de la expresión “generalmente”, la cual tiene mucha trascendencia. Esta expresión significa que el uso o la práctica son generalmente aceptados por los Estados, no forzosamente por todos los Estados, sino por la mayoría.

⁵ Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Mexico, UNAM, 1982, p. 98.

⁶ Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, nota 3.

Creemos que ya hay unanimidad en la doctrina al considerar que se necesita una mayoría de Estados que acepten la costumbre para que se cumpla el requisito de la *opinio iuris*.⁷ Pero no por eso la minoría de Estados están obligados a cumplir la norma consuetudinaria; ésta es una excepción que protege a los Estados que no han consentido con tal o cual costumbre. Un Estado queda fuera de la obligatoriedad de la costumbre si así lo hace saber en forma inequívoca. Esto es opinión de la Corte Internacional de Justicia, que en el caso de las Pesquerías anglo-noruegas expresó: “Pero si de manera expresa o por una actitud consistente e inequívoca, ha manifestado su voluntad de no someterse a una norma cuando todavía no ha asumido el carácter de norma obligatoria con respecto a dicho Estado, este último quedará fuera de su campo de aplicación”.⁸

Pero ¿qué pasa con los Estados que aparecen después de que se formó la costumbre internacional? ¿Es obligatoria para ellos una costumbre en la que no participaron en su elaboración? Por supuesto, estas cuestiones no tienen una vigencia total, ya que se ha logrado una casi descolonización de todas las naciones, pero sí tiene una importancia teórica.

Por supuesto, la costumbre internacional es obligatoria aun para los Estados recién creados, a menos que el nuevo Estado en forma clara e inequívoca se oponga ella. De no ser así, el sistema jurídico internacional se dislocaría, ya que muchos de los principios torales del sistema de las relaciones internacionales, que son normas de *ius cogens*, tienen un origen consuetudinario, como serían los principios de no agresión, de no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción de los Estados, etcétera; no serían aplicados a los nuevos Estados, dejándolos en total vulnerabilidad.

Por otra parte, tomemos en cuenta, como lo hace notar el profesor Antonio Gómez Robledo, que los nuevos Estados conservan su derecho a la subversión, es decir, a “coaligarse entre sí para subvertir el orden jurídico injusto que hasta entonces ha regido, y dar nacimiento a un orden nuevo, en consonancia con la justicia”.⁹

Ahora bien, otro problema importante de tipo teórico-práctico es el que tiene que ver con la forma de determinar la práctica de los Estados; es de-

⁷ Tunkin, Grigori, “Is general international law customary law only”, *European Journal of International Law*, Italia, vol. 4, núm. 4, 1993, pp. 534-541.

⁸ ICJ, Fisheries case, Publications of the pleading, vol. I, pp. 382 y 383.

⁹ Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens...*, *cit.*, nota 5, p. 99.

cir, ¿cómo podemos constatar la práctica de los Estados en tal o cual sentido? Las formas de tal constatación son múltiples. Mencionemos, por ejemplo, las instrucciones de la cancillería, las notas diplomáticas, y en general todas las expresiones del Estado en las relaciones internacionales realizadas por el personal que tenga la debida representación. Además, también trascienden los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Es lo mismo para constatar el elemento psicológico de la *opinio juris*. El internacionalista que quiera investigar sobre la existencia de tal o cual costumbre debe tomar en cuenta estos factores. Por ejemplo, creemos que no hay duda de que la facultad que tiene el Estado costanero para fijar una extensión de doscientas millas de zona económica exclusiva es parte del derecho internacional consuetudinario, aun antes de que la III Conferencia sobre el Derecho del Mar (III Confemar) entrara en vigencia. Para constatar la existencia de esta norma consuetudinaria basta revisar las Constituciones o leyes internas de varios Estados, empezando por el artículo 27 de la Constitución mexicana, pionera en introducir la figura de la zona económica exclusiva.

Por otra parte, la relación que existe entre costumbre y tratados internacionales es muy estrecha, a tal grado que es posible encontrar normas de derecho internacional que tienen un carácter mixto: son consuetudinarias para unos y convencionales para otros Estados. Además, hay normas que de convencionales para unos Estados se convierten en consuetudinarias para otros, y viceversa.

Sin embargo, esta íntima relación tiene sus reglas: un tratado de alcance universal no puede ser derogado por una costumbre particular, una costumbre del derecho internacional general no puede ser derogada por el derecho convencional particular.¹⁰

Hemos dicho que una práctica puede llegar a ser costumbre internacional si es aceptada por una pluralidad de Estados, pero eso no impide que se pueda hablar de costumbre general y de costumbre local. En la costumbre general encontramos que, en la práctica, la mayoría de Estados participan en las relaciones internacionales, y en el caso de la costumbre local, o también denominada regional, está limitada a un grupo de Estados (es válida para cierto grupo de Estados, que tienen como denominador común su posición geográfica). Pero en el caso del derecho penal internacional penal

¹⁰ D'Estefano Pisani, *Derecho de tratados*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986, p. 6.

¿se puede hablar de la aplicación de la costumbre? Es un asunto que dilucidaremos posteriormente.

Por otra parte, el derecho internacional de los tratados es una de las disciplinas que más se ha desarrollado en los últimos años. De ser un derecho que se fue formando en la práctica internacional, con las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención de 1986 sobre Tratados Celebrados entre Organismos Internacionales o entre Organismos Internacionales y Estados, pasó a ser un derecho codificado además con un carácter innovador, ya que la introducción de conceptos como el de *jus cogens* aporta un nuevo carácter al derecho internacional convencional al limitar la amplia libertad que antes se tenía para realizar tratados internacionales. Además, la Convención de Viena, que ya entró en vigor, en sus 85 artículos se refiere a los temas más importantes del derecho de los tratados.

Hay consenso en la doctrina en considerar que los términos “convención”, “acuerdo”, “pacto”, “protocolo”, “estatuto”, “declaración”, etcétera, y otros más, son todos sinónimos de “tratado internacional”. Es decir, al calificar al tratado como tal se debe analizar su contenido.

La Convención de Viena define al tratado internacional como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación” (artículo 2o.).

Se observa de este concepto que el tratado internacional se refiere solamente a los tratados celebrados entre los Estados, por lo cual para una definición más amplia se debe mencionar a otros sujetos de derecho internacional que también tienen capacidad para celebrar tratados internacionales.

Un tema de fundamental importancia es el del principio *pacta sunt servanda*, cual es expresado en la Convención de Viena en los siguientes términos: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26).

Éste es un principio toral de derecho internacional. Cuando algunos críticos del derecho internacional afirman que éste no existe porque algunas grandes potencias lo violan o porque su sistema no posee órganos centralizados de aplicación forzosa de sus normas, están omitiendo que en las relaciones internacionales nos encontramos con un enjambre de tratados en donde el principio *pacta sunt servanda* tiene una vigorosa aplicación. El caso contrario producirá el desplome del derecho internacional.

Ahora bien, ya dejamos anotado anteriormente que la figura del *ius cogens* internacional que recoge la Convención de Viena tiene una gran significación. Constituye la transformación del derecho de los tratados de un derecho liberal, donde la voluntad de las partes no tiene cortapisas, a un derecho que reconoce normas supremas, en principios inderogables.

Algunos trabajos de los especialistas mexicanos en derecho internacional se refieren a este tema.¹¹ De ellos sobresale el excelente trabajo del maestro Antonio Gómez Robledo, cuyo subtítulo es muy elocuente: “Estudio histórico crítico”.

Entonces, la Convención de Viena, con aires renovadores, sanciona con la nulidad a todo aquel tratado que se oponga a una norma de derecho imperativo, como se desprende de la lectura de su artículo 53:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estado 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.

De lo anterior podemos inferir que la norma de *ius cogens* es una norma de derecho internacional general, que tiene su origen en la costumbre internacional aun cuando algún tratado internacional ya la haya incorporado a sus disposiciones. Tal es el caso de una serie de normas de *ius cogens* que contiene la Carta de San Francisco; por ejemplo, la no agresión, la solución pacífica de controversias; o bien la soberanía permanente sobre los recursos naturales que se encuentra en otros instrumentos, como las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Por otra parte, con una redacción justamente criticada por la doctrina, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional: “c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. La crítica apunta al lenguaje típicamente europeo, exclusi-

¹¹ Véase, por ejemplo, García Moreno, Víctor Carlos, “El *ius cogens* y los tratados”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXX, núm. 117, septiembre-diciembre de 1980, pp. 889-894; Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional*, *cit.*, nota 5.

vista: “las naciones civilizadas”. Sin embargo, más allá de esta crítica, la opinión doctrinaria dominante está de acuerdo en que los principios generales del derecho tienen su origen en los principales sistemas jurídicos que se conocen en el mundo. Son principios que son comunes a todos los sistemas jurídicos, tales como: “nadie puede ser juez en su propia causa”, “la ley especial deroga a la general”, “la ley posterior deroga a la anterior”, “nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo posee”, etcétera.

Algunos estudiosos del derecho internacional han puesto en duda que los principios generales del derecho constituyan una verdadera fuente del derecho internacional, ya que de ellos no se deriva ninguna norma. Sin embargo, recordemos que se entiende por fuentes, las formas de manifestación del derecho internacional; en consecuencia, estos principios sí se pueden tomar como fuentes del derecho internacional.

Esencialmente, los principios generales del derecho son instrumentos que tiene el juzgador para resolver las controversias en caso de lagunas; con esto se conforma un sistema jurídico completo, donde no puede existir un caso sin respuesta jurídica. Estos principios generales del derecho se aplican tanto al fondo de los asuntos como al procedimiento.

No hay que confundir, como frecuentemente se hace, a los principios generales del derecho con los principios de derecho internacional, que tienen un origen consuetudinario o bien se encuentran en tratados internacionales, como la Carta de San Francisco. Tales principios de derecho internacional son, por ejemplo, la no agresión, la igualdad soberana de los Estados, etcétera.

Más adelante, dice el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en lo relativo a las decisiones judiciales y la doctrina: “d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”.

El artículo 59 dice: “las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

De lo expuesto podemos afirmar que las decisiones judiciales y la doctrina son solamente medios auxiliares; no son una verdadera fuente, ya que una sentencia no puede basarse sólo en decisiones judiciales anteriores. Además, las decisiones de la Corte tienen la característica de relatividad: son válidas para las partes, y el caso concreto que resuelven de acuerdo con el artículo 59 antes reproducido.

La doctrina, no cualquier doctrina, sino sólo la de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, también es un medio auxiliar del juzgador, y esto es entendible, dado que el especialista opina e investiga, pero no crea derecho internacional.

De conformidad con la última parte del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las partes en un litigio pueden acordar que se resuelva de acuerdo a la equidad: “La presente disposición no restringe la facultad del tribunal para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo conviniere”.

En este caso, los jueces pueden decidir libremente hasta cierto límite: nunca podrán resolver en violación de una norma de *jus cogens* internacional, y vemos otra de las virtudes de esta noble institución. Claro, se supone que confía en la equidad de los jueces; lo hace a sabiendas de que ellos deben ser hombres virtuosos.

Por otra parte, en las últimas dos décadas se ha escrito abundantemente sobre las resoluciones de Naciones Unidas como fuente del derecho internacional. La atención sobre este tema en la doctrina es comprensible si tomamos en cuenta la evolución que han sufrido los organismos internacionales, y sobre todo su creciente importancia en la vida internacional.

La doctrina¹² se inclina por considerar que si bien las resoluciones no son fuentes de derecho internacional, algunas, sobre todo las relativas a aspectos internos de la organización, tienen fuerza jurídica vinculatoria. Posición que es un adelanto respecto de aquella que les niega todo carácter jurídico.

En lo que respecta a la doctrina de los juristas latinoamericanos, la posición es más atrevida, ya que sostienen, en algunos casos, como en el de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, su obligatoriedad jurídica.¹³

El problema teórico tiene sus aristas, por lo que es necesario resolver una serie de problemas en caso de que sean consideradas las resoluciones como fuente de derechos; esas cuestiones de carácter teórico ya las deja en-

¹² Véase por ejemplo a Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Gran Bretaña, 1973; Tunkin, Gregory, *Pravo, I sila v mezhdunarodnoi otnoshenii*, Moscú, 1983.

¹³ Véase Becerra Ramírez, Manuel, “La doctrina latinoamericana acerca de la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”, *Revista de la Escuela Libre de Derecho*, México, año 9, núm. 9, 1985.

trever el internacionalista Skubiszewski:¹⁴ la posibilidad de establecer a las resoluciones las reglas de denuncia, las normas de validez y la vigencia de las resoluciones, etcétera.

El problema de las resoluciones como fuente del derecho internacional del desarrollo todavía tiene sus bemoles; sin embargo, es un avance doctrinal suprimir el aspecto cerrado del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, reconocer el papel importante que juegan las resoluciones de los organismos internacionales, y en el caso concreto de las dictadas por la Asamblea General de Naciones Unidas.

El reconocimiento general en la doctrina de derecho internacional de las resoluciones como fuente del derecho internacional produciría una verdadera revolución, ya que vendría a abrir la posibilidad de transformación de las normas de derecho internacional con bases más justas y democráticas. Recordemos que una serie de resoluciones de la Asamblea General de la ONU tienen un gran contenido transformador del *statu quo* internacional. Por ejemplo, la resolución 3201 de 1974 por la cual se adopta la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y muchas otras más que han sido minimizadas por los países desarrollados al considerarlas meramente recomendatorias.

Por último, la doctrina de derecho internacional¹⁵ agrega a las fuentes tradicionales de derecho internacional los actos unilaterales, tales como el reconocimiento (“El acto por el que un sujeto verifica la existencia de un hecho, situación o pretensión creada o sustentada por otro, acepta los efectos que de ella se derivan y se priva de impugnarlos en adelante”), la renuncia (es el acto por el que un sujeto abandona un derecho o pretensión cerrándose a sí mismo la facultad de reclamarlo en el futuro), y la promesa (es el acto por el que un sujeto se impone un cierto comportamiento de hacer o de no hacer respecto de otro).

Estos actos unilaterales deben cumplir con ciertas condiciones, como que sean expresados por personas autorizadas, que no vayan contra una norma imperativa de derecho internacional, que no exista ningún vicio de la voluntad y se refieran a un objeto bien determinado.

¹⁴ Skubiszewski, Krysztof, “A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organizations”, *Hommage a Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, pp. 518-520.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 176.

En la práctica, y ese es el caso del sistema jurídico mexicano, en derecho interno no existe un claro y suficiente control de este tipo de actos. Podrían enmascararse en lo dispuesto por el artículo 89-X, pero el control, como lo veremos en el apartado correspondiente, es bastante débil, lo que es muy peligroso, dada la trascendencia de estos actos unilaterales.

III. LAS FUENTES EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En realidad, la aparición de la mención a las fuentes en el Estatuto de Roma es como una bocanada de aire fresco en el derecho internacional, ya que si bien el derecho penal internacional comparte las fuentes del derecho internacional público formal, la expresión de fuentes que debe aplicar la Corte Penal Internacional le quita el ailo de inamovible al artículo 38 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El artículo 21 del Estatuto de Roma establece:

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba.

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados.

c) En su defecto, los principios generales del derecho 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 esos principios no sean incompatibles en presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7o., la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

En principio, el artículo 21 establece un orden jerárquico indudable, poniendo en primer lugar el Estatuto de Roma, lo cual es lógico, pues el Estatuto es el punto de convergencia de dos proyectos de la comunidad internacional: el tribunal penal internacional y un Código Penal Internacional, de ahí que contenga también una serie de tipos de delitos y penalidades para ellos que no agotan las actividades criminales. Por eso a continuación se refiere a otro tipo de fuentes; en seguida analizamos cada una de ellas.

1. Los tratados internacionales

En materia de derecho penal internacional son relevantes dos tipos de tratados. Aquellos institucionales, es decir, aquellos que son la base fundamental de las cortes, y por otro lado aquellos tratados que contienen normas sustantivas de derecho penal internacional. En los primeros podemos contar indudablemente con el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, por el cual se crea el Tribunal de Nuremberg, y la Convención de Roma de 1998, que crea la Corte Penal Internacional, y, por supuesto, como una norma común podemos mencionar a la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, que es el marco jurídico que se aplica a los tratados en general. También se deben tomar en consideración y en forma destacada las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario Internacional y los dos Protocolos de 1977. Asimismo, las regulaciones anexadas a las cuatro convenciones de 1907, la Convención de 1948 sobre Genocidio, que a propósito sus disposiciones tienen una doble vida (por vía convencional y por vía consuetudinaria) la Convención de 1984 contra la Tortura. También hay que tomar en cuenta varios tratados sobre terrorismo, algunos que limitan la guerra: el Protocolo de Ginebra de 1925, que prohíbe el uso de veneno asfixiante en la guerra; la Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre Prohibición o Restricción sobre el Uso de Ciertas Armas Convencionales, o la Convención de Ottawa de 1997 sobre Prohibición de Uso, Producción, Transferencia y la Destrucción de Minas Antipersonales. Y aquí, otra vez insistimos, no hay que olvidar que todos estos tratados se encuentran en un sistema en donde se aplican otros tratados, como la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, que contiene normas sobre interpretación, vigencia, validez, reservas, entre otros.

2. *Las normas convencionales y consuetudinarias*

Tradicionalmente se ha reconocido que las normas convencionales y consuetudinarias son las fuentes más importantes en el derecho penal internacional; sin embargo, hay que reconocer que tal afirmación no está desprovista de cierta polémica, ya que, por otro lado, hay una gran tendencia a proyectar el funcionamiento y las categorías del derecho penal interno, lo cual es erróneo, como lo trataremos de probar. En principio, hay que observar que el derecho penal interno, por ser en este caso un sistema más desarrollado que cuenta con categorías propias, como la centralización de la fuerza en órganos que la monopolizan, ha ejercido una indudable influencia en el derecho internacional penal. Pero al mismo tiempo hay una diferencia fundamental entre los dos sistemas. En derecho interno hay una tendencia a la codificación, y esto es evidente, en los dos más importantes sistemas jurídicos (el sistema del *common law* y el derecho civil, naturalmente). La idea es que se posea cierto grado de protección de los derechos humanos de los indiciados. Lo mismo sucede en el caso del derecho internacional penal, como se constata en el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional; pero la gran diferencia que existe en estos dos sistemas de derecho penal la da el hecho de que la costumbre, como fuente de derecho internacional, ha jugado un papel esencial en la conformación del derecho internacional penal. El jurista Jonatan Thormudsson, por ejemplo, señala algunas características del derecho penal internacional: una gran parte de los tratados internacionales en vigor tienen su origen en el derecho consuetudinario (es el caso de las convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario Internacional); la responsabilidad internacional tiene su origen, también, en las normas consuetudinarias, aunque haya cierta reticencia a reconocerlo.¹⁶

El asunto de las normas consuetudinarias de derecho penal internacional no está exento de discusión. En el juicio de Nuremberg, en el año de 1946, se cuestionó la aplicación de los principios generales del derecho en relación con los crímenes de la humanidad y contra la paz, que se basaba en fuentes de derecho muy pobres, hasta la creación de la Corte del Tribunal Militar

¹⁶ Thormudsson, Jonatan, "The sources of international criminal law with referente to the human rights principles of domestic criminal law", en Wahlgren, Peter (edit.), *Scandinavian Studies in Law, International Aspects*, vol. 39, Estocolmo, Sockholm Institute for Scandinavian Law, 2000, p. 389.

Internacional, adoptado como un anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, esto significa después de la II Guerra Mundial, acontecimiento en el que se cometieron tales crímenes horrendos. En forma muy hábil, la defensa de los acusados alegó que no procedía el juicio, en virtud de que no cumplía con la máxima, con el principio fundamental tanto de derecho internacional como de derecho interno: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Concretamente, que ningún Estado soberano había convenido en que las guerras agresivas eran un delito, en el tiempo en que se cometieron los hechos ilícitos, que ningún estatuto había definido las guerras agresivas y que tampoco se había establecido ninguna pena para tales acciones. Estos cuestionamientos, por supuesto, son de vital importancia, y para algunos juristas constituyen un obstáculo infranqueable para aplicar la costumbre internacional;¹⁷ esto nos lleva a analizar con mayor detenimiento este asunto.

Por otra parte, la costumbre internacional ha sido aplicada en diferentes ocasiones tanto por las cortes internacionales como por las nacionales. En el caso Furundzija en la Corte Internacional para Yugoslavia decidió que la regla de definición de “violación” se ha convertido en una norma de carácter consuetudinario.¹⁸ Lo mismo ha sucedido con los tribunales internos; por ejemplo, en 1950 la Corte Marcial de Bruselas decidió que la tortura en tiempo de conflicto armado estaba prohibida por el derecho consuetudinario internacional. Por supuesto, hay caos en que ante la invocación de la costumbre los jueces han decidido negar que se esté ante un caso de aplicación de la norma consuetudinaria.¹⁹ Pero lo más importante es que se toma en cuenta la costumbre internacional.

¹⁷ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Principios generales de derecho”, en Guevara B., José Antonio y Dal Maso, Narciso (compiladores), *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005, p. 610.

¹⁸ “The prohibition of rape and serious assault in armed conflict has evolved in customary international law. It has gradually cristalised out of the express prohibition of rape in Article 44 of the (1863) Liber Code and the general provisions contained in Article 46 of regulation annexed to Hague Convention IV...”, tomado de Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 29.

¹⁹ Por ejemplo, en el caso caso Tadic, la Corte Internacional para Yugoslavia estableció: “customary law, as it results from the gradual development of international and national case law into general rules, does not presuppose a discriminatory or persecutory intent for all crimes against humanity” (tomado de Cassese, *ibidem*, p. 30).

3. *El principio nullum crimen y el derecho consuetudinario*

Como mencionamos anteriormente, el derecho consuetudinario es una fuente indiscutible del derecho internacional; incluso en el derecho penal internacional, y no puede ser de otra manera, dado el carácter horizontal de las normatividad internacional, que, insistimos, incluye al derecho que se refiere a la criminalidad internacional.²⁰ Esto, aunado a que hay una estrecha relación entre el derecho penal internacional y los derechos humanos, en donde hay una cantidad de normas consuetudinarias, a esto hay que añadirle que el derecho convencional internacional ha sido rebasado por las formas modernas de hacer la guerra, de tal manera que sea imprescindible la normatividad consuetudinaria internacional para hacer del *jus gentium* un todo cerrado.

Pero volvamos a la respuesta que dio el Tribunal de Nuremberg el 30 de septiembre de 1946 a la defensa, esgrimiendo la ausencia de *nullum crimen sine lege*. El tribunal que juzgaba a los criminales de guerra contestó:

...en primer lugar, es necesario observar que la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación a la soberanía sino un principio de justicia. Afirmar que es injusto castigar a aquellos que en desafío de los tratados y garantías legales han atacado, sin aviso, a los Estados vecinos obviamente es falso, en tales circunstancias el atacante debe saber que lo que hace erróneo, y esto, lejos de que sea injusto castigarlo, sería injusto si su error fuera autorizado a ser impune (si su error quedara impune).²¹

En efecto, si partimos de la idea de que una hermenéutica internacional ya que no es posible declarar que no existe o no encontrar una norma para un caso concreto. Aunque el caso del derecho penal parecería especial dado el principio de *nullum crimen y nullum poena*, es decir, a aplicación estricta de la ley sustantiva y adjetiva penal. Al respecto, el Tribunal de Nuremberg observó:

“Al interpretar las palabras del pacto, se debe recordar que el derecho internacional no es el producto de una legislatura internacional, y que tales

²⁰ Por ejemplo, en derecho humanitario internacional, “hasta mediados del siglo XIX, sólo las normas consuetudinarias regían el derecho de la guerra; unas normas que se habían ido formando en la práctica a lo largo de los siglos precedentes. Las disposiciones legislativas nacionales y los tratados bilaterales, específicamente las treguas y las capitulaciones desempeñaron un importante papel en la formación de esas normas consuetudinarias”. Véase Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana (comps.), *Derecho de los conflictos armados*, México, UNAM-CICR, 2003, t. I, p. XXVI.

²¹ Tomado de Thormunsson, *op cit.*, nota 16, p. 389 (traducción al español de MBR).

acuerdos como el pacto de París tiene que ver con los principios generales del derecho y no con asuntos administrativos de procedimiento. El derecho de guerra se encuentra no sólo en tratados, sino en la costumbre y la política de los Estados que gradualmente obtiene un reconocimiento universal y en los principios generales de justicia aplicado por los juristas practicados por las cortes militares. Este derecho no es estático, al mundo cambiante le sigue la necesidad de una adaptación continua. En efecto, en muchos casos los tratados no hace muchas cosa, los tratados no hacen más que expresar en forma mas detallada los principios de derecho ya existentes”.²² El tribunal de Nuremberg en esta sentencia es congruente con el sentido, la lógica, la estructura del *jus gentium* contemporáneo. Si se niega la existencia del derecho consuetudinario, la consecuencia es la impunidad internacional, además, recordemos que el derecho convencional sólo obliga a los Estados aparte, por lo que no se puede dejar fuera a todos los demás componentes de la subjetividad internacional. Entonces, lo que procede es un ejercicio de identificar la normatividad consuetudinaria y analizar la relación entre normatividad consuetudinaria y convencional en donde hay normas ya exploradas. En efecto, el pacto internacional de Derecho civiles y políticos de 1966 reconoce esa relación estrecha entre derecho convencional y consuetudinario, además de que el principio de *nullum crimen* se inserta en estas dos fuentes, veamos:

Artículo 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

4. ¿El Estatuto de la Corte Penal Internacional niega la aplicación del derecho consuetudinario internacional?

El asunto reviste mucha importancia, y en donde la doctrina no tiene una posición general todavía. En efecto, hay juristas que rechazan de plano la posibilidad de aplicar las normas consuetudinarias por la Corte Penal

²² *Ibidem*, p. 390 (traducción al español de MBR).

Internacional en virtud del principio de *nullum crimen...*, que es parte del principio de legalidad en la normativa penal. A lo mucho, puede servir como “normas aplicables para la interpretación o, todo lo más, la integración de las normas escritas”.²³ Esta postura se basa tomando como punto de partida la interpretación del artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que (según esa corriente) no reconoce la normativa consuetudinaria como fuente de aplicación de la Corte Penal Internacional.

Como lo decíamos, esta idea no es aceptada por toda la doctrina. Hay otras posturas, que compartimos, que aceptan la aplicación de las normas consuetudinarias con base en los siguientes razonamientos: el derecho penal internacional es un ordenamiento nuevo y autónomo, que al mismo tiempo es parte del derecho penal internacional público formal que se origina a través de la celebración de tratados o a través de la formación del derecho consuetudinario,²⁴

...el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho son, por cierto, difíciles de identificar, dado que se trata aquí de derecho internacional no escrito. Sin embargo, en tanto falten las convenciones correspondientes, estas fuentes del derecho deben servir como punto de partida constructivo para la formación de normas de derecho penal internacional.²⁵

En efecto, no olvidemos que el derecho convencional internacional no cubre todas las áreas del derecho, en virtud de su carácter parcial; es decir, no todos los Estados son miembros de los mismos tratados, por lo que impedir la aplicación del derecho consuetudinario significaría dejar descubiertas muchas áreas delictivas de la actividad humana, lo que nos lleva a la impunidad. Inclusive, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque no se refiere directamente a la costumbre, sino lo hace de manera indirecta, ya que el artículo 21 (1)(b) se refiere a “ los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”, lo cual indudablemente incluye la normativa consuetudinaria. Aquí, el concepto “principios de derecho” no

²³ Rodríguez-Villasante y Prieto, *op. cit.*, nota 17, p. 611.

²⁴ Esta es la postura, por ejemplo, de Antonio Cassese (véase Cassese, *op. cit.*, nota 18, p. 26).

²⁵ Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Duncker & Humblot, Themis, Konrad Adenauer Stiftung, p. 35.

se tiene que entender en el sentido del artículo 38 (1)(c), del ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Nuremberg.²⁶

Creemos que el error que comete la doctrina que niega la posibilidad de aplicar el derecho consuetudinario en el derecho penal internacional estriba en olvidarse de que el derecho internacional es un sistema jurídico específico diferente al interno. Pensar que el sistema jurídico interno soslaye el principio *nullum crimen sine lege* sería aberrante; otra cosa es la aplicación en derecho interno de la costumbre internacional, en el marco del sistema de recepción de cada uno de los Estados.

IV. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Cuando se habla de los principios generales del derecho penal internacional se está hablando de los principios específicos del derecho penal, tal como el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*), el de irretroactividad *ratione personae*, el de responsabilidad penal individual, la prohibición de la aplicación de la analogía. Algunos de estos principios ya están contenidos en la Convención de Roma que crea la Corte Penal Internacional (parte III). Estos principios no son más que una influencia directa del derecho interno al internacional, y tienen una naturaleza consuetudinaria. En cambio, los principios de derecho internacional se refieren a los principios que son parte del derecho internacional, los cuales no se derivan de los principales sistemas que rigen en el mundo; por ejemplo, el principio general de respeto de la dignidad humana, o los principios contenidos en el artículo 2o. de la Carta de Naciones Unidas. También éstos, como quedó bien claro en el fallo del Caso Nicaragua vs. Estados Unidos, tienen un doble origen: consuetudinario y convencional.

V. LOS REGLAMENTOS, LAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES Y LA DOCTRINA

Los reglamentos de la Corte Penal Internacional que están previstos en su estatuto de creación se pueden considerar como normas procedimen-

²⁶ *Ibidem*, p. 36.

tales de derecho penal internacional. En el caso de la Corte Penal Internacional, es de observarse que ella misma establece sus normas de creación del reglamento o “reglas de procedimiento y pruebas”, como textualmente se les llama en la Convención de Roma (artículo 51). Por otra parte, las decisiones judiciales, en principio, no son obligatorias; sin embargo, sí son fuentes subsidiarias de gran importancia; por ejemplo, ellas son útiles para determinar la existencia de la costumbre, y también sus criterios de interpretación son de gran utilidad.

Por otro lado, como vimos al analizar el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la doctrina, si bien no es una fuente primaria, sí juega un papel secundario, es una fuente subsidiaria de gran importancia. Lo mismo sucede con el caso del derecho penal, con la diferencia de que el Estatuto de Roma, en su artículo 21, no la menciona, pero es indudable que para este momento se ha formado un gran acervo de doctrina sobre la materia que indudablemente se verá ampliada cuando se empiecen a discutir y decidir los primeros casos en la Corte Penal Internacional.

VI. CONCLUSIÓN

En virtud de que las fuentes del derecho internacional reconocidas tanto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como por la doctrina son aplicables al derecho internacional en su conjunto, en él se incluye el derecho penal internacional, que a su vez tiene fuentes específicas y modos de aplicación concreta, como el Estatuto de Roma, de tal manera que existen dos vertientes en las fuentes que son aplicadas al derecho penal internacional. Esto es muy importante, pues si lo soslayamos podemos hacer juicios equivocados, como es el caso de considerar que no es aplicable la costumbre internacional en virtud de la existencia del principio de *nullum crimen...* Afirmar esto es no tomar en cuenta que la costumbre internacional es una fuente del derecho internacional general, por un lado, y por otro, partir de concepciones de derecho interno (en donde se tiende o se exige una codificación de las normas penales), perdiendo de perspectiva de que el derecho internacional tiene un carácter horizontal en su creación. Por supuesto que el principio de *nullum crimen sine lege* es un principio básico del derecho penal internacional, pero también se debe tomar en consideración que los tipos de delitos pueden ser creados vía la costumbre internacional.