

31

DEUS PROVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2013

Revista Penal

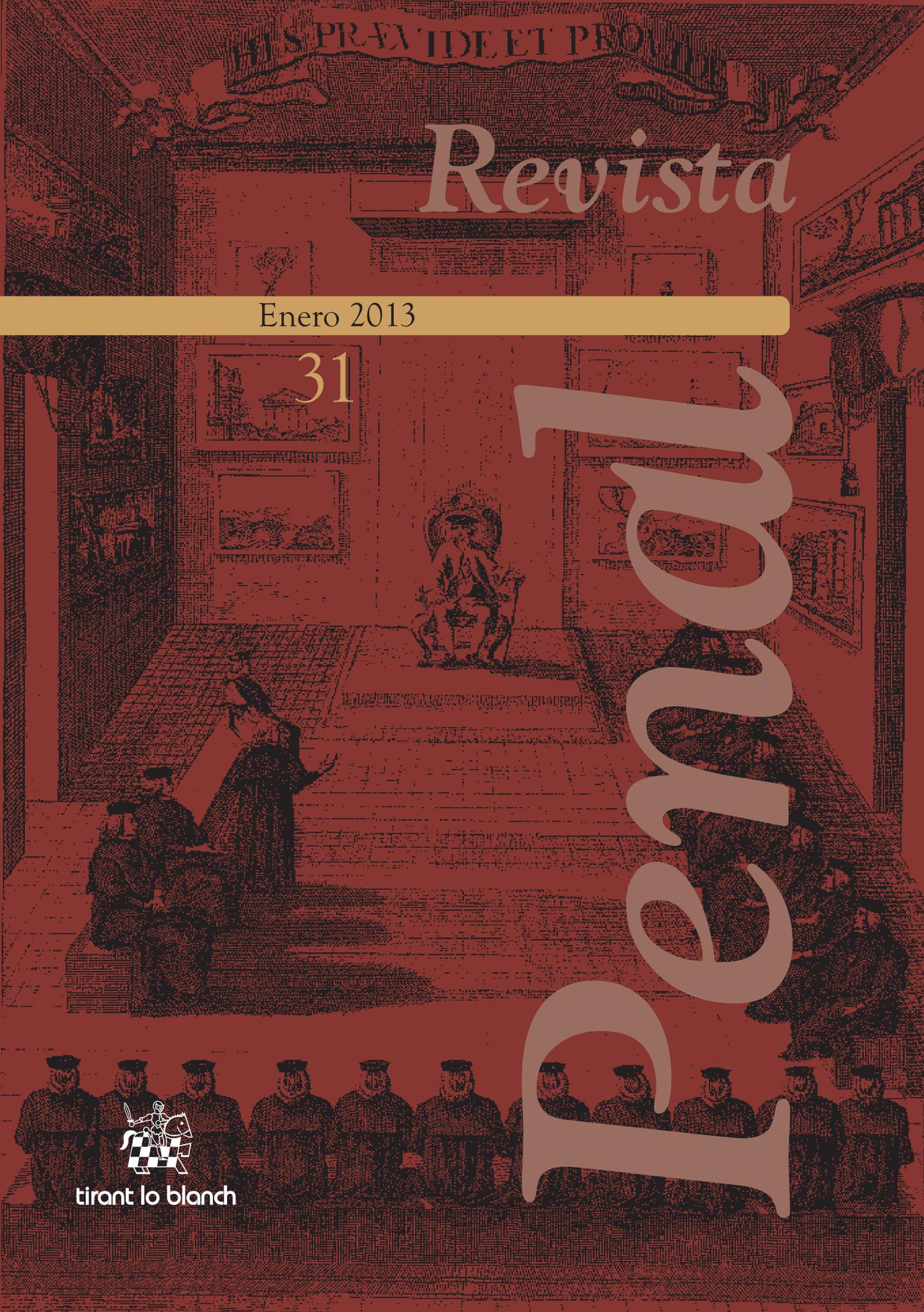
31

# Penal

Enero 2013



tirant lo blanch



# Revista Penal

Número 31

## Sumario

---

### Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i> .....	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i> .....	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i> .....	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i> .....	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i> .....	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i> .....	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M<sup>o</sup> del Carmen Gómez Rivero</i> .....	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i> ....	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i> .....	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i> .....	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i> .....	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i> .....	247
<b>Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)</b> .....	262
<b>Bibliografía:</b> Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i> .....	326



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## El futuro del Derecho penal internacional

Gerhard Werle y Boris Burghardt

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

### Ficha técnica

**Autores:** Gerhard Werle y Boris Burghardt

**Adscripción institucional:** Universidad Humboldt - Berlín.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los ámbitos de normas primarias relevantes en el derecho penal internacional. II.1. El derecho de los conflictos armados. II.2. El derecho de mantenimiento de la paz. II.3 La protección internacional de los derechos humanos. II.4. Un futuro ámbito de normas primarias: el derecho ambiental internacional. III. El derecho penal internacional material. III. 1. El principio de punibilidad internacional directa. III.2. Los tipos penales internacionales. III.3. *Non-state actors*. III.4. ¿Nuevos crímenes de derecho internacional? III.5. Implementación. III.6. La parte general del Derecho penal internacional. IV. La aplicación del derecho penal internacional. IV.1. Hacia un *ius puniendi* de la comunidad internacional. IV.2. El principio de jurisdicción universal. IV.3. El problema de la aplicación selectiva del derecho penal internacional. V. El derecho penal internacional en el año 2050

**Abstract:** After decades of standstill, international criminal law has experienced a vertiginous development in the last 20 years. Today, international criminal law constitutes a central element of the international legal system with the International Criminal Court in The Hague as well as other international and national criminal courts working to secure its implementation. At the same time, harsh political opposition by powerful key players of the international order raises doubts whether the breakthrough of international criminal law will last. Where will international criminal law stand in the year 2050? Will the system of international criminal justice be able to take full effect? Or will the prosecution of crimes under international law transpire as a short episode in history, a transitional phenomenon that may easily vanish? In order to answer these questions, this article will analyse the lines and levels of development and the structures that have hitherto shaped the evolution of international criminal law and are likely to do so in the future.

**Key Words:** International criminal law. International criminal courts. Criminal law stand in the year 2050.

**Resumen:** Tras décadas de silencio el derecho penal internacional ha experimentado un desarrollo vertiginoso en los últimos veinte años, convirtiéndose en un elemento central del sistema jurídico internacional en de la Corte Internacional Criminal de La Haya y de otros Tribunales internacionales, que trabajan en su implementación. Pero al mismo tiempo ha sufrido una fuerte oposición por parte de poderes muy importante en el orden internacional, que amenazan su vigencia. ¿Cuál será el estado del Derecho penal internacional en el año 2050? ¿Será un instrumento jurídico eficaz? ¿O será un episodio transitorio en la historia, que pronto desaparecerá? En este artículo se pretende responder a estas cuestiones, analizando las líneas y niveles de desarrollo del Derecho penal internacional, así como las estructuras que pueden influir en él.

**Palabras clave:** Derecho penal internacional. Tribunales Internacionales. Derecho penal internacional en el año 2050.

**Observaciones:** Título original: *Die Zukunft des Völkerstrafrechts*, publicado en Grundmann, Stefan/Kloepfer, Michael/Paulus, Christoph G./Schröder, Rainer/Werle, Gerhard (eds.), *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart, Zukunft*, De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 1219 a 1239. Traducción a cargo de Alberto Nanzer (Universidad de Buenos Aires), revisado por María Gutiérrez Rodríguez.

**Recepción del artículo:** 10-07-2012.

**Evaluación favorable:** 14-09-2012.

Podemos conocer lo futuro sólo como extrapolación de lo actual. Las previsiones presuponen por ello la retrospectión y el análisis de la situación actual, no para entender el pasado y el presente como tales, sino para comprenderlos como presagios e introducción del futuro<sup>1</sup>. Los pronósticos sobre el futuro del derecho penal internacional se manifiestan así especialmente ambiciosos, toda vez que el desarrollo recorrido por él en los últimos veinte años ha sido inaudito en su dinámica. Después de décadas de estancamiento, la existencia del derecho penal internacional era, no sin razón, aún puesta en duda a comienzo de los años noventa<sup>2</sup>. Actualmente, en cambio, el derecho penal internacional constituye un elemento central del orden jurídico internacional, de cuya aplicación se ocupa la Corte Penal Internacional permanente en La Haya (CPI), así como otros tribunales penales nacionales e internacionales. ¿Avanzará este desarrollo de aquí en adelante con igual vertiginosidad? ¿Qué perdurará? ¿Resultará meramente un fenómeno de transición? ¿A fin de poder dar respuesta a estos interrogantes, el artículo analiza las estructuras y los ámbitos de desarrollo que han marcado hasta ahora la evolución del derecho penal internacional y que también podrían determinar su devenir.

### I. Introducción

En el examen del derecho penal internacional pueden distinguirse tres planos. En primer lugar, el derecho pe-

nal internacional presupone el surgimiento de ámbitos de normas primarias de derecho internacional, que sirven de conexión y constituyen intereses de protección universales (al respecto § 18). Además, requiere de un verdadero derecho penal internacional material, es decir, de normas de derecho internacional que declaren punible un determinado comportamiento y fijen los presupuestos específicos de la imputación (al respecto § 19). Finalmente, se plantea la cuestión de quién tiene la competencia para la aplicación del derecho penal internacional (al respecto § 20).

En los tres planos, el derecho penal internacional se ve confrontado con el principio de soberanía estatal, respecto del cual se encuentra en una relación de tensión natural. Mientras que el principio de soberanía estatal, en su forma “pura”, postula una primacía de lo político<sup>3</sup>, la idea del derecho penal internacional, justamente al revés, se basa en la concepción de una sujeción normativa de todo ejercicio de poder y dominio; concepción que, hasta ahora, sólo ha podido aplicarse en constelaciones especiales<sup>4</sup>. Así, también el desarrollo del derecho penal internacional ha tenido lugar hasta el momento más que a pasos constantes a saltos bruscos.

### II. Los ámbitos de normas primarias relevantes en el derecho penal internacional

Presupuesto para la fundamentación del derecho penal internacional es la identificación de bienes jurí-

1 Sobre el problema de la hermenéutica de los enunciados dirigidos hacia el futuro, desde la perspectiva de la escatología cristiana, cf. RAHNER, *Grundkurs des Glaubens*, 1984, n.º. 415 y s.; RATZINGER, *Eschatologie. Tod und ewiges Leben*, 6ª ed., 1990, p. 135.

2 Cf., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., 1996, p. 123.

3 Sobre la soberanía estatal, resumidamente, véase, por ejemplo, DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, *Völkerrecht*, 2ª ed., 1989, t. I/1, pp. 214 y ss.; EPPING, en Ipsen, *Völkerrecht*, 5ª ed., 2004, § 5, n.º. m. 7 y s., ambos con referencias adicionales.

4 Sobre esta relación de tensión entre la soberanía estatal y el derecho penal internacional, ilustrativamente, JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, p. 11. Críticamente respecto de este enfoque explicativo, ROBINSON, “Leiden Journal of International Law”, 21 (2008), pp. 925, 956 y ss.

dicos universales, es decir, de intereses jurídicos que reivindicán para sí protección y reconocimiento mundiales, capaces de trascender los pueblos, Estados y culturas jurídicas. El derecho penal contribuye a esa protección, declarando punibles graves violaciones de estos bienes jurídicos y obligando a la persecución penal de tales infracciones, independientemente de cómo valore dichas conductas el derecho estatal. El derecho penal internacional no consiste en este sentido en una rama jurídica autónoma. Está ligado a los ámbitos de normas primarias del derecho internacional, en los cuales se constituyen los bienes jurídicos universales a tutelar<sup>5</sup>. Hasta la fecha la historia del derecho penal internacional siempre debe ser considerada, por lo tanto, en su interrelación con la historia de estos ámbitos de normas primarias del derecho internacional.

En la evolución precedente del derecho penal internacional, se han puesto de manifiesto como ámbitos de normas primarias relevantes especialmente el derecho de los conflictos armados, el derecho internacional relativo al mantenimiento de la paz y la protección internacional de los derechos humanos. Común a todas estas materias jurídicas es que, si bien valen formalmente como derecho de los tratados internacionales o de la costumbre internacional y, con ello, representan en principio autolimitaciones estatales supeditadas al consenso, reclaman para sí —de acuerdo con la idea que las informa— validez jurídica objetiva universal. Entre tanto, en efecto, se adjudica cuanto menos al contenido nuclear de los ámbitos de normas primarias mencionados una validez como *ius cogens*, desligada del consenso presente<sup>6</sup>. Como bienes jurídicos universales, los ámbitos de normas primarias mencionados revelan en especial la coexistencia pacífica de todos los pueblos entre sí, la paz mundial y los derechos humanos.

## 1. El derecho de los conflictos armados

En un primer momento se estableció el derecho de los conflictos armados. Desde mediados del siglo XIX, la idea de un cerco de derecho internacional a la guerra fue ganando creciente protagonismo en los tratados internacionales. El *ius in bello*, concerniente a los métodos de conducción de la guerra, fue sometido en el derecho de La Haya y Ginebra a reglas de derecho internacional, que establecieron límites externos importantes al principio de soberanía estatal<sup>7</sup>.

El derecho de los conflictos armados experimentó una ampliación decisiva de su ámbito de aplicación a través del art. 3 de las cuatro Convenciones de Ginebra, así como del Segundo Protocolo a los Acuerdos de Ginebra de 1977. Allí se consignan estándares mínimos para los conflictos armados no internacionales, es decir, particularmente para las guerras civiles. La sentencia “Tadić” de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal para Yugoslavia, de 2 de octubre de 1995, ha enfatizado que el derecho internacional humanitario en conflictos armados no internacionales se extiende más allá de estos estándares mínimos. En principio, según el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (TPIY), en las guerras civiles no puede considerarse permitido aquello que es inhumano —y por ello prohibido— en conflictos internacionales<sup>8</sup>. De este modo, el derecho de los conflictos armados limita la soberanía estatal también en el ámbito interno.

La concreción de los principios fundamentales mencionados a la vista de los nuevos desarrollos técnicos constituye un desafío permanente del derecho de los conflictos armados; el derecho de La Haya, particularmente, fue perfeccionado en muchas ocasiones desde la Segunda Guerra Mundial y adaptado a las innovaciones técnico-militares<sup>9</sup>.

5 Cf. BOTHE, en BUFFARD *et al.* (ed.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift Hafner*, 2008, pp. 141, 143 y ss.; KRESS, en HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht*, 2007, p. 412.

6 Cf. DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, *Völkerrecht*, 2ª ed., 2002, t. I/3, pp. 714 y ss.; Heintschel von Heinegg, en IPSEN, *Völkerrecht*, 5ª ed., 2004, § 15, n.º. m. 51 y ss., 59, con referencias adicionales. De la jurisprudencia, véase especialmente CIJ, sentencia de 5/2/70 (caso “Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain”), ICJ Reports, 1970, p. 32, párr. 34 (si bien allí no es empleado el concepto *ius cogens*), así como CIJ, sentencia de 3/2/06 (“Armed Activities on the Territory of the Congo [New Application: 2002], Congo v. Rwanda”), párr. 65.

7 Para un panorama de la evolución del *ius in bello*, véase GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3ª ed., 2008, pp. 26 y ss.; WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3ª ed., 2012, n.º. m. 1022 y ss., con referencias adicionales.

8 TPIY, sentencia de 2/10/95 (“Tadić”, AC), párr. 119.

9 Dignos de mención son especialmente la Convención de La Haya de 14/5/54 para la protección de los bienes culturales en conflictos armados (BGBl. 1967, II, p. 1233); la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxinas y sobre su destrucción, de 10/4/72 (BGBl. 1983, II, p. 133); la Convención —aprobada el 10/10/80— sobre la prohibición o restricción del empleo de ciertas armas convencionales que puedan provocar sufrimientos excesivos o efectos indiscriminados (BGBl. 1992, II, p. 958; 1993, II, p. 935), con sus cinco Protocolos respectivos; la Convención sobre la prohibición del

En la actualidad se plantea la cuestión de cómo debe lidiarse jurídicamente con los conflictos asimétricos: éstos no se corresponden con la idea —subyacente en el derecho de La Haya y Ginebra— de una guerra entre dos Estados o, al menos, entre grupos análogos a Estados, con fuerzas armadas que operan abiertamente<sup>10</sup>. Por el momento, no es posible prever si los problemas de la conducción de conflictos asimétricos serán reelaborados en lo sucesivo en el marco de la dicotomía tradicional del derecho de la paz y de la guerra, o si surgirá en el futuro un derecho de los conflictos asimétricos como *tertium* de derecho internacional.

### 2. El derecho de mantenimiento de la paz

Como segundo ámbito relevante de normas primarias se desarrolló, después de la Primera Guerra Mundial, el derecho de mantenimiento de la paz, que en numerosos tratados limitó el *ius ad bellum* en el derecho internacional<sup>11</sup>. Después de la Segunda Guerra Mundial, la proscripción de la guerra se consolidó como una prohibición general de agresión en la Carta de las Naciones Unidas<sup>12</sup>. El alcance preciso de la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones, en cambio, son materia de discusión hasta el día de hoy; la evolución jurídica se encuentra en curso. Resta aclarar, por ejemplo, si y bajo qué circunstancias las medidas de coacción política y económica se subsumen en la prohibición del uso de la fuerza; si quedan abarcadas las acciones militares de salvamento para la protección de ciudadanos en el territorio de otro Estado; y bajo qué presupuestos un

Estado puede adoptar medidas de autodefensa contra ataques que parten del territorio de otro Estado, sin que tales acciones puedan ser imputadas sin más a éste (la llamada *indirect aggression*). También cabe señalar en este contexto la discusión sobre si son admisibles en el derecho internacional las denominadas intervenciones humanitarias o intervenciones a petición<sup>13</sup>. Por último, se arguye por algunos autores que, ante situaciones de amenaza cualificada, ataques militares preventivos (*pre-emptive strikes*), en su carácter de autodefensa permitida, no infringirían la prohibición de agresión<sup>14</sup>.

### 3. La protección internacional de los derechos humanos

El ámbito de normas primarias más reciente hasta el momento para el derecho penal internacional lo constituye la protección internacional de los derechos humanos, que evolucionó vertiginosamente después de la Segunda Guerra Mundial. Corresponde remitir aquí en particular a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1949 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En la actualidad, desde la perspectiva del derecho internacional de los tratados, no existe ninguna duda acerca de la validez universal, al menos, del núcleo de los derechos humanos. El derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de discriminación por motivos raciales son consideradas, en general, *ius cogens* en el sentido del art. 53 de la Convención de Viena sobre

---

desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de 13/1/93 (BGBl. 1994, II, p. 807), y la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción, firmada el 3 y 4/12/97 (BGBl. 1998, II, p. 779).

10 Al respecto, en general, cf., por ejemplo, van CREVELD, *The Transformation of War*, 1991; del mismo autor, *The Changing Face of War*, 2006; KALDOR, *New and Old Wars: Organised Violence in a Global Era*, 2ª ed., 2006; MÜNKLER, *Die neuen Kriege*, 2002; del mismo autor, *Der Wandel des Krieges*, 2006; del mismo autor, "Die Friedens-Warte", 81 (2006), pp. 2, 59 y ss.; Stuby, en HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht*, 2007, pp. 266 y ss.

11 El derecho de mantenimiento de la paz es denominado consecuentemente también *ius contra bellum*, cf. BOTHE, en BUFFARD et al. (ed.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift Hafner*, 2008, p. 141.

12 Cf. art. 2º, párr. 4 de la Carta de la ONU. Al respecto, véase, por ejemplo, BOTHE, en Graf Vizthum (ed.), *Völkerrecht*, 4ª ed., 2008, § 8, n.º. m. 9; KRESS, *Gewaltverbot und Selbstverteidigung nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater*, 1995. Sobre la validez en el derecho internacional consuetudinario de la prohibición del uso de la fuerza, véase CIJ, sentencia de 27/6/86 (caso "Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. USA"), ICJ Reports, 1986, 14, párrs. 186 a 193.

13 Sobre las constelaciones de casos mencionadas, resumidamente, véase FISCHER, en IPSEN, *Völkerrecht*, 5ª ed., 2004, § 60, n.º. m. 26 y ss.; HERDEGEN, *Völkerrecht*, 11ª ed., 2012, § 34, n.º. m. 4 y ss., en cada caso con referencias adicionales.

14 Cf. especialmente la Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de 17/9/02, defendida durante la administración Bush, publicada de forma levemente reducida en "Internationale Politik", 57 (2002) 12, pp. 113-138. Favorablemente, por ejemplo, GAR-EAU, *State Terrorism and the United States*, 2004; LITWAK, "Survival", 44 (2002), pp. 53 y ss.; MURPHY, "Harvard Journal of International Law", 43 (2002), pp. 41 y ss. En contra, por ejemplo, ANTONOPOLOUS, "Netherlands International Law Review", 55 (2008), pp. 159, 172 y ss.; FASSBENDER, "EuGRZ", 2004, p. 241 y ss.; GARDNER, "American Journal of International Law", 97 (2003), pp. 590 y ss.

el Derecho de los Tratados de 1969<sup>15</sup>. La protección de los derechos humanos en el derecho internacional ha evolucionado en pocos decenios hacia la más extensa limitación de la soberanía estatal a nivel interno y se ha convertido en un “fundamento de legitimación sustancial del derecho constitucional estatal”<sup>16</sup>.

De todas formas, se constata un cierto agotamiento en el desarrollo de los derechos humanos internacionales. La especificación y diferenciación cada vez más ambiciosa del catálogo de derechos en una diversidad apenas abaricable de tratados internacionales ha dejado paso a la opinión de que la comunidad internacional de Estados debería preferentemente “concentrarse en la realización efectiva de un ámbito nuclear de los derechos humanos”<sup>17</sup>. En este contexto debe evaluarse también el reproche, hoy imposible de desoír, de que la idea de derechos humanos contiene una nueva forma de colonialismo valorativo del mundo occidental<sup>18</sup>. Con las reservas del caso, no obstante, cabe comprobar que la idea de un ámbito nuclear de derechos humanos dignos de protección, que comprende en especial la vida y la integridad física, se encuentra fuera de discusión también en otras regiones y continentes, independientemente de su origen occidental. Se trata, por lo tanto, de una polémica sobre la medida correcta y la forma adecuada de protección, que, sin embargo, no tiene entidad para desacreditar la idea de los derechos humanos en sí misma<sup>19</sup>.

#### 4. Un futuro ámbito de normas primarias: el derecho ambiental internacional

Cada vez se tornan más nítidos los contornos de un cuarto ámbito de normas primarias en el derecho

internacional, al cual el derecho penal internacional podría unirse en un futuro previsible: el derecho ambiental internacional. Común al derecho ambiental internacional, al derecho de los conflictos armados, al derecho de mantenimiento de la paz y a la protección internacional de los derechos humanos, es su tendencia hacia la limitación y relativización del principio de soberanía estatal. En el centro del actual derecho internacional de los tratados en materia ambiental se ubica la protección del ambiente como tal, reconocida por primera vez como bien jurídico internacional en la Conferencia de Estocolmo sobre Ambiente Humano de 1972<sup>20</sup>. La finalidad del derecho ambiental internacional en la actualidad no es únicamente la protección frente a los daños, sino también la conservación del ambiente natural en interés de las generaciones venideras. El derecho de los Estados a explotar los recursos a los que tienen acceso resulta restringido a través de este bien jurídico<sup>21</sup>. Cabe constatar que, en la actualidad, faltan aún normas de prohibición suficientemente concretas que pudieran servir como conexión con el derecho penal internacional; sin embargo, dado el incremento de la toma de consciencia sobre la urgencia de estas cuestiones, su número debería aumentar de forma constante<sup>22</sup>.

### III. El derecho penal internacional material

En el desarrollo del derecho penal internacional, el reconocimiento del principio de punibilidad individual directa según el derecho internacional y el surgimiento de los tipos penales de derecho internacional fueron durante largo tiempo el centro de interés.

15 Cf. Heintschel von Heinegg, en IPSEN, *Völkerrecht*, 5ª ed., 2004, § 15, n.º. m. 59; HERDEGEN, *Völkerrecht*, 11ª ed., 2012, § 16, n.º. m. 14.

16 En este sentido, correctamente, THÜRER, *Kosmopolitisches Staatsrecht*, t.1, “Grundidee Gerechtigkeit”, 2005, p. 6.

17 Cf. FASSBENDER, en ISENSEE (ed.), *Menschenrechte als Weltmission*, 2009, p. 37.

18 Resumidamente, véase KLEIN, “EuGRZ”, 26 (1999), pp. 109, 113 y s.; DONNELLY, en DRYZEK *et al.* (ed.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, 2006, pp. 601, 611 y ss.; YASUAKI, en “Asian Yearbook of International Law”, 7 (1997), pp. 21 y ss.

19 De forma similar, FASSBENDER, en ISENSEE (ed.), *Menschenrechte als Weltmission*, 2009, p. 34; HERDEGEN, *Völkerrecht*, 11ª ed., 2012, § 47, n.º. m. 10.

20 Cf. *Declaration of the UN Conference on the Human Environment*, en “International Legal Materials”, 11 (1972), p. 1416.

21 Resumidamente, Heintschel von Heinegg, en IPSEN, *Völkerrecht*, 5ª ed., 2004, Cap. 14, n.º. m. 1 y ss.; GRAF VITZTHUM, EN GRAF VITZTHUM (ed.), *Völkerrecht*, 5ª ed., 2010, párr. 5º, n.º. m. 102 y ss.

22 Un primer impulso hacia la criminalización internacional de la causación intencional de graves daños ambientales contiene el art. 26 del *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* de 1991, presentado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En versiones posteriores del *Draft Code*, sin embargo, el tipo fue nuevamente eliminado; cf. al respecto, Rayfuse, “Criminal Law Forum”, 8 (1997), pp. 43, 74 y s.; TOMUSCHAT, en HANKEL/STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 270 y 285; TOMUSCHAT, en ARNDT *et al.* (ed.), *Völkerrecht und deutsches Recht. Festschrift Rudolf*, 2001, pp. 105 y ss. Una criminalización estrictamente limitada en el marco de los crímenes de guerra se encuentra en el art. 8º.2.b.iv EPCI. Al respecto, véase Peterson, “Leiden Journal of International Law”, 22 (2009), pp. 325 y ss.

En la última década han despertado una creciente atención los principios generales que rigen la imputación de responsabilidad penal internacional.

### 1. El principio de punibilidad internacional directa

De la misma manera que la protección internacional de los derechos humanos, el principio de punibilidad internacional directa quiebra la mediatización tradicional del individuo en el derecho internacional. Si el individuo, a través del reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos, se convierte en portador de derechos según el derecho internacional, entonces el principio de la punibilidad directa presupone que las prohibiciones de conductas internacionales obligan a los individuos de forma inmediata<sup>23</sup>. La criminalización de comportamientos contrarios al derecho internacional contiene, por lo tanto, una limitación adicional del principio de soberanía estatal. El derecho penal internacional expresa que no solamente el Estado, sino también la comunidad internacional, pueden establecer reglas vinculantes para los nacionales de un Estado, y criminalizar su comportamiento. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial condujeron a la consagración de esta idea en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (ETMI). Desde entonces, el principio de punibilidad internacional directa fue confirmado una y otra vez y ha sido reconocido actualmente en el derecho internacional consuetudinario<sup>24</sup>.

### 2. Los tipos penales internacionales

El ETMI constituye hasta el día de hoy el fundamento y punto de partida para el nacimiento de los tipos penales internacionales. Contiene tres tipos de crímenes: contra la paz, de guerra y contra la humanidad. Estos tipos penales pueden encasillarse sin inconvenientes en los tres ámbitos de normas primarias

del derecho internacional mencionados: los crímenes de guerra aparecieron como flanco penal del derecho de los conflictos armados; el crimen contra la paz está ligado a las normas de prohibición del derecho de mantenimiento de la paz, y los crímenes contra la humanidad criminalizan las más graves violaciones de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional.

#### a) Crímenes de guerra

Si se examinan los crímenes de guerra con mayor detenimiento, llama la atención que el ETMI no contenga en definitiva ningún tipo penal en sentido estricto, sino que sólo se limite a una remisión, concretizada a modo de ejemplo, a las leyes y usos de la guerra, cuya infracción es denominada crimen de guerra<sup>25</sup>. Esta técnica reglamentaria fue característica de los crímenes de guerra durante largo tiempo<sup>26</sup>. El tipo penal permaneció, por lo tanto, abierto a la introducción de nuevas prohibiciones del derecho internacional de la guerra, en especial, de cara a las innovaciones técnicas. No obstante, en tal caso debía aclararse en qué medida se añadía a la norma de prohibición internacional también la punibilidad según el derecho internacional. El desarrollo posterior más importante en el ámbito de los crímenes de guerra lo constituye la extensión del derecho penal internacional a las infracciones normativas en el conflicto armado no internacional<sup>27</sup>.

Con el Estatuto de Roma de la CPI (ECPI), el tipo penal internacional del crimen de guerra se ha emancipado en mayor medida del derecho de los conflictos armados y contiene ahora una enumeración taxativa de las infracciones criminalizadas<sup>28</sup>. Ya el gran número de subtipos pone de manifiesto que las violaciones de las prohibiciones del derecho de los conflictos armados han sido criminalizadas a gran escala. Sin embargo, los crímenes de guerra revelan curiosas lagunas. Así, falta

23 Cf. KREß, en HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht*, 2007, pp. 323 y 381; TOMUSCHAT, "Die Friedens-Warte", 73 (1998), pp. 335 y 347; ZIMMERMANN, "Germán Yearbook of International Law", 45 (2002), pp. 35 y 37.

24 Cf. arts. 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (ETMI); 5º del Estatuto del Tribunal Militar para el Lejano Oriente (ETMI-LO); II.2 de la Ley del Consejo de Control nº 10 (KRG 10); 7º.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ETPIY); 6º.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR); 6º.1 del Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona (ETESL), y 25.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).

25 Cf. art. 6º.b ETMI.

26 Cf., por ejemplo, los arts. 5º.b ETMILO; II.(b) KRG 10; 2º y 3º ETPIY.

27 Precursora resultó aquí la sentencia "Tadić" de la Cámara de Apelaciones del TPIY de 2/10/95. Sobre esta sentencia, cf. los trabajos de COTTIER, en ERBERICH *et al.* (ed.), *Frieden und Recht*, 1998, pp. 183, 201 y ss.; Heintschel von Heinegg, en ZIMMERMANN (ed.), *International Criminal Law and the Current Development of Public International Law*, 2003, pp. 27, 35 y ss.; KREß, "EuGRZ", 1996, pp. 638 y ss.; MERON, "AJIL", 90 (1996), pp. 238 y ss.; SASSÓLI, "Revue Générale de Droit International Public", t. C, 1996, pp. 103 y ss.

28 Cf. art. 8º ECPI.

en especial un refuerzo penal referido a las normas que prohíben la tenencia, la propagación y el empleo de armas atómicas, biológicas y químicas<sup>29</sup>.

*b) Crimen de agresión*

Durante mucho tiempo el crimen de agresión, todavía denominado crimen contra la paz en el ETMI<sup>30</sup>, careció de una regulación consentida en el derecho internacional de los tratados. Tan sólo estaban claros los vértices: según la jurisprudencia de Núremberg era punible en todo caso la guerra de agresión dirigida al sometimiento duradero de otro Estado o a disponer de su territorio o de sus recursos<sup>31</sup>. Al mismo tiempo también existía acuerdo en que el tipo del derecho penal internacional era más estrecho que la norma de prohibición del derecho de mantenimiento de la paz. No toda infracción de la prohibición del uso de la fuerza debería experimentar una criminalización, sino solamente la agresión.

Los demás elementos de la agresión, sin embargo, siguieron siendo discutidos. Ni siquiera la Conferencia de Roma logró dar con una definición definitiva. El crimen de agresión se encontraba, por lo tanto, en un “estado de espera”<sup>32</sup>. En la primera Conferencia de Revisión de los Estados Parte de la CPI, que tuvo lugar en mayo y junio de 2010 en Kampala/Uganda, de forma inesperada se hizo la luz. Los Estados participantes se pusieron de acuerdo sobre una definición del crimen. De forma resumida, son punibles como crimen de agresión aquellas contravenciones de la prohibición del uso de la fuerza de la Carta de la ONU que en función de su carácter, gravedad y extensión sean especialmente notorias. Sin embargo, hasta el año 2017 la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agre-

sión, como consecuencia de un complejo proceso de ratificación<sup>33</sup>.

*c) Crímenes de lesa humanidad*

Especialmente revolucionario y precursor se mostró el reconocimiento de los crímenes de lesa humanidad como tipo penal propio en el ETML. Se reprimen las más graves violaciones de los derechos humanos, que tienen lugar en el marco de un ataque sistemático o extendido contra la población civil. De modo similar a los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad presuponen un contexto de poder organizado<sup>34</sup>.

El desarrollo ulterior más importante del tipo desde Núremberg viene representado por la superación de la cláusula Junktim, según la cual los crímenes contra la humanidad debían ser cometidos en el contexto de un conflicto armado, de un crimen de guerra o de un crimen contra la paz<sup>35</sup>. La renuncia a esta exigencia se corresponde con la concepción de los crímenes de lesa humanidad como un aporte de derecho penal internacional a la protección internacional de los derechos humanos.

*d) Genocidio*

En cambio, en el ETMI no se incluyó ninguna regulación del genocidio, reconocido actualmente como cuarto crimen elemental del derecho internacional. El genocidio nacionalsocialista contra los judíos europeos no fue considerado explícitamente como tal en Núremberg, sino como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, en particular como “exterminio” y “persecución”<sup>36</sup>. Finalmente, el tipo encontró una regulación en el derecho internacional de los tratados a

29 Al respecto, véase PETERSON, *Die Strafbarkeit des Einsatzes von biologischen, chemischen und nuklearen Waffen als Kriegsverbrechen nach dem IStGH-Statut*, 2009. Además, el catálogo de los crímenes de guerra fue completado en la Conferencia de Estados Parte en Kampala/Uganda, lo que ha supuesto una mayor armonización entre el derecho penal estatutario y el derecho internacional consuetudinario.

30 Cf. art. 6º.a ETMI. La formulación del art. 6º.a ETMI fue adoptada casi literalmente en el art. 5º.a ETMILO.

31 Sobre este concepto restringido del crimen de agresión, cf. KREß, “ZStW”, 115 (2003), pp. 294, 305 y s.; STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 28ª ed., 2010, § 80, nº. m. 4; WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nº. m. 1431 y ss.

32 Así, se muestra ambiguo TOMUSCHAT, “Die Friedens-Warte”, 73 (1998), pp. 335-337. Críticamente sobre esta solución, SCHUSTER, “Criminal Law Forum”, 14 (2003), pp. 1 y 17; WEDGWOOD, “EJIL”, 10 (2000), pp. 93 y 105.

33 Sobre la regulación concreta acordada en Kampala, vid. KREß/von HOLTZENDORFF, “Journal of International Criminal Justice” 8 (2010), pp. 1179 y ss.; WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3ª ed. (2012), pp. 1455 y ss.

34 Sobre este “elemento internacional” de los crímenes internacionales, véase en detalle Lampe, en HIRSCH *et al.* (ed.), *Festschrift für Kohlmann*, 2003, pp. 147, 159 y ss.; WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nº. m. 99.

35 Cf. al respecto AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, § 7, nº. m. 174 y ss.

36 TMI, sentencia de 1/10/46, en *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, 1947, t.I, pp. 189, 277, 285 y s.

través del art. II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio<sup>37</sup>.

El genocidio adopta en este sentido un rol especial, dado que no puede entenderse inequívocamente como flanco penal de un ámbito de normas primarias del derecho internacional. No se protegen derechos de individuos, sino el derecho a existir de grupos determinados. El tipo comprende, por tanto, sólo aquellos ataques que se dirigen al individuo únicamente en razón de su pertenencia a un grupo determinado<sup>38</sup>.

### 3. *Non-state actors*

En relación con los crímenes nucleares del derecho penal internacional —exceptuando la agresión—, se impone en el futuro una precisión cuidadosa y ciertas ampliaciones de los tipos individuales, a modo de adaptación a las prohibiciones de conductas de los ámbitos de normas primarias. Además, surgen interrogantes concernientes al alcance de todos los crímenes internacionales y, con ello, en definitiva, del derecho penal internacional en su conjunto. En especial, permanece irresuelto el problema de si y en qué medida los crímenes del derecho internacional abarcan también los actos violentos de personas o grupos de personas, cuya conducta no puede ser imputada a un Estado o a un cuerpo territorial similar al Estado (los denominados *non-state actors*)<sup>39</sup>. ¿Pueden los miembros de empresas privadas de seguridad, pueden los terroristas cometer crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad? ¿Puede considerarse genocidio el hecho de individuos que actúan con el propósito de destrucción característico de aquél? ¿O deviene siempre necesario que la conducta esté inserta en un contexto de acción colectiva, en una política correspondiente o algo similar? Estas cuestiones tienen su correlato en la modificación pre-

viamente constatada de las formas de conflicto y en la flexibilización, ligada a dicha modificación, de los actores que ejercen violencia.

En la búsqueda de una respuesta, puede discutirse, en primer término, si las normas primarias en las que se basan los tipos penales internacionales rigen también respecto de actores no estatales<sup>40</sup>. Por otra parte, no será válido en la misma medida el argumento funcional a favor de la punibilidad en el plano del derecho internacional: la necesidad de una fundamentación supraestatal de la punibilidad a fin de superar la legalidad estatal que encubre la comisión de estos crímenes<sup>41</sup>. En el aspecto material, por el contrario, los sucesos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 han puesto de manifiesto que los ataques de actores no estatales sobre bienes jurídicos protegidos por el derecho internacional no se distinguen en su intensidad de los ataques estatales. Esta idea justifica, en todo caso, en el genocidio y en los crímenes contra la humanidad, como regla general, la extensión del tipo también a los actores no estatales<sup>42</sup>.

### 4. ¿Nuevos crímenes de derecho internacional?

La cuestión de si la piratería, el tráfico de estupefacientes o el terrorismo son punibles directamente y como tales, conforme al derecho internacional, es discutida y debe ser rechazada según el estado actual. Especial actualidad ostenta, sobre todo, la valoración en el derecho internacional de los actos terroristas<sup>43</sup>. Contra su clasificación como crímenes de derecho internacional se alega que estos delitos no pueden ser entendidos como refuerzo penal de un ámbito separado de normas primarias de derecho internacional. La regulación internacional del terrorismo, la piratería y el tráfico de estupefacientes, no supone una limitación

37 BGBI. 1954, II, p. 730. En la actualidad, están adheridos a la Convención ciento cuarenta y un Estados. Una vista general de los Estados signatarios está disponible en <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg\\_no=IV-1&chapter=4&lang=en#Participants](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en#Participants)> (último acceso en noviembre de 2009).

38 Al respecto, véase en detalle WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3ª ed., 2012, n.º. m. 757 y ss.

39 Cf. especialmente KREß, en HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht*, 2007, pp. 323 y ss., quien plantea en este sentido la cuestión de una "tercera generación" del derecho penal internacional.

40 Sobre la sujeción de los particulares a los derechos humanos del derecho internacional, cf., por ejemplo, ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, 2005; CLAPHAM (ed.), *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006; KREß, en HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht*, 2007, pp. 323, 381 y ss.

41 KREß, en HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht*, 2007, pp. 323, 380, 387 y ss.

42 Sobre la cuestión de si los crímenes contra la humanidad exigen la intervención de un Estado o una organización "similar a un Estado", de forma expresa WERLE/BURGHARDT, "Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik" 2012, pp. 271 y ss.

43 Cf., especialmente, STL, decisión de 16/02/2011 (Decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable, AC), 85 y ss., así como los comentarios todos ellos críticos de AMBOS, "Leiden Journal of International Law" 24 (2011), pp. 655 y ss.; GILLET/SCHUSTER, "Journal of International Criminal Justice" 9 (2011), pp. 989 y ss.; KIRSCH/OEHMICHEN, "Durham Law Review" 1 (2011), pp. 32 y ss.; SAUL, "Leiden Journal of International Law" 24 (2011), pp. 677 y ss.

de la soberanía estatal para la tutela de bienes jurídicos universales, sino una coordinación internacional para la protección de intereses estatales paralelos. Por esta razón, independientemente de la cuestión de su criminalización en el derecho internacional, estos delitos tienen una calidad diferente de los crímenes nucleares del derecho internacional mencionados anteriormente<sup>44</sup>. Una persecución penal de estos crímenes a través de tribunales internacionales puede, sin embargo, revelarse conveniente por razones prácticas (por ejemplo, en el caso de la piratería).

## 5. Implementación

Los cuatro tipos criminales nucleares constituyen derecho internacional imperativo, son por ello vinculantes para todos los sujetos del derecho internacional *erga omnes* e independientemente de su reconocimiento en el derecho internacional de los tratados<sup>45</sup>. Resulta consecuente, por lo tanto, que los tipos penales del derecho penal internacional sean progresivamente adoptados por el derecho estatal interno (implementación). Ciertamente que el derecho internacional no fundamenta ninguna obligación general al respecto<sup>46</sup>; de todas formas, se corresponde con la idea del derecho penal internacional el hecho de que los Estados adapten su derecho penal y se coloquen en situación de poder perseguir crímenes internacionales como tales<sup>47</sup>.

El proceso de implementación ha cobrado un nuevo impulso a través de la promulgación y entrada en vigor del ECPI. Muchos Estados han aprovechado la ocasión de la introducción del ECPI en el derecho estatal interno para ajustar los fundamentos jurídicos de la persecución de los crímenes internacionales al estado de desarrollo del derecho penal internacional<sup>48</sup>. Esto produce, en comparación con el pasado, un anclaje mucho más marcado del derecho penal internacional en los ordenamientos jurídicos estatales.

Al mismo tiempo, puede observarse una cierta fragmentación, que se origina con la modificación del derecho penal internacional en su implementación a nivel estatal interno. En la implantación del tipo de genocidio en el derecho interno, por ejemplo, algunos Estados han ampliado la definición de los grupos protegidos. Tales divergencias, que exceden el nivel de protección del derecho penal internacional, no resultan en principio problemáticas. Sin embargo, el instrumental fundado específicamente en su carácter de crímenes internacionales (por ejemplo, el principio de jurisdicción universal, la eventual revocación de inmunidad, etc.), sólo puede ser utilizado en la persecución penal para el ámbito actualmente criminalizado en el derecho internacional<sup>49</sup>.

## 6. La parte general del derecho penal internacional

Hasta la entrada en vigor del ECPI, la parte general merecía poca atención en los esfuerzos en pos de

44 Cf. sobre la punibilidad internacional del terrorismo como crimen independiente, las aportaciones en la edición especial del "Journal of International Criminal Justice", 4 (2006), pp. 891 y ss., compilada por Gaeta y Jeßberger; también DAMGAARD, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, 2008, pp. 392 y ss., 409 y s.; SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, 2006, p. 270. En discrepancia, en cambio, CASSESE, "Journal of International Criminal Justice", 4 (2006), pp. 933 y ss. Sobre la criminalización internacional de la piratería como tal, véase, por ejemplo, GAETA, en CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, p. 63.

45 Cf., HEINTSCHEL von HEINEGG, en IPSEN, *Völkerrecht*, 5ª ed., 2004, § 15, n.º. m. 55 y ss.; HERDEGEN, *Völkerrecht*, 11ª ed., 2012, § 16, n.º. m. 14.

46 Algo distinto rige en el ámbito de los crímenes de guerra. En el art. 146, párr. 4º de la IV CG se halla la obligación contractual de promulgar "disposiciones penales adecuadas" para sancionar las graves violaciones de las convenciones de Ginebra. Cf. también el art. 4º de la Convención contra la Tortura.

47 Revelador en este contexto es el proceso por el traslado del presunto *génocidaire* Michel Bagaragaza del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a Noruega. El TPIR rechazó finalmente el traslado habida cuenta de que Noruega no hubiera podido, por falta del tipo correspondiente, acusar a Bagaragaza por genocidio, sino únicamente por homicidio. De este modo no se hubiera expresado adecuadamente el injusto penal internacional específico; cf. TPIR, sentencia de 19/5/06 (Tribunal de Juicio, "Bagaragaza"), párr. 16; confirmada por TPIR, sentencia de 30/8/06 (Cámara de Apelaciones, "Bagaragaza"), párr. 16.

48 Sobre la implementación del derecho penal internacional material, cf., en extenso, ESER/KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, ts. 1 y 2, o ESER/SIEBER/KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, t. 3 y ss.; así como, resumidamente, AMBOS, en JEHLE/LIPP/YAMANAKA (eds.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht*, 2008, pp. 223-236.

49 Es cuestionable, por lo tanto, que el tipo de genocidio se amplíe en la legislación o la jurisprudencia estatal y, simultáneamente, se establezca el principio de justicia universal; cf., por ejemplo, Estonia (§ 8 del Cód. Penal estonio) y España (art. 23, párr. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, versión anterior). Una investigación de la jurisprudencia y la legislación española, entre otras, se encuentra en REYDAMS, *Universal Jurisdiction*, 2003, pp. 183 y ss.

una codificación del derecho penal internacional. En primerísimo plano se ubicaba lo más importante desde el punto de vista práctico: las descripciones de las conductas punibles, los crímenes contra el derecho internacional. Una vez que el principio de punibilidad internacional directa había adquirido validez en el derecho internacional consuetudinario y que las definiciones de los crímenes internacionales nucleares se habían consolidado considerablemente, ocupó el primer plano la codificación de principios generales de la imputación de responsabilidad de derecho penal internacional. A diferencia de los estatutos del TMI y de los tribunales penales internacionales erigidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en la tercera parte del ECPI se encuentran ahora cláusulas extensas acerca de los “principios generales del derecho penal” (*general principles of criminal law*), que conforman el núcleo de una parte general independiente del derecho penal internacional<sup>50</sup>.

La ulterior precisión de estos principios generales es uno de los desafíos centrales de la jurisprudencia y la ciencia en el ámbito del derecho penal internacional. No obstante, los progresos alcanzados en los últimos años en la dogmatización del derecho penal internacional resultan ya hoy considerables. Entretanto, con todas las deficiencias, puede hablarse merecidamente de un sistema de derecho penal internacional propio, que alberga elementos de diferentes tradiciones de derecho penal y los conecta con figuras jurídicas originales del derecho penal internacional en un todo coherente<sup>51</sup>. En el marco de este proceso de dogmatización, se articula cada vez más claramente la influencia del pensamiento jurídico-penal europeo continental, en especial del alemán.

#### IV. La aplicación del derecho penal internacional

##### 1. Hacia un *ius puniendi* de la comunidad internacional

Un tercer plano se relaciona con la aplicación del derecho penal internacional. Se trata de determinar

a quién le corresponde la competencia de perseguir los crímenes de derecho internacional, de comprobar su existencia y, por esa razón, de imponer y ejecutar sanciones penales. Dado que solo mediante una realización efectiva del derecho penal internacional se hace sentir la limitación normativa del campo de acción estatal, la cuestión de la competencia para la persecución penal afecta a la soberanía estatal de forma sensible. Incluso los Estados que reconocen como regla tales limitaciones normativas y su refuerzo en el derecho penal internacional, han cuestionado no pocas veces la competencia para la persecución penal de instituciones internacionales o de otros Estados.

Fueron las potencias vencedoras aliadas quienes por primera vez, después de la Primera y la Segunda Guerra Mundial, formularon pretensiones penales internacionales. Tanto el Tratado de Versalles como los Acuerdos de Londres y el ETMILO permiten reconocer que las potencias vencedoras actuaban allí sobre todo por sí mismas y no tanto como representantes de la comunidad internacional. Prioritariamente, el poder penal en esos casos fue derivado aún de la consternación inmediata de las potencias vencedoras frente a los crímenes internacionales a sancionar<sup>52</sup>. Sin embargo, particularmente en el Acuerdo de Londres, se encuentran formulaciones que van más allá de esta fundamentación y que insinúan que las potencias vencedoras pretenden actuar al mismo tiempo en interés de la comunidad internacional en su conjunto, corporizada a través de las Naciones Unidas<sup>53</sup>. El paso hacia una fundamentación del poder penal originariamente internacional lo dieron las Naciones Unidas con el establecimiento de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Los tribunales son legitimados como órganos subsidiarios (*subsidiary organs*) en interés de la realización de medidas para “mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”<sup>54</sup>; su fundamento jurídico es una resolución del Consejo

50 En la tercera parte del ECPI se encuentra buena parte, aunque no la totalidad, de las reglas de la parte general que la CPI puede aplicar. Complementariamente se debe acudir, sobre todo, a las reglas que son parte integrante del derecho internacional consuetudinario; cf., por ejemplo, art. 21 ECPI.

51 Sobre un primer intento omnicompreensivo de “dogmatización”, cf. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002. El surgimiento de un sistema penal propio en el plano del derecho penal internacional es analizado también en BURGHARDT, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2008; JESSE, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts*, 2009.

52 Cf. especialmente el art. 229 del Tratado de Versalles. A ello también apunta el significado que el tratado londinense de las cuatro potencias asigna al “lugar del hecho geográficamente determinable”; cf. art. 1º del Acuerdo Cuatripartito de Londres.

53 Así, en el Acuerdo Cuatripartito de Londres se dice que las potencias victoriosas aliadas actuaban al celebrarlo “en interés de todas las Naciones Unidas” (“in the interests of all the United Nations”).

54 Cf. art. 39 de la Carta de la ONU.

de Seguridad, conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas<sup>55</sup>.

Como regla, la CPI no extrae su poder originariamente del derecho internacional, sino que lo deriva del poder penal de los Estados Parte del Estatuto de Roma. El tribunal, por lo tanto, no es automáticamente competente para enjuiciar todos los crímenes internacionales que se cometan en algún lugar del mundo. La competencia del tribunal, más bien, presupone en esencia que el hecho haya sido cometido en el territorio de una parte contratante o que el autor sea originario de un Estado Parte<sup>56</sup>. E incluso bajo estos presupuestos, el tribunal aparece en escena sólo cuando los tribunales penales de los Estados individuales fracasan en la persecución de los crímenes internacionales, porque no están dispuestos a o en condiciones de perseguirlos (principio de complementariedad)<sup>57</sup>. La CPI, en cambio, ejerce el poder penal fundado directamente en el derecho internacional cuando actúa con base en una remisión por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>58</sup>.

## 2. El principio de jurisdicción universal

Las pretensiones de persecución penal de los Estados particulares pueden fundarse a primera vista sin problemas en conexión con el lugar del hecho (principio de territorialidad), la nacionalidad del autor (principio de personalidad activa) o de la nacionalidad de la víctima (principio de personalidad pasiva)<sup>59</sup>. Junto

con ello, la competencia penal puede basarse en el principio de jurisdicción universal o mundial, es decir, en la idea de que los crímenes internacionales se dirigen contra los intereses comunes de la comunidad de Estados y, por ello, también contra los intereses de cada Estado individual como parte de esa comunidad jurídica<sup>60</sup>. En su forma amplia, no obstante, este principio conduce a una concurrencia mundial de las potestades de persecución penal para los crímenes internacionales: cada Estado puede perseguir penalmente tales crímenes, independientemente del lugar de comisión. Por esta razón, es menester un derecho de colisión que ordene estas competencias penales concurrentes y resuelva conflictos jurisdiccionales<sup>61</sup>. A nivel de derecho interno, además conlleva una sobrecarga para las autoridades de persecución penal nacionales, sobretudo si existe un deber de persecución penal (principio de legalidad). En conclusión, pese a ser en esencia jurídicamente correcto, el principio de jurisdicción universal se muestra necesitado de una restricción. De otro modo, incluso considerando la resistencia política especialmente vehemente contra la persecución penal sobre la base del principio de jurisdicción universal, se corre el riesgo de una evidente separación entre la pretensión normativa y la viabilidad práctica. Un desfase semejante, por su parte, debería deteriorar a su vez su validez jurídica. Países como Bélgica y recientemente España, que durante un tiempo reconocieron el principio de jurisdic-

55 Para el TPIY: UN Doc. S/RES/827 (1993); para el TPIR: UN Doc. S/RES/955 (1994). Sobre la viabilidad de este fundamento jurídico, cf. TPIY, sentencia de 10/8/95 ("Tadić", TC), párr. 1º y ss.; asimismo, AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, 1999, p. 242; TOMUSCHAT, "Europa-Archiv", 1994, ps. 61 y 64. Críticamente, SCHMALENBACH, "AVR", 36 (1998), pp. 285 y 289.

56 Cf. arts. 12, párrs. 2º y 3º ECPI; sobre los problemas del reconocimiento de la jurisdicción por Estados que no son partes contratantes, FREELAND, "Nordic Journal of International Law", 75 (2006), pp. 211 y ss.; STAHN/EL ZEIDY/OLÁSOLO, "AJIL", 99 (2005), p. 421; STAHN, "Nordic Journal of International Law", 75 (2006), pp. 243 y ss.

57 En detalle al respecto, por ejemplo, BENZING, "Max Planck Yearbook of United Nations Law", 7 (2003), pp. 591 y ss.; CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005; EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, 2008; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008; WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nº. m. 262 y ss.

58 Cf. art. 13 (b) ECPI. Al respecto, véase KURTH, *Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofes zum UN-Sicherheitsrat*, 2005, pp. 61 y ss.; WILLIAMS/SCHABAS en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008, art. 13, nº. m. 16 y ss.

59 Para una síntesis sobre los principios del derecho de aplicación penal, cf. WERLE/JESSBERGER, en LAUFHÜTTE/RISSING-van SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12ª ed., 2007, previo al § 3, nº. m. 216 y ss.

60 Cf. *Supreme Court of Israel*, sentencia de 29/5/62 (Eichmann), ILR 36 (1968), ps. 277, 304; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, § 3, n. m. 92, § 4, nº. m. 20; WERLE/JESSBERGER, en LAUFHÜTTE/RISSING-van SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12ª ed., 2007, previo al § 3, nº. m. 239; ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, p. 83.

61 AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, § 4, nº. m. 9 y ss.; WERLE/JESSBERGER, en LAUFHÜTTE/RISSING-van SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12ª ed., 2007, previo al § 3, nº. m. 45 y ss.

ción universal de forma casi ilimitada, han adecuado su derecho a esta situación<sup>62</sup>.

El legislador alemán, si bien ha previsto el principio de jurisdicción universal puro en el § 1 del Código Penal Internacional (VstGB), ha acompañado esta regulación con una regla procesal más flexible en el § 153f de la Ordenanza Procesal Penal (StPO), según el cual las autoridades encargadas de la persecución penal pueden prescindir de una persecución penal cuando falte una relación interna o cuando existan persecuciones penales prioritarias<sup>63</sup>. En consecuencia, se aferra en lo fundamental a la validez del principio de jurisdicción universal, pero al mismo tiempo reconoce la subsidiaridad de las persecuciones penales sustentadas únicamente en él y toma en consideración puntos de vista de la praxis jurídica. Esta solución se muestra como un modelo capaz de indicar el futuro, en la medida en que, en el caso concreto, no se pierda de vista por meras consideraciones políticas el fin normativo de la evitación ubicua de la impunidad<sup>64</sup>.

### 3. El problema de la aplicación selectiva del derecho penal internacional

En la práctica, esta posición escéptica de los Estados ha conducido a que la aplicación del derecho penal internacional permanezca hasta hoy como una excepción. A una persecución penal de los crímenes internacionales se ha llegado esencialmente en tres supuestos. Así ha sucedido cuando el Estado del lugar del hecho y el Estado de origen del autor concibieron la persecución penal como una tarea propia; cuando los Estados víctima o terceros Estados interesados pudieron lograr

acceso al autor de nacionalidad extranjera, y, finalmente, cuando se lograron formular pretensiones internacionales de persecución penal y crear los tribunales penales internacionales correspondientes a tal efecto.

Un cuarto supuesto, que se ha extendido crecientemente en la última década, es la institución de tribunales híbridos, que combinan elementos de una persecución penal por parte del Estado de origen del autor con elementos de un tribunal penal internacional<sup>65</sup>.

Hasta ahora, la sanción de los crímenes internacionales ha tenido lugar, sobre todo, cuando no eran de temerse costes políticos demasiado grandes; y ello con independencia de si la persecución se verificó a través de tribunales penales estatales, internacionales o híbridos. En consecuencia, una aplicación efectiva del derecho penal internacional se ha logrado, por regla general, tan sólo después de la caída o la derrota militar del régimen responsable de la comisión de los crímenes, o respecto de Estados débiles. Los Estados suficientemente fuertes, en cambio, han podido hasta el momento sustraerse a la aplicación del derecho penal internacional.

La unilateralidad de la aplicación resultó especialmente evidente cuando el derecho penal internacional fue aplicado después de la finalización de un conflicto militar. Sólo fueron enjuiciados entonces los crímenes de los perdedores, no los de los vencedores. Así, tanto después de la Primera como de la Segunda Guerra Mundial, no se discutió seriamente la sanción de los crímenes internacionales de las potencias vencedoras<sup>66</sup>. También la actividad de los Tribunales Penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda presentan tales puntos débiles<sup>67</sup>. En la actualidad, cada vez se

62 Así, el art. 23, párr. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su versión vigente desde 2009, exige la presencia del autor en España, la nacionalidad española de la víctima o la existencia de otro punto de conexión relevante. Además, ni un tribunal internacional ni otro país competente deben haber incoado medidas de persecución penal efectivas.

63 Sobre el § 153f de la Ordenanza Procesal Penal, cf., por ejemplo, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, § 3, n.º. m. 99; SCHOREIT, en HANNICH (ed.), *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6ª ed., 2008, § 153 s.; WERLE/JEßBERGER, "JZ", 2002, pp. 725, 732 y s.

64 Cf. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, § 4, n.º. m. 21 y ss.; GROENIGER/KREICKER en ESER/KREICKER (ed.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Band 1: Deutschland*, 2003, pp. 259 y ss.; KREß, "ZIS", 13 (2007), pp. 515 y ss.; WEIGEND, en TRIFFTERER (ed.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, pp. 197, 209 y s. Sobre la aplicación del § 153f en la práctica, véase AMBOS, "NSIZ", 2006, pp. 117 y ss.; GIERHAKE, "ZStW", 120 (2008), pp. 375 y ss.; JEßBERGER, en KALECK *et al.* (ed.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, 2007, pp. 213 y ss.

65 Cf. al respecto, por ejemplo, los artículos en ROMANO/NOLLKAEMPER/KLEFFNER (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, 2004. Cf., además, von Braun, *Internationalisierte Strafgerichte*, 2008; Schulz, *Transitional Justice und hybride Gerichte*, 2009.

66 Cf. al respecto SAFFERLING, "Rechtsgeschichte", 14 (2009), pp. 148, 152 y ss.; TOMUSCHAT, "Journal of International Criminal Justice", 4 (2006), pp. 830, 832 y s.; WEINKE, *Die Nürnberger Prozesse*, 2006, p. 57.

67 Así, el TPIR ha investigado hasta el momento exclusivamente los crímenes del gobierno anterior, no en cambio posibles crímenes internacionales del ejército victorioso de los exiliados TUTSI. Cf. al respecto, REYDAMS, "Journal of International Criminal Justice", 3 (2005), pp. 977 y ss. El TPIY ha perseguido ciertamente los crímenes de las partes en conflicto serbias, croatas y bosnias; sin embargo, según la declaración de la ex fiscal jefe Carla del Ponte, posibles crímenes de guerra han permanecido sin investigación minuciosa como consecuencia de una amplia política de obs-

hacen oír más voces que lamentan que las situaciones de las que se ha valido la CPI para la apertura de un proceso de investigación involucren hasta el momento exclusivamente a Estados africanos, a saber —hasta la fecha— la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Kenia, Libia, Sudán y Uganda<sup>68</sup>.

Los reproches, derivados de estas observaciones, de que bajo el pretexto del derecho penal internacional se lleva adelante en realidad una justicia arbitraria de los vencedores o —en el último tiempo— una política neocolonialista por parte de occidente, deben ser no obstante desestimados. Los ejemplos históricos de persecución de crímenes internacionales revelan a las claras que el derecho penal internacional, pese a su selectividad, en modo alguno ha equivocado el blanco. En relación con la actividad de persecución de la CPI, cabe consignar que en los casos de la República Democrática del Congo, Uganda y la República Centroafricana, el Fiscal ha actuado sobre la base de los denominados *self-referrals*, es decir, a partir del requerimiento de estos propios Estados; en el caso de Sudán y de Libia, lo hizo a partir de la transferencia de estas situaciones para la investigación a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>69</sup>. Incluso en aquellos casos en los que el Fiscal inició la investigación *motu proprio*, los estados implicados habían solicitado previamente el apoyo de la CPI. En ninguna de estas situaciones puede afirmarse que el comportamiento del Fiscal incluya una línea de persecución exclusiva contra los Estados africanos. Además, el reproche de que la actividad investigadora, hasta ahora circunscripta a Estados africanos, expresa una interpretación política colonialista, ha encontrado eco desde que resulta notorio que las investigaciones de la CPI en esos países pueden dirigirse contra todas las partes en conflicto y, con ello, también contra el propio gobierno remitente; en el caso de

Sudán, la intervención de la CPI condujo al resultado, para algunos políticamente incómodo, de la expedición de una orden de detención contra el presidente en ejercicio Omar Al Bashir<sup>70</sup>.

De cualquier manera, hay que admitir que la aplicación selectiva debilita la legitimación del derecho penal internacional en el plano discursivo. Si a largo plazo continúa el desfase entre la aplicación real del derecho y la idea de la universalidad que impregna el derecho penal internacional, será la propia idea la que pierda fuerza persuasiva. Precisamente porque el derecho penal internacional se alimenta de forma intensa de su intuitiva rectitud moral es por lo que semejante déficit de legitimación amenaza con serios peligros. Por lo tanto, resulta menester que, aun cuando en el futuro sólo prospere una persecución penal de crímenes internacionales respecto de Estados débiles, la pretensión de validez universal sea siempre mantenida en pie, incluso en los casos en que la aplicación no sea posible tomando en consideración las realidades políticas<sup>71</sup>.

#### V. El derecho penal internacional en el año 2050

Con ello han sido esbozadas las líneas de desarrollo esenciales del derecho penal internacional y se han expuesto varios problemas actuales, junto con las tendencias que señalan el futuro. Resulta evidente que se encuentra muy avanzada la diferenciación de los ámbitos de normas primarias. El principio de soberanía estatal —hacia dentro y hacia fuera— ha experimentado aquí numerosas rupturas y limitaciones. También el derecho penal internacional, como una materia jurídica que sirve a hacer efectivas estas sumisiones<sup>72</sup>, se encuentra ya en un estadio avanzado de su proceso de desarrollo normativo. El verdadero campo de batalla tiene lugar, sin duda, en el plano de la aplicación. Aquí se articulan de forma aún más desinhibida las bien conocidas resistencias y reservas contra el derecho penal internacional. Pese a una consolidación institucional de la justicia

trucción dentro y fuera del tribunal. Véase DEL PONTE, *Im Namen der Anklage: Meine Jagd auf Kriegsverbrecher und die Suche nach Gerechtigkeit*, 2009, pp. 85 y ss. Al respecto, cf. también MASSA, "Berkeley Journal of International Law", 24 (2006), pp. 610 y ss.

68 Cf., por ejemplo, GOLDSTON, "Equality of Arms Review", 2 (2009), pp. 1, 3 y s.

69 Sobre los *self-referrals*, instructivamente, KREß, "Journal of International Criminal Justice", 2 (2004), pp. 944 y ss. Sobre la transferencia de la situación DARFUR, véase CONDORELLI/CIAMPI, "Journal of International Criminal Justice", 3 (2005), pp. 590 y ss. Sobre la transferencia de la situación en Libia, vid. AKANDE, "Journal of International Criminal Justice" 10 (2012), pp. 299 y ss.; STAHN, "Journal of International Criminal Justice" 10 (2012), pp. 325 y ss.

70 CPI, sentencia de 4/3/09 ("Al Bashir", PTC). En detalle, véase al respecto BURGHARDT/GENEUS, "Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik" 2009, pp. 126 y ss.

71 Con respecto a los problemas de legitimación del derecho penal internacional como consecuencia de su aplicación selectiva, véase también CRYER, *Prosecuting International Crimes*, 2005, pp. 191 y ss.; DAMAŠKA, "Chicago-Kent Law Review", 83 (2008), pp. 329, 360 y ss.; SAFFERLING, "Rechtsgeschichte", 14 (2009), pp. 148, 152 y ss.

72 Otros instrumentos del derecho internacional que sirven al cumplimiento de las normas primarias, a partir del ejemplo del derecho de mantenimiento de la paz y del derecho de los conflictos armados, muestra también Bothe, en Buffard *et. al.* (ed.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift Hafner*, 2008, pp. 141, 143 y ss.

internacional penal, no puede, por lo tanto, hablarse de la garantía de una concreción uniforme y confiable del derecho penal internacional. Actualmente, más bien, prevalece todavía la impresión de un desorden polifónico, en el cual los poderosos —incluso fuera de sus Estados— consiguen sustraerse a la persecución penal.

¿Cómo va a continuar este desarrollo? ¿Cómo se encontrará el derecho penal internacional en el año 2050? ¿Podrá el sistema de justicia penal internacional evolucionar hacia una completa realidad? ¿O permanecerá la persecución de las violaciones más graves del derecho internacional como un breve episodio en la historia de la humanidad, como un fenómeno que pronto desaparecerá nuevamente? Esto no se puede descartar, pese a todos los progresos alcanzados en las últimas dos décadas. Precisamente la inconsistencia en el desarrollo del derecho penal internacional muestra cuán frágiles son las conquistas una vez obtenidas. En diez o quince años habrán finalizado su trabajo todos los tribunales penales *ad-hoc* y los tribunales mixtos nacionales-internacionales. Posiblemente permanecerá sólo la institución de la CPI. Frente al agravamiento de la escasez de recursos, es imaginable que los Estados persigan de nuevo progresivamente sus intereses, sin aceptar sujeciones normativas. Más probable que una desaparición, resulta en este caso una degeneración del derecho internacional y, con ello, también del derecho penal internacional. En lugar de como orden de valores universal vinculante y, por lo tanto, como criterio de control del ejercicio del poder, el derecho internacional sería concebido de nuevo preponderantemente como un simple medio para la realización de los intereses de los Estados. Para el derecho penal internacional quedaría un lugar como instrumento retributivo, mediante el cual los vencedores de la historia legitiman su castigo de los derrotados. La CPI operaría en tal escenario en gran medida aislada, en un entorno orientado escéptica o, incluso, hostilmente a su respecto. Si bien no es de esperar que los Estados cesen completamente su asistencia a la Corte, la falta de financiación crónica y la dotación deficiente de personal podrían mantenerla amarrada, de modo tal que se desmoronaría como contrapeso y órgano de control de la persecución de

los intereses estatales. En otras palabras: la unilateralidad y el condicionamiento político en la aplicación del derecho penal internacional no serían solo un déficit, sino un programa. El rumbo de la evolución, sin embargo, es actualmente otro, es decir, una progresiva constitucionalización del derecho internacional y, consecuentemente, un cerramiento del sistema jurídico internacional. Esto significa esencialmente que, aunque todavía el proceso de producción jurídica del derecho internacional viene determinado por los Estados en tanto actores más importantes, los órganos judiciales internacionales se emancipan gradualmente de los Estados, de modo que se hace posible una duradera liberación en la aplicación del derecho respecto de imperativos políticos. Para el derecho penal internacional, entonces, podría configurarse un sistema de persecución penal de crímenes internacionales de varios planos, en el cual cooperen coordinada e ininterrumpidamente los tribunales penales internacionales, los tribunales penales nacionales del Estado del lugar del hecho y del Estado de origen, así como los de terceros Estados, y tribunales mixtos nacionales-internacionales. En este sistema de varios planos, la prioridad ha de tenerla, convenientemente, la persecución penal a través del Estado del lugar del hecho o del Estado de origen del autor<sup>73</sup>. El principio de subsidiariedad asegura ante todo una evaluación de estos esfuerzos nacionales en la persecución penal por parte de la CPI, según los estándares del derecho internacional<sup>74</sup>. Si impedimentos estructurales ponen en riesgo de forma considerable la persecución penal a través del Estado de origen o de aquel del lugar del hecho, entra en consideración un auxilio internacional a la justicia estatal. Esta asistencia puede adoptar formas flexibles, entre ellas, la institución de tribunales penales híbridos<sup>75</sup>. Solo cuando no se logre la persecución penal por parte del Estado de procedencia o del Estado del lugar del hecho, se evaluaría una persecución penal a través de la CPI o de terceros Estados basada en el principio de justicia universal. En este supuesto, debido a su mayor legitimidad y sus mejores recursos, tendría prioridad la persecución penal por parte de la CPI, aunque, desde un punto de vista práctico, debería circunscribirse a los principales respon-

73 Asimismo, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, § 4, n.º. m. 12; BEHRENDT, *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte*, 2005, pp. 297 y ss.; GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, pp. 288 y ss.

74 Desde la perspectiva del análisis de la gobernanza, cf. BURCHARD, *Die Friedens-Warte*, 2008, pp. 73, 99 y ss.

75 Cf. también MÉGRET, "Cornell International Law Journal", 38 (2005), pp. 725 y ss. De otro punto de vista, SAFFERLING, "Rechtsgeschichte", 14 (2009), pp. 148 y 157, quien considera los tribunales penales híbridos como un fenómeno de transición.

sables del crimen<sup>76</sup>. La posibilidad de que terceros Estados persigan crímenes internacionales sobre la base del principio universal cumple fundamentalmente dos funciones en este sistema de varios planos: por un lado, garantiza la posibilidad de persecución respecto de crímenes para cuya sanción, independientemente del principio de subsidiariedad, no tenga competencia la CPI. Por el otro, los terceros Estados están facultados, por la vía de la cooperación jurídica anticipada, a apoyar la promoción de pretensiones prioritarias de persecución penal y a llevar a cabo diligencias de investigación, tan pronto como éstas auguren perspectivas concretas de éxito, por ejemplo, porque los imputados de un crimen internacional se hallan en el tercer Estado<sup>77</sup>.

Deseable se muestra solamente el segundo escenario. Las instituciones esenciales para un sistema inter-

nacional de varios planos orientado a la persecución de crímenes internacionales ya existen. Quien pretenda desacreditar el funcionamiento de un sistema semejante como una utopía distante de la realidad, olvida que el paso verdaderamente revolucionario ya ha sido dado: la institución de la CPI. El presupuesto para un éxito sustentable es, ciertamente, que la Corte experimente un reconocimiento cuanto menos aproximadamente universal. No obstante, es claro también que la llave del éxito permanece en manos de los Estados, quienes son proclives a calificar tal logro como algo especialmente ajeno a la realidad. Las tareas de los Estados Parte continúan siendo, de momento, acentuar permanentemente la pretensión de validez universal del derecho penal internacional, publicitar este sistema y respaldar a la CPI en sus esfuerzos de persecución penal

76 De modo análogo, JEBBERGER, en CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, pp. 214 y s. Véase, asimismo, el comunicado respectivo del fiscal de la CPI de septiembre de 2003, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, disponible en [http://www.iccpi.int/library/organs/otp/030905\\_Policy\\_Paper.pdf](http://www.iccpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf), así como CPI, sentencia de 24/2/06 ("Lubanga Dyilo", PTC), párr. 50. Sobre la práctica del acusador hasta aquí véase SCHABAS, en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 229 y ss.

77 Cf. BEHRENDT, *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte*, 2005, pp. 300 y ss. Sobre la cooperación jurídica anticipada, véase, por ejemplo, BEULKE, en RIEß (ed.), *Löwe-Rosenberg Großkommentar StPO*, 26ª ed., 2008, apéndice al § 153f, n°. m. 42; KREß, "Journal of International Criminal Justice", 4 (2006), pp. 561, 576 y ss.; del mismo autor, "ZIS", 13 (2007), pp. 515-517; BT-Drs. 14/8524, p. 38.