

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Memoristas: María Angélica Fortt Zunzunegui
Hugo Mauricio Godoy Saravia
Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar
Santiago, Chile 2004

INTRODUCCIÓN . .	5
El Principio de legalidad . .	7
Antecedentes históricos del principio de legalidad . .	7
Fundamentos del principio de legalidad . .	8
Justificación externa del principio de legalidad: El fundamento histórico-político . .	10
Justificación interna del principio de legalidad: El fundamento jurídico . .	10
Consecuencias del principio de legalidad . .	12
Nullum crimen nulla poena sine lege stricta . .	12
Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta . .	18
Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia . .	21
Nullum crimen, nulla poena sine lege certa . .	26
El Derecho Internacional Penal . .	29
Algunas precisiones en torno al concepto «Derecho Internacional Penal» . .	29
El origen del término . .	29
¿Derecho penal internacional o internacional penal? . .	30
El concepto de Derecho internacional penal y la protección de bienes jurídicos . .	32
La naturaleza jurídica del Derecho Internacional Penal . .	34
El carácter doblemente subsidiario y de <i>ultima ratio</i> del Derecho internacional penal . .	35
El DIP y la responsabilidad penal individual . .	37
Los sistemas de aplicación del Derecho internacional penal . .	39
El sistema de aplicación indirecto y el principio de universalidad . .	40
El sistema de aplicación directo . .	45
El principio de legalidad ante el Derecho internacional penal . .	50
Planteamiento del problema . .	50
Los aspectos del principio de legalidad y el derecho internacional penal en general . .	50
Las fuentes del Derecho internacional penal y el principio <i>nullum crimen nulla poena sine lege</i> . .	50
El principio de irretroactividad en el Derecho internacional penal . .	59
El principio de tipicidad en el derecho internacional penal . .	61
El principio de legalidad ante el Estatuto de la CPI . .	64
<i>Nullum crimen sine lege</i> y prohibición de analogía. . .	65
La legalidad de las penas . .	65
El principio de irretroactividad . .	66
Chile y el derecho internacional penal . .	68
La recepción de las normas de Derecho internacional en la legislación nacional . .	68
La recepción del Derecho internacional general o común . .	68
La recepción del derecho Internacional convencional . .	70
La recepción de las normas de Derecho internacional penal en el Derecho chileno . .	72

La jerarquía en el Derecho interno de las normas de DIP y la interpretación del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución . .	72
La «autoejecutabilidad» de las normas de DIP y el principio de legalidad . .	80
CONCLUSIONES . .	82
BIBLIOGRAFÍA . .	86
LIBROS . .	86
ARTÍCULOS DE REVISTAS . .	88
TRATADOS Y OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES . .	90
DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS . .	91

INTRODUCCIÓN

Desde la Segunda Guerra Mundial a esta parte ha hecho aparición en el mundo un fenómeno jurídico nuevo, al cual se ha venido a denominar Derecho Internacional Penal, por haber nacido de la convergencia de dos disciplinas muy diferentes entre sí: el Derecho penal y el Derecho internacional.

La naturaleza jurídica «híbrida» o «dividida» de esta joven área de la ciencia jurídica, producida por lo contradictorio de las ramas madres que le dan origen, ha traído como consecuencia que existan un sinnúmero de puntos oscuros y poco desarrollados de su contenido, que han presentado más de una dificultad a la doctrina y a los órganos jurisdiccionales que han debido hacer aplicación de sus normas.

Uno de estos puntos, sobre el cual aún se discute, es el referido a la aplicación que en esta disciplina adquiere o puede adquirir uno de los principios fundamentales y fundantes de la ciencia jurídico-criminal: el Principio de Legalidad.

Este principio, nacido conjuntamente con el Estado liberal y democrático, cuya función es el servir de garantía al individuo frente a las posibles arbitrariedades del poder político, posee consagración expresa en un sector importante de los sistemas jurídicos del mundo, particularmente en aquellos que, como el nuestro, han seguido una tradición codificadora de su Derecho.

No obstante, pese a que hoy en día casi nadie discute la importancia y validez que este principio tiene para los ordenamientos internos de los Estados, llevado al ámbito criminal internacional, su aplicación se vuelve más compleja, habiendo autores que incluso niegan el hecho de que sus postulados deban ser respetados por el Derecho Internacional Penal, toda vez que, a su juicio, el principio en comento no es de aplicación global, sino que estaría limitado sólo a un conjunto de países, de tradición jurídica específica, y que por tanto su respeto no se puede imponer al conjunto de las naciones del orbe.

Como intentaremos demostrar en el curso de esta memoria, nosotros consideramos que el principio de legalidad, al menos en sus aspectos jurídicos más relevantes, sí tiene una aplicación global y por tanto, debe ser respetado imperativamente por el Derecho Internacional Penal.

Pero no sólo por su aplicación general creemos que el principio de legalidad debe ser considerado por el Derecho Internacional Penal, sino también porque, al igual que ocurre con el Derecho penal interno, éste implica, en cuanto a sus efectos, la posibilidad de que los individuos vean gravemente limitados sus derechos personales cuando osan transgredir las normas criminales internacionales, razón por la que se debe contar, necesariamente, con un mecanismo que impida que las disposiciones derivadas de esta disciplina puedan ser utilizadas arbitrariamente en contra de las personas.

En particular en esta memoria trataremos de dar respuesta a las siguientes inquietudes:

¿Se respeta efectivamente el principio de legalidad en la órbita del Derecho Internacional Penal?

¿Qué características especiales puede tener el principio de legalidad en el ámbito internacional?

¿Son válidas las normas de Derecho Internacional Penal ante las leyes chilenas?

Para resolver las anteriores preguntas se recurrirá al análisis y exposición de cuál ha sido la evolución histórica que este principio ha tenido en el Derecho Penal, las razones de su establecimiento y desarrollo. Asimismo, se expondrán las principales teorías que se han expresado por parte de los tratadistas del Derecho penal y cómo ellas se han plasmado en la consagración positiva de este principio por parte de los Estados.

A continuación, teniendo claras las características básicas del principio de legalidad, sus implicancias y extensión, pasaremos a exponer una relación básica de lo que el Derecho Penal Internacional es, sus fuentes, fundamentos y ámbito de jurisdicción.

Luego de establecido el marco teórico jurídico en torno al Derecho Penal Internacional y al Principio de Legalidad, se analizará en profundidad las principales teorías que existen en torno a la aplicación que este principio pudiera tener en el ámbito internacional, las críticas que respecto a su real respeto se han manifestado, así como la manifestación práctica que éste pudiera tener en las principales experiencias de jurisdicción penal internacional, directas e indirectas, que se han conocido en el pasado y en la actual Corte Penal Internacional.

Seguidamente, se analizarán las implicancias generales que el Derecho Internacional Penal tiene para nuestro país, los mecanismos necesarios para efectuar su recepción y el valor y jerarquía que sus normas tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en las conclusiones de esta memoria, se dará una visión personal de los autores en torno a la problemática presentada, y se intentará dar respuesta a las tres preguntas anteriormente planteadas.

El Principio de legalidad

Antecedentes históricos del principio de legalidad

Aún cuando tradicionalmente los autores se refieren al principio de legalidad a través de su formulación latina "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" parece dudoso afirmar que él, al menos en la forma que se le conoce actualmente, haya sido consagrado o desarrollado durante la vigencia del Derecho penal romano¹, el cual reconocía una multiplicidad de fuentes, entre las que se encontraban no sólo la ley, sino también las constituciones imperiales, los senatus-consultos y la costumbre (e incluso se permitía la interpretación analógica y extensiva de las leyes)². Tampoco puede decirse que este principio fuese sancionado durante la vigencia del Derecho germánico, que como sabemos tenía un fundamento principalmente consuetudinario, y por tanto no legalista.

Otro antecedente al que se remite recurrentemente la doctrina como origen de la consagración del principio de legalidad, es el referido a la «*Magna Charta Libertatum*» otorgada por el rey Juan II de Inglaterra —Juan sin Tierra— en 1215, la cual estatúa en su artículo 39 que las sanciones frente a las personas libres sólo podrían ser impuestas «*per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*». No obstante, como señala Jiménez de Asúa, el atribuirle este carácter «fundante» a la Carta Magna Inglesa, no deja de ser un mito, bastante extendido por lo demás, que la moderna ciencia penal se ha encargado de develar³. En efecto, como posteriormente se ha demostrado, el mencionado artículo 39 tendría una referencia más bien a una garantía de orden procesal que penal, en cuanto exige la existencia de una actividad jurisdiccional, legitimada legalmente, previo a la imposición de alguna medida restrictiva de los derechos individuales.⁴

¹ En este sentido, Francisco Muñoz Conde, señala que para algunos autores se encontraría una manifestación del principio de legalidad en un texto del Digesto atribuido a Ulpiano, en el cual se establecía la máxima: "*Poena non irrugatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*". Sin embargo, el mismo autor a continuación se encarga de indicar que, además de ser poco clara la interpretación de dicho precepto, podrían a su vez invocarse otros muchos textos de la misma época en los cuales se establecen disposiciones absolutamente reñidas con el principio en comento, en los cuales, por ejemplo, se acepta la analogía y los *crimina extraordinaria* (Muñoz Conde, Francisco, "*Introducción Al Derecho Penal*", 2ª Edición, 2001, Editorial B de F Ltda. Montevideo, Uruguay, p. 138). También Jiménez de Asúa se manifiesta contrario a aceptar que en el derecho romano hubiese tenido expresión el principio de legalidad, y que aún cuando pudieren existir algunos visos de parentesco, como los invocados por Jerome Hall, entre el mentado principio y otros preceptos conocidos en aquella época, ellos se refieren a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no podría hallarse en éstas un auténtico origen del tema que nos ocupa. (Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", T. II, Segunda Edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Argentina, p. 384).

² Cf. Jiménez de Asúa, Luis, Ob. Cit., p. 385.

³ Cf. Jiménez de Asúa, Luis, Ob. Cit., p. 385.

⁴ En este sentido: Cf. Jescheck, Hans-Henrich y Weigend, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*» 5ª Edición, 2002, Editorial COMARES, Granada, p. 140; Mir Puig, Santiago, «*Derecho Penal, Parte General*», 5ª Edición, 1998, Editorial REPERTOR, Barcelona, España, p. 75; Yacobucci, Guillermo Jorge «*El Sentido de los Principios Penales: Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*», 1ª Edición, 2002, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, pp. 251-252; Muñoz Conde, Francisco, Ob. Cit., p. 138; y Jiménez de Asúa, Luis, Ob. Cit., pp. 385-386.

Aún cuando los anteriores ejemplos, y otros, pueden ser interesantes desde un punto de vista histórico, lo cierto es que no es sino hasta la aparición del estado liberal democrático que puede hablarse de la manifestación de un principio de legalidad en la forma en que ahora lo conocemos. Así, él se encuentra consagrado por primera vez en la Constitución de algunos Estados americanos en 1776 (Virginia, Maryland, Filadelfia), y luego en el Código Penal austríaco de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada en Francia en 1789. Posteriormente se incorporaría a la mayoría de los Códigos y Constituciones adoptados durante los siglos XIX y XX.⁵

El origen del principio de legalidad se encuentra en la teoría del contrato social, y con él lo que se buscaba era impedir que se siguieran cometiendo por parte del poder político abusos y arbitrariedades en contra de los individuos. Presuponía una organización política basada en la división de poderes, en que el establecimiento de la ley fuese una competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Como expresara Beccaria «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad».⁶

Hoy en día, el principio de legalidad se encuentra consagrado por la mayoría de las legislaciones occidentales, y él incluso ha pasado a formar parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que le consagra en su artículo 11; y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. 26).

Fundamentos del principio de legalidad

Como hemos señalado precedentemente, desde un punto de vista histórico el principio de legalidad nace como una forma de protección de los individuos frente al poder omnímodo del Estado. Como dice Roxin, «Un Estado de Derecho debe proteger no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal»⁷. En los hechos, esto significa que así como el Estado debe proveerse de mecanismos con vistas a evitar la comisión de delitos y sancionar a los responsables, cuando estos se hayan producido, también debe autoimponerse límites a su actividad punitiva, para evitar con ello que se cometan arbitrariedades en contra de los sujetos.

⁵ Sobre el particular Vid., Muñoz Conde, Francisco, «*Introducción Al Derecho Penal*», 2ª Edición, Montevideo, Uruguay, Editorial B de F, 2001, pp. 137 y ss., Jescheck, Hans-Henrich y Weigend, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*» 5ª edición, Granada, España. Editorial Comares, 2002, pp. 141 y ss., Mir Puig, Santiago, «*Derecho Penal, Parte General*», 5ª Edición, Barcelona, España. Editorial REPERTOR, 1998, pp. 75 y ss., Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, pp. 141 y ss., Etcheberry, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, pp. 77-78; Novoa Monreal, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, pp. 114-115.

⁶ Beccaria, Cessare «*Tratado de los Delitos y las Penas*». Madrid, España. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Ministerio de Cultura. Biblioteca Nacional, 1993

⁷ Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p. 137.

Se ha dicho que el Derecho penal es «una técnica de *definición, comprobación y represión* de la desviación»⁸, y en cuanto tal, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que le informa, se manifiesta en restricciones sobre las personas, que alcanzan no sólo a los individuos que incurran en una conducta ilícita o sean sospechosos de haberla cometido, sino también a los posibles «desviados» e incluso a muchos inocentes que debido a circunstancias que le son ajenas se pueden ver afectados, directa o indirectamente, por el sistema judicial penal.

Estas restricciones se presentan de tres maneras:

En la prohibición de determinados comportamientos señalados por la ley, lo cual limita la libertad de acción;

En el sometimiento a proceso penal de todo aquel que resulte sospechoso de haber cometido una infracción; y

En la represión o punición de todo aquel que resulte comprobado que ha cometido una violación a la ley.⁹

Ahora bien, en cuanto el Derecho Penal implica restricciones a la libertad de los individuos, requiere que ellas sean justificadas y se reduzca al mínimo posible su aplicación. Para ello es que se han establecido el principio de legalidad y el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Al ser la pena la consecuencia jurídica más grave de aquellas previstas por el ordenamiento jurídico, se exige al Estado que sólo recurra al Derecho Penal en los casos en que sea no sólo absolutamente necesario, sino que imprescindible, y cuando sean insuficientes las medidas menos graves contempladas por otras áreas del Derecho. Esto es conocido como el principio de intervención mínima del Derecho Penal, en virtud del cual éste sólo debe actuar en los casos de atentados graves en contra de los bienes jurídicos más importantes, debiendo abstenerse de intervenir en otras situaciones.¹⁰ Es decir, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* del ordenamiento positivo, que habrá de intervenir sólo cuando no haya otros medios jurídicos menos drásticos para regular y sancionar los hechos.

Para garantizar este carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, también se han debido buscar mecanismos que impidan que el Estado pueda hacer un uso injustificado del *ius puniendi* de que está investido, cometiendo arbitrariedades en contra de los individuos. Para ello se ha establecido el principio de legalidad, de acuerdo al cual la intervención punitiva de Estado debe regirse por el imperio de la ley, que es entendida como una expresión de la voluntad general de la sociedad.

La justificación de este principio se puede encontrar tanto en consideraciones externas, es decir, por referencia a principios que se encuentran fuera del ordenamiento jurídico positivo; como en consideraciones internas, o sea, que están referidas a principios normativos propios del Derecho, esto es, a criterios de valoración jurídicos o intra-jurídicos.¹¹

⁸ Ferrajoli, Luigi, «Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal», 5ª. Edición. Madrid, España. Editorial Trotta, 2001., p. 209.

⁹ Cfr. Ferrajoli, Ob. Cit., p. 209.

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco, «Introducción Al Derecho Penal», 2ª Edición, 2001, Editorial B de F Ltda. Montevideo, Uruguay. P. 107 y Gil Gil, Alicia, «El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales», Centro Francisco Tomás y Valiente: UNED Alzira-Valencia, 1ª Edición, 1999. Valencia, España. Pp. 17 y ss.

¹¹ Sobre justificación externa e interna en Derecho Penal vid. Ferrajoli, Ob. Cit., en particular, pp. 213 y ss.

Justificación externa del principio de legalidad: El fundamento histórico-político

Ya hemos visto que el primer fundamento del principio de legalidad se encuentra en la aparición del Estado liberal y en la protección de los individuos frente al poder omnímodo de éste. Con él lo que se ha pretendido es evitar que se repitan en la historia hechos tan jurídica y políticamente reprochables como las llamadas «*lettre de cachet*»¹², institución francesa consistente en cartas investidas del sello real, mediante las cuales se podía arrestar a una persona, privarle de algún derecho, etc., sin sujeción a proceso judicial alguno, sin acusación, sin defensa y sin apelación posible, e incluso sin pena determinada, por cuanto sólo dependía de la voluntad del rey el hacer cesar la sanción sobre el individuo que se hacía acreedor a uno de estos tan temidos documentos.

Es por ello que el principio de legalidad se basa hoy en día en la sujeción absoluta de los poderes del Estado a leyes formuladas en modo abstracto, fuera de las cuales no se pueden imponer delitos ni penas, con lo cual se pretende evitar las arbitrariedades.

En este caso, por ley debe entenderse aquella que es efectivamente creada por el órgano popular representativo (el Parlamento) y que se concibe como una manifestación de la voluntad soberana del pueblo. De esto se desprende otro aspecto que involucra y fundamenta a la intervención legalizada: la división de poderes. En virtud de ésta al juez se lo libera de la función de «crear» el Derecho, y se le reduce sólo a la facultad de aplicarlo. Asimismo, al poder ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición, con lo que se trata de evitar que cometa cualquier abuso por esta vía. Sólo el Parlamento, órgano representativo por excelencia, tiene la facultad de poder crear la ley penal, pero ello incluso con ciertas limitaciones, por cuanto este poder no puede ser aplicado de manera discrecional sino apegado a la coherencia interna de la legislación y a los mandatos superiores que se expresan en la Carta Fundamental.¹³

Así entonces, el principio de legalidad debe entenderse necesariamente vinculado a la existencia del Estado de Derecho, «entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales»¹⁴ o, de un gobierno *sub lege*, sometido a las leyes, no sólo en cuanto a las formas, sino también en cuanto a sus contenidos.

Justificación interna del principio de legalidad: El fundamento jurídico

La prevención general

Como partidario de la teoría de la «coacción psicológica», de acuerdo a la cual la pena ejerce sobre los ciudadanos un apremio que les hace abstenerse de cometer delitos, y que como tal es necesaria, Feuerbach planteaba que la ley penal debía describir previamente las conductas prohibidas y las penas con que habrían de sancionarse esas conductas, en miras a que con ello se evitara que los individuos las cometieran.

Aún cuando la teoría de la coacción psicológica hoy en día ha ido siendo abandonada, es este un fundamento del principio de legalidad que en modo alguno es baladí, por cuanto

¹² Foucault, Michel, «*La Verdad y las Formas Jurídicas*». Barcelona, España. Editorial Gedisa, 1996., pp. 108 y ss.

¹³ Roxin, Ob. Cit., pp. 144-145; Muñoz Conde, Francisco, «*Introducción Al Derecho Penal*», pp. 140 y ss.

¹⁴ Ferrajoli, Ob. Cit. p. 859.

con él se da respuesta a uno de los fines del derecho penal, el de la prevención general, en virtud del cual se pretende evitar que los sujetos cometan delitos, que es una exigencia social y de economía jurídica. Es decir, el Derecho penal también debe actuar *ex ante*, y no sólo *ex post*, cuando las conductas ya han sido realizadas y sólo para sancionarlas, y a ello colabora el principio de legalidad.

Como señala Roxin, «si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos».¹⁵

El principio de mera legalidad

Como vimos al hablar del fundamento histórico-político del principio de legalidad, éste está concebido para ser una medida de protección y garantía frente a las posibles arbitrariedades del poder político. En un primer aspecto, esto se traduce en la exigencia formal de que los delitos y las penas sólo puedan ser establecidos por ley, cuestión a la que se ha denominado reserva de ley o principio de mera legalidad.¹⁶ En virtud de esto, se les da un mandato a los jueces para que sólo puedan fallar los casos que se presenten a su conocimiento en base a lo que establezcan preceptos jurídicos positivos determinados, debiendo estar sometidos sólo a éstos en cuanto a su decisión, y a ningún otro poder. Como señala Ferrajoli, «el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, viene formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.»¹⁷

Así entonces, a través del principio de mera legalidad se les garantiza a los individuos el que no podrán ser juzgados en base a consideraciones políticas, morales, religiosas, personales, etc., de los jueces, sino que únicamente en base a preceptos jurídicos establecidos con antelación a ocurridos los hechos y de acuerdo a penas también preestablecidas.

El principio de estricta legalidad

Desde un punto de vista garantista, en un Estado de Derecho no basta con que se cumpla con las exigencias formales del principio de legalidad, es decir, que sólo mediante «leyes», emanadas del órgano representativo, puedan establecerse los delitos (principio de mera legalidad). Es además necesario que se de cumplimiento a las exigencias sustanciales de la legalidad, es decir, que en cuanto a su contenido las normas se encuentren al servicio de los derechos fundamentales de los individuos y no los lesionen.

El cumplimiento de esta exigencia se realiza a través del principio de estricta legalidad, en virtud del cual el legislador se encuentra obligado no sólo a dar sus mandatos en la forma de «leyes», sino que también en éstas debe recoger una determinada técnica legislativa que garantice que a través de sus contenidos no se vulneren los derechos de los sujetos. Como dice Ferrajoli, el principio de estricta legalidad «se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales

¹⁵ Roxin, Ob. Cit. p. 146.

¹⁶ Sobre el particular, vid. Ferrajoli, Ob. Cit.

¹⁷ Ferrajoli, Ob. Cit., pp. 34-35

referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter “constitutivo” antes que “regulativo” de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen en nuestro ordenamiento que persiguen a los “vagos”, los “vagabundos”, los “proclives a delinquir”, los “dedicados a tráficos ilícitos”, los “socialmente peligrosos” y semejantes».¹⁸

La determinación de los actos ilícitos debe remitir exclusivamente a las únicas acciones taxativamente establecidas por la ley, dejando fuera cualquier configuración ontológica (trascendental) o extra jurídica. “*Auctoritas, non veritas facit legem*” es la máxima que expresa este fundamento del derecho penal moderno, y que significa que «no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley, es lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo los comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto».¹⁹

Consecuencias del principio de legalidad

Tradicionalmente en la doctrina se han identificado cuatro consecuencias derivadas del principio de legalidad, las cuales, en mayor o menor medida, también han tenido expresión en la legislación positiva. Ellas se manifiestan en la forma de prohibiciones dirigidas al juez y al legislador:

dirigidas al juez: prohibición de analogía y prohibición de aplicar la costumbre como fuente para fundamentar o agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta et scripta*);

y al legislador: prohibición de retroactividad y prohibición de leyes indeterminadas e imprecisas (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia et certa*)²⁰.

A continuación nos avocaremos al tratamiento de cada una de dichas consecuencias, haciendo especial referencia a cual es su aplicación dentro de las leyes chilenas.

Nullum crimen nulla poena sine lege stricta

La primera consecuencia derivada de la aplicación del principio de legalidad es la prohibición de la analogía en materia penal, la que alcanza a todos los elementos determinantes del tipo: descripción de la conducta punible, fijación del grado de culpabilidad, sanción aplicable, etc.

Por analogía entendemos el que se decida un caso judicial para el cual no hay norma específica que lo regule, argumentando que él es similar a otros sí regulados por la ley

¹⁸ Ferrajoli, Ob. Cit., p. 35.

¹⁹ Ferrajoli, Ob. Cit., pp. 35-36

²⁰ Cfr. Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p. 140; Bacigalupo, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998, pp. 75 y ss.; y Yacobucci, Guillermo Jorge «*El Sentido de los Principios Penales: Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*», 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, pp. 261 y ss.

y con los que comparte un «espíritu común», o incluso en algunos casos, recurriendo a los fundamentos generales del ordenamiento jurídico para hallar un medio de enfrentar las conductas, aduciendo que el legislador habría actuado de la misma forma de haber podido tener en consideración el caso que debe ser juzgado.²¹

Según cual sea la norma a que se recurre para poder llenar la supuesta «laguna»²² que se produce cuando no hay una ley que regule un caso determinado, la analogía puede ser de dos tipos: legal (*analogía legis*), cuando lo que se aplica es un precepto legal determinado a un caso que aparentemente carece de regulación; y jurídica (*analogía juris*), cuando para resolver un caso no contemplado por la ley se recurre a varios preceptos o se mira al derecho positivo en su conjunto.²³

Analogía e interpretación

Como dice Roxin, hoy por hoy existe un acuerdo casi unánime en el mundo jurídico en torno a aceptar la interpretación como una herramienta imprescindible para la aplicación de justicia. Los jueces no son computadoras a las cuales se les puede introducir algunos datos y mediante unos comandos de teclado obtener un resultado concreto, en este caso una sentencia.

Para resolver un caso en materia penal es necesario aplicar exclusivamente la ley, pero ello no puede hacerse si no es a la luz de los antecedentes concretos que se reciban, ponderando en cada situación cómo estos han actuado y cuales son los elementos modificadores de la responsabilidad que pudieren existir. Pretender que el juez aplique mecánicamente la ley a las situaciones específicas que se le presenten es imposible, pues

²¹ En la doctrina podemos encontrar múltiples definiciones de la analogía. Así para Manzini la analogía «consiste en asignar regulación jurídica a un caso no regulado ni explícita ni implícitamente por la ley, confrontándolo con otro similar, objeto de una norma de ley, y fundándose sobre aquel elemento de semejanza, que sirvió de base al legislador para establecer la norma misma» (Manzini, Vincenzo, «*Tratado de Derecho Penal*», Tomo I, Volúmen I. Buenos Aires, Argentina. Ediar Editores, 1948, p. 402.); por su parte Jiménez de Asúa, señala que la analogía consiste «en la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en su conjunto. Mediante el procedimiento analógico se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar» (Jiménez de Asúa, Luis «*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*», 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hermes, 1954, pp. 132-133; Para Roxin, «la analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)» (Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p. 140). En el ámbito nacional también algunos autores han definido a la analogía, así para Cury «la analogía supone aplicar la ley a un caso para el cual no ha sido dada, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaba destinada a regir» (Cury Urzúa, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1992, p. 180; y para Novoa, «Analogía es la aplicación de la norma que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho que la ley no contempló, pero que guarda semejanza con el primero» (Novoa Monreal, Eduardo «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, p. 148).

²² Como veremos más adelante, en materia penal no es propio hablar de la existencia de «lagunas», puesto que si no hay norma que penalice una determinada conducta ella se encuentra entonces permitida, puesto que no existen más actos ilícitos que aquellos que determina expresamente la ley.

²³ Cfr. Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p. 140; Puig Peña, Federico, «*Derecho Penal*», Tomo I, Volumen I, 5ª edición. Barcelona, España. Ediciones Nauta, 1959, p. 229; Jiménez de Asúa, Luis «*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*», 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hermes, 1954; Novoa Monreal, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, pp. 148-149; Etcheberry, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, p. 112.

incluso los conceptos que la propia ley usa generalmente, en mayor o menor medida, admiten diversos significados, siendo el juez quien decida, en definitiva, cual es el más adecuado frente al caso que se le expone. Y esto último ocurre «no sólo en los conceptos normativos, es decir, que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v. gr. “injuria” (§185), sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de “hombre (ser humano)” (§212): Así, la cuestión de si alguien sigue siendo un ser humano, o es ya un cadáver, cuando se ha extinguido su cerebro pero aún funciona el aparato circulatorio, o la de si al comenzar los dolores del parto, en un determinado momento, alguien sigue siendo un feto o es ya un ser humano, es algo que no está exactamente prefigurado por el tenor literal de la ley»²⁴, y será el juez, por tanto, quien tendrá que optar, de entre todas las opiniones existentes sobre la materia, cual es la más adecuada y en base a ella dictar sentencia.

Así entonces, tenemos que previo a aplicar la ley el juez necesita comprenderla²⁵ y aprehenderla, hacerla suya, determinar de entre los significados posibles cual es el más adecuado, para una vez hecho esto impartir justicia. Mediante la interpretación se adapta la norma legal a la realidad, se determina su sentido y alcance frente a situaciones jurídicas concretas. La interpretación es sobre todo una atribución de sentido o de significado, la fijación del alcance de la ley. Por tanto, sólo una vez que se ha hecho el proceso hermenéutico es posible hablar de una ley «determinada», que posee una claridad excluyente de dudas, y que está lista para ser aplicada.²⁶

Ahora bien, la diferencia entre la interpretación (permitida) y la analogía (prohibida) estriba en que, en la primera, la norma existe, es decir, el caso determinado se encuentra efectivamente comprendido por la ley, y lo que hace el intérprete es sólo elucidar el sentido de la norma, incluso en los casos de interpretación extensiva, cuando la ley posee deficiencias graves de redacción que le impiden tener una formulación clara y le toca al juez establecer el genuino alcance de ésta, o como dice Jiménez de Asúa «cuando el interprete cree que se debe ampliar el alcance de las palabras legales para que la ley corresponda al espíritu y voluntad del texto»²⁷. En cambio, en la analogía no hay texto legal que regule la situación, y es el juez quien constituye el derecho a través de la analogía.

En la analogía no es el legislador quien crea el derecho sino el juez, quien se instituye a sí mismo como legislador.

Establecer el límite entre la interpretación (fijadora del sentido real del texto legal) y la analogía (creadora de derecho), no es una cuestión sencilla, y que sin duda deberá determinarse caso a caso. No obstante, algunos autores han elaborado un principio más bien objetivo en base al cual establecer ese límite, el que se encontraría dado por «sentido literal posible» de la norma. De acuerdo con esto, al dictar la ley el legislador crea, con el tenor literal del precepto, un marco regulatorio dentro del cual la norma habrá de actuar y cuya fijación definitiva le corresponde al juez, quien, en su labor hermenéutica, no podrá

²⁴ Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p. 148.

²⁵ Cfr. Cury Urzúa, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1992, p. 160.

²⁶ Cfr. Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p.148.

²⁷ Jiménez de Asúa, Luis «*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*», 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hermes, 1954, p. 127.

ir más allá de lo que permite el sentido literal corriente del texto de la ley que interpreta²⁸. Bajo este presupuesto, analogía sería toda otra interpretación que escape a los límites de este sentido literal posible de la ley, o la aplicación de un precepto a un supuesto que no se encuentre comprendido en ninguno de los sentidos posibles que se desprenden del tenor literal de la norma, pero que es análogo a otro u otros si comprendidos en el texto legal.²⁹

Si de la interpretación de una norma en su «sentido literal posible» se deriva que ella no es aplicable a un caso determinado, entonces en dicha situación el juez se deberá abstener de seguir conociendo del caso y absolver al inculpado, aún cuando ello pudiera resultar odioso para su parecer, por considerar que el hecho si debería estar penado. No es al juez a quien le toca determinar qué es o no punible, sino al legislador. Como señala Jescheck: «si de la interpretación del sentido de la norma resulta una laguna que desde un principio es atribuible a la Ley (laguna primaria) o, posteriormente, a través de un cambio en las circunstancias (laguna secundaria), el juez penal debe absolver cediendo el paso al legislador.»³⁰

Finalmente, debemos aclarar que también hay que distinguir la analogía de la llamada «interpretación analógica», por cuanto esta última no es sino un método de razonar e interpretar la ley para descubrir su voluntad última, y como tal está permitida también en el ámbito penal. Incluso en algunas situaciones es la misma ley quien obliga al juez a utilizar esta forma de razonamiento, al señalar que ella deberá ser aplicada a los escenarios previstos y enumerados por su texto y también a «otros casos que sean análogos», a «situaciones semejantes», etc. Así, aún cuando aparentemente la ley no contemple un caso, frente a éste el juez deberá decidir si es similar o no a aquellos otros enumerados por ésta, y si lo es, deberá entonces aplicarle el precepto previsto. Pero aquí, como en la interpretación, incluida la extensiva, estamos siempre dentro del ámbito de determinar el alcance de una norma existente, no de crear una nueva.³¹

²⁸ «La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad. En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no “rige”. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.» (Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, pp. 149-150).

²⁹ Cfr. Mir Puig, Santiago, «*Derecho Penal, Parte General*», 5ª Edición, Barcelona, España. Editorial reppertor, 1998, pp. 86-87; Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, pp. 148-149; Bacigalupo, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998, p. 78; Yacobucci, Guillermo Jorge «*El Sentido de los Principios Penales: Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*», 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 279.

³⁰ Jescheck, Hans-Henrich y Weigend, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*» 5ª edición, Granada, España. Editorial COMARES, 2002, p. 144. (Compartimos el resultado previsto por el autor alemán, no obstante no estar de acuerdo con los presupuestos que utiliza para llegar a la conclusión descrita. En derecho penal no es propio hablar de la existencia de «lagunas», por cuanto, en este ámbito todo aquello que la ley no prohíbe se debe entender permitido, no existen zonas intermedias o neutras.

³¹ Bacigalupo, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998, p. 80; Yacobucci, Guillermo Jorge «*El Sentido de los Principios Penales: Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*», 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, pp. 277 y ss. Cousiño Mac Iver, Luis, «*Derecho Penal Chileno*», Tomo I, Santiago Chile. Editorial Jurídica, 1975, p. 89; Novoa Monreal, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo

Analogía in bonam y malam partem

Aunque existe un amplio consenso en la doctrina respecto a aceptar la prohibición de la analogía para crear nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes (analogía *in malam partem*)³², no ocurre lo mismo respecto de otras situaciones en las cuales el uso de la analogía puede resultar un beneficio para el inculpado (analogía *in bonam partem*).

En efecto, son numerosos los autores³³ quienes piensan que la analogía sólo está prohibida en los casos en que el uso de ella signifique un perjuicio para el inculpado, pero que sin embargo es perfectamente lícito hacer uso de ella para favorecerlo. Con esto, afirman, en modo alguno se contraría el fundamento básico del principio de legalidad, sino que, por el contrario, se lo reafirma, pues la finalidad perseguida con él es la protección del individuo frente a las arbitrariedades del poder estatal, garantizándole que no podrá ser perseguido por ninguna conducta que no esté descrita expresamente por la ley, y ello en modo alguno significa que no pueda verse absuelto, o al menos rebajado en cuanto a la pena aplicable, mediante el uso de la analogía³⁴, pues en dicha situación no va a ser inquietado por el poder punitivo, o lo va a ser de un modo menos grave que aquel previsto originariamente por la ley.³⁵

Otro argumento que se da a favor del uso de la analogía *in bonam partem* es el hecho de que en la mayoría de las legislaciones, como sucede con la chilena, se contempla la posibilidad de aplicar de manera retroactiva una norma penal cuando ella es más favorable al inculpado. Esto estaría significando que el principio de legalidad se atenúa o morigera cuando se trata de beneficiar a quien a cometido una conducta punible, y que por tanto

I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, 154; Etcheberry, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, p. 113.

³² Sobre el particular ver: Zaffaroni, Eugenio Raúl, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición, Buenos Aires Argentina. Editorial Ediar, 2002, p. 117; Mir Puig, Santiago, «*Derecho Penal, Parte General*», 5ª Edición, Barcelona, España. Editorial REPERTOR, 1998, p. 86; Jescheck, Hans-Henrich y Weigend, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*» 5ª edición, Granada, España. Editorial COMARES, 2002, 145; Ferrajoli, Luigi, «*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*», 5ª edición. Madrid, España. Editorial Trotta, 2001 p. 382; Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p. 158; Bacigalupo, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición. Madrid, España. Editorial Hamurabbi, 1999; Novoa Monreal, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, pp. 153-154; Cousiño Mac Iver, Luis, «*Derecho Penal Chileno*», Tomo I, Santiago Chile. Editorial Jurídica, 1975, p. 89; y Etcheberry, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, pp. 113 y ss.

³³ En este sentido: Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p. 158; Mir Puig, Santiago, «*Derecho Penal, Parte General*», 5ª Edición, Barcelona, España. Editorial REPERTOR, 1998, p. 87; Muñoz Conde, Francisco, «*Introducción Al Derecho Penal*», 2ª Edición, Montevideo, Uruguay, Editorial B de F, 2001, p. 152; Jescheck, Hans-Henrich y Weigend, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*» 5ª edición, Granada, España. Editorial Comares, 2002, p. 145; Cury Urzúa, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1992, p. 181; Bacigalupo, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998. p. 77.

³⁴ Sobre el particular dice Bacigalupo: «el derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE) *nunca* puede resultar vulnerado cuando se favorece al acusado. Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable. La teoría que considera que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es una especie de error que contiene elementos del error de tipo y del error de prohibición, sin tener totalmente lo uno ni lo otro, propone actualmente la aplicación analógica a estos casos de las reglas del error de tipo (que son más benignas), lo que es compatible con la prohibición de la analogía sólo *in malam partem*.» (Bacigalupo, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998. p. 77)

³⁵ Cfr. Mir Puig, Santiago, «*Derecho Penal, Parte General*», 5ª Edición, Barcelona, España. Editorial REPERTOR, 1998, p. 87; y Muñoz Conde, Francisco, «*Introducción Al Derecho Penal*», 2ª Edición, Montevideo, Uruguay, Editorial B de F, 2001, p. 152.

la voluntad del legislador habría sido que frente a situaciones como estas se aplique de manera amplia el *indubio pro reo*.³⁶

Por su lado, quienes se oponen a la analogía en todo sentido, y también cuando ella favorece al inculpado, consideran que el uso de ésta es incompatible con un sistema fundamentado en el principio de reserva, puesto que si bien al aplicar la analogía *in bonam partem* no se estaría vulnerando el principio constitucional de reserva, en cuanto protección de intereses individuales, si se estaría violando la ley, puesto que el interprete debería ir en contra de ella para concluir que, aunque existe una norma que pena un comportamiento determinado, por existir situaciones similares en que la ley no actúa de igual modo, se debería entonces concluir que el inculpado debe ser absuelto o se le debe aplicar una pena reducida.³⁷

Por nuestra parte, si bien concordamos con todos aquellos autores que argumentan que la aceptación de la analogía *in bonam partem* no contraría intrínsecamente el principio de legalidad, nos sentimos más inclinados a rechazar su aplicación.

Creemos que la analogía no debe utilizarse bajo ningún supuesto en materia penal, puesto que lo contrario, aunque fuere en beneficio del inculpado, sentaría un precedente nefasto, que podría prestarse para muchas arbitrariedades, pues con ello se le otorgaría al juez un carácter de «co-legislador», en que si bien no podría crear nuevos delitos ni agravar los que se encuentran en vigor, si podría dejar, por su sola voluntad, en la impunidad a los ya existentes. Además, al no existir en la ley una norma clara, que reglamente el uso de esta supuesta analogía *in bonam partem*, los jueces tendrían a su completo arbitrio el uso que dieran a la misma, pudiendo fallar a su entero antojo, aún en casos similares, en especial en sistemas como el nuestro en que el precedente judicial carece de fuerza obligatoria.

Como más arriba dijimos, y siguiendo en la doctrina nacional a Etcheberry, creemos que en materia penal no puede hablarse de la existencia de lagunas, y esto, que es válido para los casos en que se prohíbe la analogía *in malam partem*, también debe serlo para los otros casos, puesto que si la ley nada dice al respecto, v. gr., estableciendo una causal eximente o atenuante de responsabilidad, entonces se debe entender que el caso, dados los supuestos de hecho y de derecho exigidos para aplicar un determinado tipo penal, debe fallarse de acuerdo a lo dispuesto por el precepto que sea aplicable, sin buscar justificaciones externas, que no fueron previstas a la hora de dictar la ley, y que van más allá de lo que la norma declara, siendo extrañas a ésta.

Afortunadamente, es éste último el criterio seguido por nuestra jurisprudencia, la cual en caso alguno ha fallado mediante la aplicación de la analogía *in bonam partem*.

La prohibición de analogía ante la ley chilena

³⁶ Cfr. Cury Urzúa, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1992, p. 181. A juicio de este autor, lo dicho respecto de la aplicación de la analogía cuando con ello se favorece al inculpado, es también válido para toda forma de integración de la ley, siendo por tanto lícito acudir a la equidad natural o al espíritu general de la legislación, cuando se hace *in bonam partem*.

³⁷ Cfr. Etcheberry, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, p. 114. Sobre el particular este autor señala: «No existen hechos ante los cuales la ley penal nada nos diga. Frente a cada acción del hombre, el derecho penal tiene un pronunciamiento: debe ser castigado, en tal o cual medida, o no debe ser castigado. No hay zonas intermedias o neutras. Por lo tanto, si frente a un hecho la ley penal nos dice que debe ser castigado, el interprete debe ir **contra** la ley para afirmar lo contrario. En consecuencia, el juez “por analogía” absuelva a un individuo o le conceda atenuantes que la ley no ha establecido, no violará el principio constitucional, pero sí violará la ley.» (*Ibid.*)

En nuestro país, como en la mayoría de los Estados democráticos del mundo, se encuentra expresamente consagrada la prohibición del uso de la analogía, tanto a nivel constitucional como legal. Así, en el artículo 19 n° 3 inciso 8° de la Constitución de 1980, se establece que «ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración», disposición que es, en esta parte, idéntica a la contenida por el artículo 18 del Código Penal.

En Chile, la existencia de una ley que describa expresamente el hecho como punible es un requisito imprescindible para poder castigar una determinada conducta, siendo labor del juez sólo efectuar la interpretación que sea necesaria para determinar si los elementos de hecho que se le presentan se ajustan o no a lo dispuesto por la norma. Para hacer esto, podrá valerse de todos los medios interpretativos que la ley pone a su alcance, incluidos el espíritu general de la legislación y la equidad natural, tal y como dispone el artículo 24 del Código Civil, pero ello sólo para esclarecer el sentido y alcance de la ley, no para establecer nuevos delitos o para agravar los ya existentes. Si el juez, luego de interpretar la ley, llega a la conclusión de que el hecho de que conoce no se ajusta a lo dispuesto por la norma penal que se invoca, deberá entonces absolver sin más trámite, aún cuando según su parecer el inculpado debiere ser juzgado y castigado.

Lo que si está permitido por nuestra ley es el uso de la interpretación analógica, la cual está expresamente consagrada en determinados casos, en los cuales se realizan enumeraciones genéricas de conductas, hechos, circunstancias, etc., y luego se prescribe que el precepto también es aplicable a otros casos «similares» o «análogos», como ocurre en los artículos: 203, 227 n° 3, 440 n° 2 y 442 del Código Penal.³⁸

Respecto de la aplicación de la analogía *in bonam partem*, como señalamos *supra*, no hay norma legal expresa que resuelva el caso, y la doctrina se encuentra dividida, pronunciándose a favor de su uso Cury³⁹ y le niegan toda validez, Etcheberry⁴⁰ y Labatut⁴¹. Por su parte la jurisprudencia nunca la habría aceptado.

Aparte de los argumentos ya antes expuestos, también se invocan fundamentos históricos para llegar a la conclusión de que la analogía está absolutamente prohibida en el Derecho Penal chileno, aún cuando favorezca al inculpado, por cuanto el Código Español de 1848, que sirvió de modelo al nuestro, establecía en forma expresa la posibilidad de analogía en materia de atenuantes en su artículo 9 n° 8, precepto que fue eliminado por nuestra Comisión Redactora.⁴²

Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta

Una consecuencia que se deriva del tenor mismo de la formulación latina del principio de legalidad es aquella que instituye a la ley como la fuente única del Derecho Penal,

³⁸ Cfr. Novoa Monreal, Eduardo, «Curso de Derecho Penal Chileno», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, pp. 154-155.

³⁹ Cury Urzúa, Enrique, «Derecho Penal. Parte General», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1992, pp. 181 y ss.

⁴⁰ Etcheberry, Alfredo, «Derecho Penal», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, pp. 113-114.

⁴¹ Labatut, Gustavo, «Derecho Penal», Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1958, p. 86.

⁴² Cfr. Novoa Monreal, Ob. Cit., p. 154; y Etcheberry, Ob. Cit., p. 114. En contra de este argumento Cury, Ob. Cit., p. 182.

excluyéndose toda otra, y particularmente la costumbre, al menos en los casos en que ella se aplique en perjuicio del inculpado, es decir, como fundamento de la punibilidad.⁴³

Extensión de la prohibición

Aún cuando en la doctrina existe una posición mayoritaria que se pronuncia a favor de la prohibición de la costumbre en el ámbito penal, al menos en cuanto ella lo es *in malam partem*, no sucede lo mismo a la hora de fijar la extensión del principio. Así, aún cuando existe consenso en torno a afirmar que la costumbre, al igual que la analogía, no puede en caso alguno ser aplicada en la parte especial del Derecho Penal, como constitutiva de conductas punibles o agravatoria de las penas, a la hora de aplicar el principio a la parte general del derecho Penal no existe la misma unidad de criterios.

Para algunos autores la parte general del Derecho Penal históricamente se ha ido formando en base a la labor de los tribunales de justicia, y por tanto negarle en esta área todo valor a la costumbre, aún *in malam partem*, sería desconocer su naturaleza misma, restarle valor al largo proceso mediante el cual se han ido acrisolando los conceptos y estableciendo los principios.

Como señala Roxin, «en la doctrina está bastante extendida la opinión de que en la Parte general existe “en amplia medida Derecho consuetudinario a efectos de fundamentar y de agravar la pena”. Desde luego hay que excluir de entrada que esto pueda suceder en las normas penales equivalentes a los tipos; así p. ej., la complicidad intentada que es impune (cfr. § 30), no se puede convertir en punible por Derecho consuetudinario. Pero a los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, mayoritariamente se les atribuye una validez de Derecho consuetudinario, y también aunque vayan en perjuicio del autor. Así se sostiene que, entre otras cosas, las teorías sobre la elación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, tienen rango de Derecho consuetudinario en la medida en que la ley no efectúe una regulación expresa al respecto.»⁴⁴

Nosotros nos sentimos inclinados a rechazar absolutamente el anterior planteamiento, puesto que consideramos que la costumbre no es jamás fuente del Derecho Penal, ni en la Parte especial ni en la Parte general de éste, al menos no en países de tradición legalista como el nuestro. Son varios los motivos que nos llevan a afirmar esto:

En primer lugar, hay que despejar el criterio de qué debe entenderse por costumbre en este caso, pues en materia penal, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, no son las partes o el público en general quienes con su accionar constante (a través, por ejemplo, de actos jurídicos de diversa índole, contratos, convenciones, etc.) van aplicando empíricamente el Derecho y por tanto pueden ir creando una costumbre, sino que en el ámbito penal sólo los tribunales de justicia pueden hacer aplicación práctica del Derecho, y por tanto queda excluida la costumbre que pudiera resultar de las acciones constantes de los sujetos. Es por ello que en el supuesto de la teoría que acepta la costumbre en la Parte general del Derecho Penal, en realidad de lo que se está hablando es de la jurisprudencia y no de la costumbre en sentido estricto.⁴⁵

⁴³ Cfr. Bacigalupo, Enrique, «Principios de Derecho Penal...», Ob. Cit. p. 82.

⁴⁴ Roxin, Ob. Cit. P. 159

⁴⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, «Tratado de Derecho Penal», Volumen II, 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, 1950-1970, p. 238.

Ahora bien, es cierto que en la Parte General del Derecho Penal existen áreas que no han sido suficientemente delimitadas por el legislador, debido fundamentalmente a que se trata de materias de difícil codificación y esencialmente dinámicas, lo cual ha llevado que éstas se vayan completando gracias al trabajo constante de la jurisprudencia. Si embargo, esta labor que los tribunales realizan no deja de tener el carácter de simple interpretación de la ley penal escrita, hecha por mandato de la misma normativa, y aún cuando ella pudiera ser constante en algunos aspectos, no se transforma por este hecho en Derecho consuetudinario, que tenga un carácter vinculante, puesto que los jueces podrían abandonar una interpretación determinada a favor de otra distinta, sin que por ello estén cometiendo una infracción a la ley o a los principios básicos del Derecho Penal.⁴⁶

Costumbre *in bonam* y *malam partem*

Al igual que como se plantea respecto de la analogía⁴⁷, también para algunos autores la prohibición de la costumbre como fuente del Derecho Penal sólo alcanza a cuando ésta es aplicada *in malam partem*, es decir, en perjuicio del inculpado, pero que ella podría invocarse lícitamente en los casos en que lo es *in bonam partem*⁴⁸.

Sobre el particular, nuevamente debemos repetir que en materia penal la costumbre en sentido estricto, es decir, como una repetición constante y mantenida en el tiempo del accionar de los individuos, del pueblo, no tiene cabida alguna, pues sólo los tribunales pueden aplicar el Derecho penal. Ahora, frente a lo que pueda decir la jurisprudencia, creemos que tampoco ésta puede invocar una pretendida «costumbre *in bonam partem*» como causal «única» de justificación o exención de la responsabilidad penal, al menos no en países como el nuestro en que las sentencias poseen un carácter relativo y en que los jueces no se encuentran obligados por los precedentes como si ellos fueran una ley.

A nuestro entender, la costumbre no es fuente en Derecho penal, ni para crear ni para eliminar delitos, y el uso o la remisión que los tribunales puedan hacer hacia otras sentencias en casos similares, no son más que actividades de interpretación, que deben siempre encontrar su justificación en la ley, y que nunca adquieren la fuerza general obligatoria que ésta posee. Es decir, aún cuando pueda ser «habitual» una interpretación que favorezca al inculpado, ello no significa que otro juez, conociendo de un caso similar, no pueda sancionar de forma distinta a como lo han hecho sus predecesores.

La costumbre y el Derecho chileno

En el Derecho nacional en general la costumbre tiene un escaso valor⁴⁹, y en Derecho penal en particular no posee ninguno como fuente inmediata.⁵⁰

⁴⁶ Bacigalupo, Enrique «*Derecho Penal. Parte General*», Ob. Cit., pp. 159-160; Roxin, Claus, Ob. Cit., pp. 161-163. Este último autor además agrega: «A este respecto ni siquiera es decisivo el hecho de que en una posición jurisprudencial sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de Derecho consuetudinario, puesto que en Derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales, e incluso las conclusiones seguras casi nunca penetran en la conciencia popular.» (Roxin, Ob. Cit., p. 160).

⁴⁷ Vid. *Supra*, 3.1.2

⁴⁸ Cfr. Roxin, Claus, Ob. Cit., p. 161

⁴⁹ En Chile, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil, la costumbre sólo tendrá valor cuando una ley se remita a expresamente a ella.

⁵⁰ Cfr. Novoa, Ob. Cit., p. 121; Etcheberry, Ob. Cit., p. 87.

En virtud del principio de reserva, la ley es la única fuente del Derecho penal dentro de nuestra legislación, cuestión que se deriva del artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República, disposición que se complementa con lo señalado por los artículos 1, 18 y 80 del Código Penal.

En virtud de la norma constitucional, se dispone que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, texto que es reiterado por el artículo 18 del Código. Además el artículo 1° señala que es delito «toda acción u omisión penada por la ley» y el 80 agrega que «tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley».

Como la Constitución no define aquello que debe entenderse por ley, es menester entonces recurrir a lo prescrito al respecto por el artículo 1 del Código Civil, y por los artículos 62 a 72 de la Constitución, los cuales establecen los requisitos que debe tener una ley para ser válida en nuestro país.

Entonces, los delitos y sus respectivas penas sólo podrán ser aplicados en nuestra país una vez que sean establecidos por una ley que cumpla todos los trámites constitucionales, y de acuerdo a lo señalado por nuestra Constitución en este caso nos referimos a ley como norma escrita, excluyéndose entonces la costumbre, que en esencia no posee este carácter.

Finalmente, en lo que dice relación a la creación de nuevas causales eximentes de responsabilidad, como causas de inimputabilidad, de inculpabilidad o excusas legales absolutorias, ellas tampoco pueden ser creadas por costumbre, sino que requieren necesariamente una ley que las establezca. Como dice Novoa: «Dichas eximentes no son sino aspectos negativos de los diferentes requisitos que integran la responsabilidad penal y están adheridos a éstos como el reverso de una medalla a su anverso; de modo que, siendo función exclusiva de la ley penal determinar lo que origina responsabilidad de orden criminal, habría imposibilidad lógica de hacer una escisión respecto de lo que excluye o aparta esa responsabilidad, función que igualmente queda entregada con exclusividad a la ley penal por hallarse íntimamente vinculada a aquella».⁵¹

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia

La cuarta consecuencia del Principio de legalidad es la prohibición de retroactividad de la ley penal, la cual se dirige no sólo al órgano jurisdiccional prohibiéndole la aplicación retroactiva de dichos preceptos, sino también al legislador, prohibiéndole la creación de leyes penales retroactivas.⁵²

La prohibición de efecto retroactivo impide que una acción, que al momento de realizarse era impune, pueda ser declarada punible con posterioridad a su ejecución. Asimismo, también se prohíbe que pueda agravarse la pena aplicable a una acción que era ya punible, y cualquier otra medida que fuese tomada a posterior y que pueda empeorar la

⁵¹ Novoa, Ob. Cit., p. 123. Este autor sin embargo reconoce que hay un caso en que la costumbre podría constituir fuente de una eximente, cuando se trate de establecer una nueva causa de justificación (aquellas que eliminan el carácter antijurídico del hecho), pero sólo en los casos restringidos en que la ley se remite a ella.

⁵² Cfr. Jaén Vallejo, Manuel «*Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno*», 1ª edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial AD-HOC, 1999, p. 25.

condición jurídica del autor⁵³, por ejemplo, mediante la supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación⁵⁴.

En virtud de lo anterior, en general son 3 las clases de retroactividad prohibidas:

Que un hecho lícito al momento de ser realizado, sea declarado punible por una ley dictada posteriormente;

Que respecto de una acción que ya es punible, se introduzca retroactivamente una clase de pena más grave (por ejemplo prisión en lugar de multa); y

Que se agrave una pena dentro de una misma clase (por ejemplo, subir de 5 a 10 años de prisión).

En general, el requisito que se establece en este caso para que un precepto pueda ser aplicado a una acción determinada, es que éste exista al momento de cometerse el hecho, es decir, se exige que la ley se encuentre ya vigente⁵⁵, que haya cumplido con todos los trámites constitucionales respectivos, no bastando que la ley haya sido sancionada si aún no entra en vigencia⁵⁶, y tampoco puede haber dejado de estar en vigor sea por derogación, por transcurso del plazo específico señalado para su vigencia, etc.⁵⁷

Los motivos que han llevado a la prohibición de la retroactividad es evitar que se dicten leyes ad-hoc, sólo para sancionar casos concretos y ya acaecidos que pudieren generar un estado de conmoción social determinado que impulse al legislador a crear leyes especiales para castigar el hecho o agravar las normas ya existentes.

Esto no es, como se ha afirmado, sólo un derecho para los delincuentes⁵⁸, sino una necesidad de seguridad jurídica, ya que nadie se sentiría tranquilo sabiendo que lo que legítimamente hoy hace mañana pudiera ser sancionado como delito por una ley dictada con posterioridad y como tal perseguido.

Los preceptos penales establecen normas de conducta que miran al futuro, y por tanto no pueden desplegar sus efectos hacia momentos anteriores a su entrada en vigor; hacer lo contrario sería una arbitrariedad inadmisibles en un Estado de Derecho.⁵⁹

Excepción a la irretroactividad

Aún cuando la irretroactividad de la ley penal es absoluta cuando ella es *in malam partem*, si se acepta en los casos en que la nueva ley sea más benigna al inculpado, es decir, *in bonam partem*.⁶⁰

⁵³ Cfr. Jescheck, Ob. Cit., p. 147; Bacigalupo, «Principios de Derecho Penal...», Ob. Cit., p. 82; Roxin, Ob. Cit. Pp. 140-141; Mir, Ob. Cit., p. 77

⁵⁴ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 163.

⁵⁵ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 162; Bacigalupo, «Principios de Derecho Penal...», Ob. Cit., p. 82; Jescheck, Ob. Cit., p. 147.

⁵⁶ Cfr. Zeffaroni, Ob. Cit., p. 121.

⁵⁷ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 162

⁵⁸ Von Liszt se refiere al principio de legalidad como la «Carta Magna» del delincuente.

⁵⁹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes «Derecho Penal. Parte General», 3ª edición. Valencia España, Editorial Tirant lo Blanch, 1998, p.

⁶⁰ Cfr. Muñoz Conde, «Introducción al...», Ob. Cit., p. 154-155; Roxin, Ob. Cit., p. 166-167.

Esta excepción al principio de la irretroactividad rige principalmente cuando la norma que hacía punible el hecho es derogada con posterioridad, pues en este caso ya no hay delito que castigar. Lo mismo ocurre con normas que hacen menos grave el acto y que por tanto le aplican una pena menor, o un tipo de pena distinta, más favorable al inculpado. La razón de ello se encuentra en que la prohibición de irretroactividad tiene su fundamento en la protección del individuo frente a las posibles arbitrariedades del poder estatal, pero en los casos en que con la nueva norma se trata de favorecer al sujeto entonces la protección pierde razón de ser.⁶¹

Determinación de la ley más favorable

En cuanto a la determinación de la ley más favorable, la situación es clara en el primero de los casos, es decir, cuando la nueva ley despenaliza el hecho, pues aquí siempre se habrá de aplicar la nueva ley. Sin embargo, cuando el nuevo precepto establezca una pena distinta a la que anteriormente sancionaba el hecho, pensamos que entonces la determinación de la ley más favorable es una situación de hecho que le tocará evaluar y decidir al juez de acuerdo al mérito de los antecedentes.⁶²

Las leyes intermedias

Uno de los puntos más complejos respecto de la retroactividad de la ley más favorable lo presentan las llamadas leyes intermedias, que son aquellas que han entrado en vigor después de ocurrido el hecho pero que son derogadas antes de que se dicte sentencia, o como dice Jescheck, aquellas que han estado vigentes entre la comisión y el enjuiciamiento del delito⁶³.

Es claro que si la ley intermedia es más gravosa para el inculpado ella no tendrá aplicación alguna en virtud del principio de irretroactividad, pero ¿qué ocurre cuando la ley intermedia despenalizaba el hecho o le rebajaba la pena y luego otra ley vuelve a penalizarlo o a hacerlo más gravoso?

En este caso la doctrina se encuentra mayoritariamente de acuerdo en que el inculpado se ve beneficiado por la ley intermedia, y podrá exigir que se le juzgue en virtud de ésta, aún cuando ella hubiese dejado ya de tener efecto al momento del juicio⁶⁴. La razón de ello, es que el Derecho emanado de la ley intermedia mas benigna ya se había radicado en el sujeto, quedando por tanto garantizado frente a cualquier agravación posterior, la que infringiría el principio de irretroactividad.⁶⁵

⁶¹ Muñoz Conde «Introducción al...», Ob. Cit., p. 155; Jescheck, Ob. Cit., pp. 149 y ss.

⁶² Jescheck y Weigend, Ob. Cit., p. 150. Sobre este particular en la doctrina nacional Cury ha expresado que «En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia –uno sobre la base de cada ley–, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una tercera ley, que nunca ha estado en vigor» Cury, Ob. Cit., p. 210.

⁶³ Jescheck y Weigend, Ob. Cit., p. 150

⁶⁴ Vid. Roxin, Ob. Cit., p. 167; Jescheck y Weigend, Ob. Cit., p. 150; Cousiño, Ob. Cit., p. 126; Cury, Ob. Cit., p. 213; Etcheberry, Ob. Cit., p. 148; Novoa, Ob. Cit., p. 206

⁶⁵ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 167.

Las leyes temporales

Las leyes temporales, que son aquellas dictadas para regir durante un período determinado de tiempo, sea porque la propia ley contiene en sí un plazo establecido de duración o dependan de un determinado acontecimiento (ley temporal en sentido estricto) o bien porque sea reconocible que ellas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin efecto una vez transcurridas éstas (leyes temporales en sentido amplio)⁶⁶, son un caso de excepción a la retroactividad de la ley más benigna. Es decir, ellas serán aplicadas a los hechos cometidos durante su vigencia, aún cuando fueren más gravosas para el inculpado y hayan perdido ya todo su vigor.

La razón de esta excepción se encuentra en que la abrogación del precepto en este caso se encuentra dado por circunstancias excepcionales que le son intrínsecas y que no implican un necesario cambio en la concepción jurídica del legislador.⁶⁷ Además, de no ser así, se podría fácilmente infringir una ley temporal en las postrimerías de su mandato, puesto que el autor estaría en la seguridad de no ser perseguido por ella.⁶⁸

El principio de irretroactividad ante la ley chilena

Toda la legislación positiva de nuestro país se encuentra inspirada por el principio de irretroactividad de las leyes, cuestión que se desprende de lo dispuesto por el artículo 9 del Código Civil, el cual establece que las leyes habrán de regir sólo para el futuro y no tendrán jamás efecto retroactivo.

Ahora bien, en materia penal este principio ha sido elevado a rango constitucional, así en el artículo 19, n° 3 inciso 7°, de la Constitución se dispone que: «Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado». Esto es reiterado luego por el Código penal, en el artículo 18.

Ahora bien, como vimos *supra*, la irretroactividad es absoluta en materia penal cuando ella es *in malam partem*, sin embargo no ocurre lo mismo cuando la nueva ley es más benigna para el inculpado, situación que así ha sido reconocida por el Código en el artículo 18, en el cual se establece que «Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

»Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades».

⁶⁶ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 168

⁶⁷ Cfr. Jescheck, Ob. Cit., p. 151.

⁶⁸ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 169. Se manifiesta contrario a esta posición Jiménez de Asúa, para quien «Ni la ley temporal ni la contingente derogan los preceptos de las leyes que estaban en vigor antes de su vigencia y que renacen al cesar aquellas; por esto no deben tener efectos ultractivos ni cuando crean delitos ni cuando aumentan las penas». El autor además plantea que si lo que se quiere evitar es que estas leyes pierdan eficacia e inciten a la trasgresión, entonces ellas mismas pueden disponer su ultractividad, puesto que no hay precepto constitucional que se oponga a ello. (Jiménez de Asúa, «La Ley y el Delito...», Ob., Cit, p. 188.

De acuerdo a lo anterior, tres son los requisitos que se deben cumplir para que tenga aplicación en Chile la aplicación de la ley más benigna:

Que se promulgue con posterioridad a acaecido el hecho una nueva ley, la cual puede ser propiamente penal o de otro tipo, siempre y cuando integre la norma a que se refiere el hecho que se juzga.⁶⁹

Que la nueva ley tenga disposiciones que son más benignas para el inculpado, sea haciendo desaparecer el delito o aplicando una ley menos rigurosa.⁷⁰

Que el hecho se haya cometido durante la vigencia de la antigua ley⁷¹.

Creemos necesario destacar que, de acuerdo al tenor del artículo 18, no es facultativo para juez aplicar la ley más benigna, sino que es imperativo hacerlo.

Ahora, bien, en cuanto a la determinación de cual de las disposiciones es más favorable al inculpado, como señalamos *supra*, es ésta una cuestión de hecho que deberán determinar los tribunales en cada caso concreto, pues son ellos los únicos llamados a interpretar y aplicar la ley penal, con lo cual se rechaza la tesis de que sea el inculpado quien pueda «escoger» entre una ley y otra.⁷²

En lo que respecta a la extensión temporal de los efectos de esta excepción a la irretroactividad, la norma original del Código disponía que sólo se aplicarían los beneficios de la ley penal más favorable en los casos en que el proceso aún estuviera pendiente, sin embargo, mediante la reforma introducida por la ley 17.727, de 1972, se extendió el beneficio también a los casos en que la sentencia ya se encuentra ejecutoriada. Sobre el particular, Etcheberry ha llamado la atención de la extrema amplitud que adquiere en este caso el principio, por cuanto, al ser obligatorio para los jueces aplicar de oficio o a petición de parte la ley más benigna, podría darse el caso de que éstos tuvieran que estar constantemente revisando fallos antiguos, cada vez que se dictara una ley nueva más benigna, es por ello que dicho autor plantea que «será preciso interpretar la modificación legal en el sentido de limitarla al menos a aquellos casos en que la sentencia ejecutoriada está produciendo algún efecto, y no a aquellos... en que la modificación del fallo no producirá

⁶⁹ Cfr. Etcheberry, Ob. Cit., p. 143. Este autor da como la situación de que se dicte una ley civil en la cual se rebajara el límite de mayor edad, que integra el delito de corrupción de menores, caso en el cual se beneficiaría retroactivamente a aquellos que corrompieron a personas que bajo la antigua ley eran considerados menores, pero que no lo son de acuerdo a la nueva.

⁷⁰ Cfr. Etcheberry, Ob. Cit., p. 144.

⁷¹ Cfr. Etcheberry, Ob. Cit., p. 145.

⁷² Vid. Etcheberry, Ob. Cit., p. 144; Cury, Ob. Cit., p. 210; Cousiño, Ob. Cit., pp. 128-129; Novoa, Ob. Cit., p. 201. En cuanto a la forma en que los tribunales deberán actuar para determinar esta ley más benigna, Novoa señala que no sólo deben compararse «las penas previstas en las dos leyes en juego, sino que debe apreciarse su contenido total en sus consecuencias penal: por ello han de tomarse en consideración, aparte de la sanción, el precepto mismo y todos los elementos que determinan y regulan la responsabilidad penal, esto es, elementos constitutivos de la figura delictiva, requisitos calificativos, circunstancias atenuantes o agravantes, hechos extensivos de la responsabilidad, reglas sobre regulación de las penas, disposiciones sobre extinción de responsabilidad penal, etc., porque de ellos puede también resultar favorecido el reo en orden a la sanción» (Novoa, Ob. Cit., p. 200). Respecto de lo mismo acota Cousiño que «Debe atenderse primordialmente a la naturaleza intrínseca de la pena, antes que a su *quantum*, pues es evidente que hay penas que, no obstante su mayor duración, resultan menos odiosas y afflictivas que otras más cortas, como sería el caso de las privativas de derechos frente a las privativas de libertad. Sin embargo, este criterio no es absoluto y, en caso de grandes desproporciones, es posible llegar a soluciones distintas, como v. gr., la de estimar más benigna una prisión de sesenta días –a pesar de ser privativa de libertad– que la de relegación perpetua o por un largo tiempo.» (Cousiño, Ob. Cit., pp. 129-130)

ningún efecto práctico»⁷³. Nosotros nos sentimos plenamente de acuerdo con esta postura, dado que de primar un criterio distinto, se podría llegar a producir una sobrecarga de trabajo en los tribunales imposible de manejar.

Finalmente, en lo que dice relación con el efecto que sobre el principio tienen en nuestro país las leyes intermedias, debemos señalar que en virtud de la redacción del artículo 18 se debe concluir que ellas, en cuanto sean más favorables al inculpado, tendrán plena aplicación y no podrá variarse el beneficio obtenido en caso de que una ley nueva sea más rigurosa. Ello se deriva de que la mentada disposición sólo exige que haya sido *promulgada* una ley más favorable, sin exigir que esté en vigencia.⁷⁴

Nullum crimen, nulla poena sine lege certa

Esta cuarta consecuencia del principio de legalidad se traduce en la exigencia hecha al legislador para que al adjudicarle el carácter de ilícito a un comportamiento desarrolle con la mayor claridad y exactitud los términos de la imputación⁷⁵, señalando de manera taxativa cuál es la conducta que se pretende prohibir y cual habrá de ser la sanción para el caso de que sea desobedecido el mandato de la ley, cuestión esta última que también debe estar especificada al máximo. Es decir, en este caso lo que se prohíbe es la existencia de leyes penales y penas indeterminadas.

A esto es a lo que Ferrajoli le llama «Principio de estricta legalidad», cuya función desde el punto de vista del garantismo se haya en que la ley sea autosuficiente, es decir, que se baste a si misma tanto en cuanto a la conducta descrita como a la pena aplicable, sin que sean permitidos los reenvíos (aunque sean legales) a parámetros extra-legales, «a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos»⁷⁶. O sea, lo que se pretende es reducir al mínimo posible la posibilidad de decisión autónoma de los tribunales en la determinación concreta del hecho que se prohíbe⁷⁷.

El fundamento de este mandato se encuentra en la misión de garantía del Derecho Penal, por cuanto una ley imprecisa o indeterminada⁷⁸ en que la fijación de la hipótesis de hecho o de la pena queda entregada, en mayor o menor medida, al juez, no podrá proteger al ciudadano frente a las arbitrariedades del poder estatal, ya que no existiría una real limitación al *ius puniendi*. El hombre común no podrá saber de antemano qué conductas constituyen delitos, ni cual es la consecuencia que puede esperar de su accionar, y eso es justamente lo que trata de evitar el principio de legalidad, puesto que no se cumpliría la función de prevención general que le corresponde al Derecho Penal. Además, entregar a los jueces la facultad de que discrecionalmente puedan determinar los tipos penales es atentar en contra del principio liberal de la división de poderes, en donde los jueces sólo

⁷³ Etcheberry, Ob. Cit., p. 146.

⁷⁴ Vid. Cury, Ob. Cit., p. 213; Etcheberry, Ob. Cit., p. 148; y Novoa, Ob. Cit., p. 206.

⁷⁵ Cfr. Jacobucci, Ob. Cit., p. 275

⁷⁶ Ferrajoli, Ob. Cit., p. 376.

⁷⁷ Bacigalupo, «Principios de Derecho Penal...», p. 73.

⁷⁸ Cousiño prefiere llamarlas «leyes penales abiertas» Ob., Cit., p. 87.

deben aplicar las leyes, puesto que su creación y determinación, por mandato popular, le corresponde al órgano legislativo.⁷⁹

La determinación de la ley y las penas

En términos generales, dentro de la técnica legislativa se puede abordar la determinación de los preceptos penales en base a dos criterios: por una parte, es posible tratar que la norma contenga en sí una enumeración exhaustiva de los elementos y situaciones en que ella puede ser aplicada; y por otra, se puede admitir que ésta tenga una determinación «implícita», es decir, que aunque en ella no estén taxativamente descritas las conductas, la misma ley brinde los criterios para deducir los elementos necesarios de la infracción⁸⁰.

En el primero de los casos, si bien quedan absolutamente claras las conductas que son prohibidas, se corre el riesgo de caer en un casuismo exacerbado que puede llevar a la redacción de leyes excesivamente extensas y que, además, pueden dejar fuera muchos comportamientos que el legislador quisiera penalizar pero que es imposible prever de antemano, puesto que es muy difícil determinar *a priori* todas las situaciones que se pudieren presentar en la realidad.

En el segundo caso, si bien se logra la exigencia de la «generalidad» de la ley penal, pues supone un alto grado de abstracción que le da la necesaria libertad de juicio al juez y evita la existencia de posibles «lagunas», trae aparejado el peligro de caer en la indeterminación que lesionaría el principio de la legalidad.

A nuestro juicio, la solución a la necesidad de una *lex certa* para establecer los delitos y las penas se debe buscar en un punto medio entre el casuismo y la generalización. La ley debe tener en vista no sólo los casos concretos actuales, sino que también casos futuros, y por ello debe ser lo suficientemente «general» para que abarque todas las situaciones posibles, pero a la vez debe ser lo suficientemente precisa y acotada para que no quede duda alguna respecto a cuales conductas son permitidas y cuales son prohibidas, cuestión que es también aplicable a la determinación de las penas.

Es por ello que el legislador, en primer lugar, debe hacer uso de un lenguaje claro y preciso en la redacción de las leyes, asequible al hombre común, para que éste pueda saber claramente cuáles conductas son o no punibles de antemano. Se debe dar un uso amplio a los elementos descriptivos del tipo, es decir, «a aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera conoce o aprecia sin mayor esfuerzo: “matar”, “daños”, “lesiones”, etc.»⁸¹. Asimismo, se debe ser restrictivo a la hora de usar elementos normativos en el establecimiento del tipo, es decir, en el uso de términos que requieren de un análisis valorativo para ser determinados, pues son estos los que pueden traer aparejada la indeterminación.

Es imposible renunciar completamente al uso de elementos normativos, en la forma de cláusulas generales, pues ellas muchas veces son necesarias para alcanzar una determinación justa del caso. De usarse sólo elementos descriptivos, además de con leyes muy extensas, nos encontraríamos con preceptos demasiado rígidos y anquilosados que, en muchos casos, no permitirían alcanzar los objetivos para los que fueron concebidos. Sin embargo, el uso de esos elementos normativos debe reducirse al mínimo necesario, e ir acompañados con reglas claras sobre interpretación, que impidan que el juez pueda fallar

⁷⁹ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 169.

⁸⁰ Cfr. Bacigalupo, «Principios de Derecho Penal», p. 75

⁸¹ Muñoz Conde, «Introducción al Derecho Penal», p. 156.

exclusivamente en base a criterios o valoraciones individuales. Lo que se pretende es que el órgano judicial falle en base a la valoración que de los términos se tiene en la sociedad, y no en base a los criterios estrictamente personales de quien aplica la ley.

Como señala Mir Puig, para evitar que se vulnere el aspecto material del principio de legalidad «el empleo de la generalización en la redacción legal debe acompañarse de una rigurosa diferenciación de los límites del supuesto de hecho, por medio del destaque de los elementos diferenciales de cada tipo legal a través de conceptos generales específicos. Generalización y diferenciación son, como se ve, los dos pilares de una técnica legislativa dispuesta a conciliar las exigencias de los principios antinómicos de la justicia y la seguridad jurídica».⁸²

***Lex certa* y ley chilena**

Como ocurre con los otros aspectos del principio de legalidad hasta ahora tratados, la exigencia de una *lex certa* para establecer las conductas ilícitas y sus penas también posee consagración constitucional en nuestro país⁸³. Así el artículo 19 n° 3, inciso 8°, de la Constitución establece que «Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella». Esto es lo que se ha conocido entre nosotros como principio de la tipicidad.⁸⁴

En caso de que el legislador no cumpliera con esta exigencia, y estableciera leyes indeterminadas, podría recurrirse de ello ante el Tribunal Constitucional.

⁸² Mir Puig, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal*», 2ª edición, Montevideo, Uruguay. Editorial B. de F., 2003, p. 130.

⁸³ Es esta una inclusión nueva hecha a la Carta Fundamental, por cuanto ella no era contemplada por la Constitución de 1925. Aún cuando la doctrina, luego de un proceso interpretativo, llegaba unánimemente a la conclusión de que la tipicidad era una exigencia que se encontraba también, aunque fuera tácitamente, presente en la Constitución. Vid., Etcheberry, Ob. Cit. pp. 69 y 76.

⁸⁴ Etcheberry, Ob. Cit., pp. 69 y 76-77.

El Derecho Internacional Penal

Algunas precisiones en torno al concepto «Derecho Internacional Penal»

El origen del término

Según señala Jiménez de Asúa⁸⁵, habría sido König quien originalmente atribuyó la paternidad del término «Derecho Penal Internacional» a Jeremías Bentham, que le habría utilizado por primera vez en sus *Principios* de 1820. Con posterioridad este criterio se ha mantenido mayoritariamente en la doctrina, extendiéndose hasta nuestros días. Así, comparten la misma creencia autores tan variados como Von Liszt⁸⁶, Quintano Ripollés⁸⁷, Lledó⁸⁸ y el mismo Jiménez de Asúa⁸⁹, aún cuando todos ellos –cuyas obras hemos tenido la oportunidad de consultar–, no hacen mayor referencia bibliográfica a en qué texto, página o edición de las obras de Bentham es posible encontrar esta referencia, sino que simplemente, uno tras otro, sólo se limitan a repetir lo ya dicho por König como si se tratara de una verdad indiscutida.

No obstante, pese a la virtual unanimidad que existe en doctrina respecto a la paternidad de Bentham sobre el término, en estudios más recientes realizados por la tratadista española Alicia Gil, se ha llegado a la conclusión de que este no sería sino otro de los lugares comunes en que a veces cae la doctrina, y en que lo expuesto por un determinado autor de reconocida trayectoria se acepta sin más, sin que se recurra a la consulta de la fuente original para contrastar lo enunciado. Así, Alicia Gil asevera que en ninguna de las obras de Jeremías Bentham, por ella analizadas, es posible encontrar referencia alguna al *International Criminal Law*, pues pese a que en efecto fue Bentham el primero en acuñar el término *International Law*, éste no llegó nunca a referirse al Derecho internacional en su vertiente de sancionador de las conductas criminales, ni en su dimensión clásica ni con las características que se le conocen en el Derecho moderno.⁹⁰

⁸⁵ Jiménez de Asúa, «*Tratado de Derecho Penal*», Ob. Cit., Vol. II, p. 723

⁸⁶ Liszt, Franz Von, «*Tratado de Derecho Penal*», Volumen II, Madrid, España. Editorial Reus, 1917-1929, p. 104.

⁸⁷ Quintano Ripollés, Antonio, «*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*», Vol. I, Madrid, España. Consejo Superior de Investigaciones Superiores, Instituto «Francisco de Vittoria», 1955, p. 11.

⁸⁸ Lledó, Rodrigo, «Derecho Internacional Penal», Ediciones Congreso, febrero del 2000, p. 26.

⁸⁹ Jiménez de Asúa, «*Tratado de Derecho Penal*», Ob. Cit., Vol. II, p. 723

⁹⁰ Sobre el particular escribe Alicia Gil que: «ni en los *Principios de la Ciencia Social o de las Ciencias Morales y Políticas* de Jeremías Bentham, ordenados conforme al sistema del autor original y aplicados a la Constitución española por D. Toribio Nuñez, Salamanca, 1821, ni en los *Principios de Legislación y Codificación extractados de las obras de Jeremías Bentham* por Francisco Ferrer y Vals (*sic*), Madrid, 1834, ni en los *Tratados de Legislación Civil y Penal* de Jeremías Bentham, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, aparece ni el término ni el concepto aludido». Gil Gil, Alicia, «*Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*». Madrid, España. Editorial tecnos, 1999, nota al pie, p. 23.

De acogerse la tesis de Gil, habría que buscar entonces en otro autor, distinto de Bentham, la paternidad del término. Sobre este punto Jiménez de Asúa arroja algunas luces, al señalar que al menos la denominación de Derecho internacional penal –que como veremos es distinto del Derecho penal internacional, cuyo nombre se le adjudica a Bentham–, habría sido utilizada originalmente por el jurista boliviano Santiago Vaca Guzmán en su libro de 1888: «*Reglas de Derecho internacional penal. Proyecto de decisiones*». No obstante, este autor, utilizaba la denominación no para referirse al ámbito de materias que actualmente se entienden agrupadas bajo la voz «Derecho internacional penal», sino que con él denominaba a los clásicos contenidos del «Derecho penal internacional», que son más bien manifestaciones extraterritoriales del Derecho penal que verdaderas normas de Derecho internacional.⁹¹

En lo que respecta a su uso actual, al parecer el término «Derecho internacional penal» habría sido utilizado primeramente por el tratadista cubano Sánchez de Bustamante, aún cuando con un carácter más bien procesal.⁹², y habría sido Constantino Jannacone quien primero utilizó el término para distinguir las expresiones extraterritoriales del Derecho penal interno, o su ordenación en el espacio –a lo que denominó «Derecho penal internacional»– de aquellas normas de estructura propiamente internacional –el «Derecho internacional penal» en sentido estricto–.⁹³

¿Derecho penal internacional o internacional penal?

Como señalamos en el acápite anterior, desde sus orígenes ha existido en doctrina diferencias en cuanto a cual es la denominación más adecuada para referirse a la materia que es ahora objeto de nuestro estudio. Así, para algunos autores, entre los que podemos mencionar a Jannacone, Jiménez de Asúa, Quintano Ripollés, Bustos, y Lledó, se debe reservar el término «Derecho penal internacional» para significar con él a las manifestaciones extraterritoriales de la ley penal interna, sean estas de naturaleza procedimental –que tienen por función dirimir en los casos de conflictos en la aplicación espacial de las normas nacionales de Derecho Penal–, o de entrea ayuda entre los distintos Estados a la hora de reprimir crímenes que pudieran importar a más de uno y que requieren de una colaboración que vaya más allá de las fronteras para perseguirlos. En cambio, para referirse a aquellas normas de estructura propiamente internacional, a aquellas normas que son la manifestación penal del Derecho internacional y que tienen por objeto proteger y promover los más altos principios de la Comunidad Internacional –como la paz, la seguridad, el respeto de los Derechos Humanos, etc.–, prefieren utilizar el término «Derecho internacional penal», para así distinguirlo del contenido otorgado originalmente al Derecho penal internacional.⁹⁴

⁹¹ Jiménez de Asúa, «Tratado de Derecho Penal», Ob. Cit., Vol. II, p. 727. En este mismo sentido, y siguiendo a Jiménez de Asúa: Goleš Fainé, Tania & Martínez Aránguiz, David, «*Jurisdicción y competencia penal internacional (la Corte Penal Internacional)*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, Profesor guía: Mario Ramírez Necochea, p. 23.

⁹² Quintano Ripollés, Antonio, Ob. Cit. Vol. I, p. 20.

⁹³ Jiménez de Asúa, «Tratado de Derecho Penal», Ob. Cit., Vol. II, p. 727; Quintano Ripollés, Ob. Cit. Vol. I, p. 20; y Lledó, Ob. Cit., p. 27.

⁹⁴ Sobre el particular señala Quintano Ripollés: «puede decirse que todos los tratados famosos consagrados a la materia, pese a sus títulos de “Derecho Internacional Penal”, desde las *Meditaciones de jure criminales internationale*, de Witte (1843) hasta el de donnedieu de vabres, no hacen más que desenvolver un tema parcial del asunto. El de la validez de las leyes penales en el espacio, es decir, una cuestión de competencia, cien por cien procesal, y a lo más, un tema de cooperación judicial internacional, más bien

Aún cuando la anterior es la posición mayoritaria, que prima en la doctrina, otros autores, como Gil y Goles & Martínez⁹⁵, si bien concuerdan en la delimitación de los ámbitos de cada una de estas ramas de la ciencia jurídica, difieren en cuanto a la denominación más adecuada para referirse al Derecho penal propiamente internacional. Para estos autores, el término que debidamente debe utilizarse en estos casos es el de «Derecho penal internacional», debiendo buscarse otro para referirse a los aspectos extraterritoriales de la ley penal interna.⁹⁶

Una tercera posición frente a este tema es la sustentada por autores como Cheriff Bassiouni, para quien la denominación «Derecho penal internacional» se debe reservar para significar indistintamente tanto las manifestaciones extraterritoriales del Derecho penal interno como los aspectos propiamente penales del Derecho internacional.⁹⁷

Aún cuando en los últimos años pareciera irse imponiendo el uso del término «Derecho penal internacional» en el sentido sustentado por Gil y Goles & Martínez, al menos en el seno de las Naciones Unidas que ha denominado «Corte Penal Internacional» al reciente órgano creado para perseguir a los crímenes propiamente internacionales⁹⁸, – cuestión que compartimos– nosotros optaremos en este trabajo por seguir la corriente doctrinaria mayoritaria y usaremos el término de «Derecho internacional penal» (DIP), «justicia internacional penal» o «jurisdicción internacional penal» para referirnos a las materias que en adelante habremos de tratar, y que dicen relación con aquella disciplina que

orgánico. Dicha metodología, que tuvo ciertamente su razón de ser en tiempos recientes, en los que, en efecto, el Derecho Penal Internacional no era otra cosa que el dimanante de las leyes represivas de cada Estado dentro o fuera de sus fronteras, no es suficiente ya en el actual panorama cultural y positivo, cuando se afirma la necesidad y realidad insoslayables de una delincuencia internacional estricta, reconocida y aun sancionada sin y contra la voluntad, antes omnimoda, de un Estado determinado.» (Quintano Ripollés, *Ob. Cit.*, Vol. I, p. 22.). Otros autores, acogiendo esta diferenciación de contenidos, prefieren hacer uso de otras terminologías para referirse a este Derecho penal propiamente internacional, siendo algunas de ellas: «Derecho Penal Interestatal» (Pella), «Derecho Penal Universal» (Dautricourt), «Crímenes contra el Derecho de Gentes» (Jescheck), «Derecho Penal Internacional Público» (Sánchez de Bustamante y Sirven) y «Derecho de las Infracciones Internacionales» (Lombois), aunque, como nos señala Alicia Gil «el contenido que los diversos autores han dado a estas denominaciones no ha sido tampoco uniforme» (Cfr. Gil Gil, Alicia, «Derecho penal internacional...», *Ob. Cit.*, pp. 26-27

⁹⁵ Kelsen también usa la denominación «Jurisdicción Penal Internacional» para referirse a aquel ámbito del Derecho que debiera encargarse de la sanción de los crímenes internacionales, principalmente de los crímenes de guerra, aunque no se pronuncia respecto de la división entre Derecho internacional penal y Derecho penal internacional (Vid. Kelsen, Hans, *«La Paz por medio del Derecho»*, Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, 1946). Además utiliza esta denominación Kai Ambos (Vid. Ambos, Kai, «Justicia Penal Internacional»,)En la doctrina nacional Cury y Etcheberry usan asimismo la terminología de Derecho penal internacional.

⁹⁶ A este respecto Goles & Martínez plantean que el término adecuado para referirse a las manifestaciones extraterritoriales de la ley penal es el de «Derecho penal extraterritorial», por cuanto consideran que bajo lo que tradicionalmente se acepta como Derecho penal internacional se engloban «aspectos jurídicos que poco o nada tienen de internacionales y penales»... «sino que son sólo las extensiones naturales que el Derecho Penal nacional puede, por ejemplo, tener respecto de crímenes **también nacionales** cometidos en el territorio de otro Estado » (Goles & Martínez, *Ob. Cit.*, p. 43)

⁹⁷ Bassiouni, Cherif, *«Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional»*, Madrid España. Editorial Tecnos S.A., 1984. Nota del traductor José L. De La Cuesta Arzamendi, p. 50. Lledó, aún cuando en el desarrollo de su obra utiliza el término «Derecho internacional penal», con los contenidos que le da Quintano Ripollés, se declara más bien partidario de la tesis monista utilizada por Bassiouni, que integra los contenidos tanto propiamente internacionales como las manifestaciones extraterritoriales de la ley penal (Cfr. Lledó, *Ob. Cit.*, p. 30)

⁹⁸ Igual ha ocurrido con los tribunales internacionales ad-hoc creados para conocer de los hechos ocurridos en la década de los '90 en el territorio de la ex-Yugoslavia y en Ruanda, llamándose «Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia», el primero, y «Tribunal Penal Internacional para Ruanda» el segundo.

tiene a su cargo el estudio, prevención, control y sanción de actos ilícitos que afectan bienes jurídicos de trascendencia global cuya protección interesa a la Comunidad Internacional en su conjunto, y respecto de los cuales ésta puede actuar directamente, aunque, como veremos, sólo en forma subsidiaria, para cuando los Estados no sean capaces o se vean imposibilitados de perseguirlos internamente.

El concepto de Derecho internacional penal y la protección de bienes jurídicos

En doctrina es posible encontrar varias definiciones del Derecho internacional penal –o de Derecho penal internacional, según cual tesis asuma el autor–. Así para Bassiouni el DIP, en el sentido en que el término lo utiliza Quintano Ripollés, es aquel aspecto del sistema jurídico internacional que regula «a través de obligaciones jurídicas internacionalmente asumidas, las conductas cometidas por individuos, personalmente o en su calidad de representantes o colectividades, que violan prohibiciones internacionalmente definidas para las que se prevé una sanción penal»⁹⁹

Por su parte, para Alicia Gil esta disciplina «es el sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, de los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves»¹⁰⁰.

En la doctrina nacional Cury a definido a este ámbito del Derecho como «un conjunto de normas supranacionales destinadas a regular una potestad punitiva internacional, asociando a ciertos hechos que atentan en contra de los derechos de la comunidad de las naciones, o de la humanidad en su conjunto, formas predeterminadas de reacción jurídica».^{101 102}

⁹⁹ Bassiouni, *Ob. Cit.*, p. 80

¹⁰⁰ Gil Gil, Alicia, «*El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales*», Centro Francisco Tomás y Valiente: UNED Alzira-Valencia, 1ª Edición, 1999. Valencia, España, p. 18. Esta misma autora también da otra definición de DIP, de acuerdo al cual este término es utilizado para designar «aquellas disposiciones emanadas de la Comunidad Internacional con el fin de tutelar sus intereses fundamentales, a las que estarían sometidos directamente los ciudadanos de todas las naciones y que serían aplicadas por órganos internacionales» (Gil, «Derecho penal internacional...», *Ob. Cit.*, p. 24)

¹⁰¹ Cury, *Ob. Cit.*, p. 185.

¹⁰² Otro concepto de DIP lo podemos encontrar en Goles & Martínez, para quienes esta ciencia jurídica tiene por misión «el remitirse al estudio del delito, el delincuente y la reacción social impuesta por la Comunidad Internacional frente a la realización de estos ilícitos para evitar que ellos queden en la absoluta impunidad. Y decimos que es penal, pero a la vez internacional porque los hechos de que trata no se circunscriben al ámbito meramente territorial de los Estados, sino que él tiene por objetivo el salvaguardar aquellas transgresiones que afectan a la sociedad internacional en su conjunto, presentándose necesariamente en su carácter de última ratio en contra de aquellos que con su actuar ponen en peligro no sólo la estabilidad y existencia de una nación dada, sino que la de toda la paz y la seguridad del orbe en su conjunto, bienes jurídicos especiales frente a los cuales el mero derecho de los Estados se manifiesta como impotente para proteger» (Goles & Martínez, *Ob. Cit.* p. 34). Por su parte, aún cuando no existe en la obra de Quintano un concepto de Derecho internacional penal, a juicio de Lledó de su *Tratado* se desprendería que, en su concepción, es ésta una disciplina que «se ocuparía del estudio de la incriminación de las conductas lesivas para la comunidad internacional, de los delitos contra el orden jurídico internacional, expresada en la trilogía que tuvo su origen en el Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, además de la incriminación de otras conductas que constituirían, por así decirlo, delitos comunes internacionales, como la piratería, destrucción de cables submarinos, la trata de blancas, el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, etc.) (Lledó, *Ob. Cit.*, p. 29)

De las anteriores, nosotros nos sentimos inclinados por quedarnos con aquel concepto dado para la disciplina por Alicia Gil, por cuanto compartimos con la autora en que una definición del DIP sustantivo, al igual que ocurre con el Derecho penal interno, debe partir necesariamente de la función que esta órbita jurídica posee, cual es la de proteger bienes jurídicos.

No obstante, hay que destacar que no está dentro de las funciones del DIP el proteger *todos* los bienes jurídicos internacionales, sino sólo aquellos que son más importantes para la existencia misma de la Comunidad Internacional, y frente a los cuales son insuficientes las protecciones derivadas de otros ámbitos del Derecho internacional.

Respecto a cuáles son estos bienes jurídicos, tradicionalmente se han aceptado como tales aquellos que poseen un carácter propiamente internacional, como la existencia de determinados grupos humanos, la paz y seguridad mundial, la existencia misma de los Estados, etc. En cuanto a los bienes jurídicos individuales, como la libertad, la vida, la integridad personal, etc., ellos no siempre se han aceptado como parte de la órbita del Derecho internacional penal.

Para algunos autores que, como Pella, reconocen la importancia que lo bienes jurídicos individuales adquieren en el ámbito internacional, particularmente cuando ellos son violados de manera masiva y sistemática, los han incluido entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, a fin de garantizarles la protección por el DIP.¹⁰³ No obstante, como señala, Gil, resulta innecesario el recurrir a un mecanismo «artificial» para considerar incluidos dentro del ámbito de atribuciones del DIP también a los bienes jurídicos individuales, puesto que, sin éstos, ni siquiera es posible la existencia de ningún sistema social, por cuanto entonces ellos también deberían ser objeto de la protección del Derecho internacional penal.¹⁰⁴

Sobre el particular esta autora señala: «Lo que legitima la intervención por la fuerza del Derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran. De esta manera el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional. Siguiendo a Roxin, podemos definir los bienes jurídicos como aquellas realidades o pretensiones que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social completo, construido con esa finalidad o para el funcionamiento del sistema mismo. El mantenimiento del orden social es el objeto genérico de la tutela del Derecho, pero, como ya hemos señalado, el orden social está integrado por la suma de los bienes jurídicos que configuran el sistema, y que serán el objeto concreto de la mencionada tutela. Así, la referencia a la paz y seguridad de la humanidad en los Proyectos de Naciones Unidas no hace mención del bien jurídico protegido, sino que se refiere al objeto genérico de la tutela del Derecho penal internacional que estará integrado por los bienes jurídicos concretos protegidos en cada uno de los tipos de los delitos internacionales.»¹⁰⁵

No obstante estar de acuerdo en lo fundamental con el planteamiento hecho por Gil, creemos que los bienes jurídicos individuales sólo podrán ser elevados al rango de amparo internacional en aquellos casos en que su ataque posea una gravedad tal que acarreen conmoción en la Comunidad Internacional, como cuando ellos se realizan de

¹⁰³ Cfr. Gil, «Derecho penal internacional... Ob. Cit., p. 29

¹⁰⁴ Cfr. Gil, «El Genocidio y...», Ob. Cit., p. 19.

¹⁰⁵ Gil, «Derecho penal internacional...», Ob. Cit., pp. 34-35

forma sistemática y masiva, o cuando su comisión pueda afectar a la existencia misma de la Comunidad Internacional.

La naturaleza jurídica del Derecho Internacional Penal

Aún cuando, principalmente en los últimos años, el DPI ha ido evolucionando de forma meridianamente acelerada, avanzando hacia concretarse como una disciplina jurídica independiente, con fuentes, instituciones y principios que le son propios y que le dan un carácter único,¹⁰⁶ no es menos cierto que el nivel de desarrollo alcanzado es todavía insuficiente.

El DIP es un ámbito de la ciencia del Derecho deudor en demasía del voluntarismo jurídico con el cual fue establecido, lo que se traduce en notorias dicotomías de base, producidas por las diferencias que existen entre las dos disciplinas que le sirven de origen, el Derecho penal y el Derecho internacional.

Las ciencias jurídicas de cuya convergencia ha emanado el DIP se diferencian en numerosos aspectos, como fines, enfoques, métodos y resultados, lo cual ha generado contradicciones que se han trasladado al DIP dotándolo de una «personalidad dividida»,¹⁰⁷ que ha dificultado su desarrollo.

Como veremos en el curso de esta memoria, estas contradicciones se manifiestan en el ámbito del DIP en cuestiones de tanta importancia como las fuentes de la disciplina y los sujetos que pueden ser destinatarios de sus normas, hecho que explica en gran medida la falta de cohesión y sentido unitario de dirección tan manifiesta en la evolución del DIP.

Refiriéndose a esta naturaleza dividida del DIP Bassiouni señala: «consecuencia directa de esta situación es que los autores que tratan de estos temas se distinguen por su enfoque, terminología, metodología, así como por la diferente valoración del objeto y funciones del Derecho Penal Internacional, según cuál sea la premisa doctrinal elegida (en función de los principios de base sobre que se apoyen). Así, los internacionalistas tenderán a analizar al Derecho Penal Internacional en base a las obligaciones asumidas por vía acordada y las prácticas consuetudinarias internacionales de los Estados en orden al cumplimiento de los mandatos del Derecho Penal Internacional a través de sus sistemas internos. Y, de otro lado, los penalistas tratarán de construir un modelo de ejecución internacional paralelo al sistema penal interno y se preocuparán de la codificación de las normas penales internacionales y su aplicación a través de un sistema internacional de justicia penal».¹⁰⁸

Todo lo anterior, nos lleva a afirmar, siguiendo en la doctrina nacional a Lledó, que al hablar del DIP nos referimos a una disciplina de naturaleza jurídica «híbrida», que contiene dentro de sí elementos tanto de Derecho internacional, como de Derecho penal, que intenta integrar para dar soluciones de Derecho independientes y que guarden relación con su fin último, la protección de aquellos bienes jurídicos internacionales más importantes para la existencia misma de la humanidad.

¹⁰⁶ Cfr. Góes & Martínez, *Ob. Cit.*, p. 44

¹⁰⁷ Bassiouni, *Ob., Cit.*, p. 77.

¹⁰⁸ Bassiouni, *Ob. Cit.*, pp. 77-78

El carácter doblemente subsidiario y de *ultima ratio* del Derecho internacional penal

Como vimos en el Capítulo I de esta memoria, desde una perspectiva garantista del derecho, al ser la pena la consecuencia jurídica más grave de aquellas previstas por el ordenamiento jurídico, se exige al Estado que sólo recurra al Derecho Penal en los casos en que sea no sólo absolutamente necesario, sino que imprescindible, y cuando sean insuficientes las medidas menos graves contempladas por otras áreas del Derecho, cuestión que es conocida como el principio de intervención mínima del Derecho Penal, en virtud del cual éste sólo debe actuar en los casos de atentados graves en contra de los bienes jurídicos más importantes, debiendo abstenerse de intervenir en otras situaciones.¹⁰⁹

Trasladando al ámbito internacional este carácter «subsidiario» o de «*ultima ratio*», reconocido para el Derecho penal en los ordenamientos jurídicos internos, y recapitulando lo dicho anteriormente, tenemos entonces que el Derecho internacional penal puede ser caracterizado como aquella área del ordenamiento jurídico internacional que tiene por misión el cautelar los bienes jurídicos más importantes de aquellos que conforman el orden internacional frente a las formas de agresión más graves. Bienes jurídicos que se encuentran constituidos no sólo por aquellos elementos que interesan a la comunidad internacional en cuanto a regulación de las relaciones entre Estados (que es la concepción clásica del Derecho Internacional Público), sino que también comprenden bienes jurídicos individuales que, por su relevancia, se elevan directamente al interés de la comunidad internacional la cual debe propender a protegerlos.¹¹⁰

Pero el carácter subsidiario del Derecho internacional penal no sólo se encuentra dado por la condición de *ultima ratio* que posee el ámbito punitivo del Derecho, también él se expresa en que, en general, sólo tendrá competencia para actuar en aquellos casos en que los ordenamientos internos de los Estados se demuestren impotentes para perseguir los atentados en contra de los bienes jurídicos que el DIP protege.

No obstante, sobre este último punto es necesario distinguir entre dos situaciones, dependiendo de cuál sea la naturaleza de los bienes jurídicos menoscabados.

Tratándose de bienes jurídicos propiamente internacionales, es decir, de bienes jurídicos que sólo tienen existencia en el ámbito internacional, y sobre los cuales los Estados carecen de competencia, como aquellos que importan únicamente a las relaciones entre Estados, el DIP tendrá autoridad directa para conocerlos. Estamos frente a bienes de este tipo de ilícitos fundamentalmente en los casos de atentados en contra de la paz internacional, como ocurre con el delito de agresión.

Por su parte, en el caso de otros crímenes, en los cuales lo que se afecta sean bienes jurídicos de naturaleza más bien individual, elevados al rango internacional por la gravedad que ellos conllevan, habrá que analizar, previo a poner en movimiento los mecanismos del DIP, el que ellos no puedan ser perseguidos y sancionados por los ordenamientos jurídicos internos, que actúen de acuerdo a las reglas generales de territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal, en los casos en que ello sea procedente.

Sólo si los Estados no pueden o no quieren perseguir los ilícitos cometidos dentro de sus fronteras, sancionados legalmente por el ordenamiento interno, y que puedan tener

¹⁰⁹ Muñoz Conde, "Introducción Al Derecho Penal", Ob. Cit., p. 107 y Gil, "El Genocidio y...", Ob. Cit., pp. 17 y ss.

¹¹⁰ Cfr. Góes & Martínez, Ob. Cit., pp. 39 y ss; Lledó, Ob. Cit., p. 44; y Gil «El Genocidio y Otros Crímenes...», Ob. Cit., p. 18.

un carácter internacional, se pondrá en marcha el DIP, puesto que en este aspecto el Derecho internacional penal sigue siendo deudor de las características tradicionales del Derecho internacional, en que el principio de soberanía de los Estados posee aún gran preponderancia. Obrar de manera distinta, sería interferir en los asuntos internos de cada país, cuestión que en la generalidad de los casos es inadmisibles.

O sea, el DIP sólo será doblemente subsidiario tratándose de estas últimas situaciones –trasgresiones a bienes jurídicos individuales elevados al rango internacional o cuya protección interesa a la Comunidad Internacional en su conjunto–. Pero será simplemente subsidiario en los casos en que lo violado sea un bien jurídico únicamente internacional, como ocurre con el crimen de agresión.¹¹¹

Respecto a la determinación de en qué casos un Estado no estará en condiciones para perseguir por sí mismo los crímenes en que se lesionan bienes jurídicos de carácter internacional, que a su vez se encuentran sancionados por el ordenamiento jurídico interno, es una cuestión de hecho que deberá analizarse caso a caso. No obstante, es posible dar algunas reglas al respecto. Así, un Estado podrá verse imposibilitado para perseguir un crimen internacional, estando obligado a ello:

Cuando una situación excepcional le impide hacerlo, como en el caso de que se esté desarrollando una guerra.

Cuando los crímenes son cometidos directamente por el Estado, o con su complicidad o anuencia, como en la mayoría de los regímenes de facto, ejemplo de lo cual fueron las dictaduras latinoamericanas durante el siglo pasado, en especial en Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile.

Cuando los crímenes son cometidos dentro de las fronteras de un Estado por grupos de facto sobre los cuales el Estado no tiene control, como ocurrió en Ruanda en la década de los '90.¹¹²

Ahora bien, ¿qué ocurre si los tribunales internos, coludidos o presionados por el poder político, juzgan y fallan respecto de hechos presuntamente constitutivos de crímenes internacionales, absolviéndolos o condenándolos irregularmente, con penas irrisorias o meramente aparentes?

En este caso nos encontramos ante una situación en la que entran en conflicto varias instituciones de Derecho, como el principio *non bis in idem* –en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho–, la cosa juzgada y el principio de doble subsidiariedad del DIP, también llamado principio de complementariedad; por una parte, y la función intrínseca que posee el DIP de perseguir y juzgar efectivamente a los responsables de crímenes internacionales, por otra.

Lo primero que debemos decir al respecto es que el principio *non bis in idem* y la cosa juzgada tienen plena efectividad en el ámbito internacional penal. Es decir, habiendo sido juzgado legítimamente un hecho por los tribunales internos, o estando pendiente un proceso, éste no puede ser luego objeto de un nuevo juicio ante instancias internacionales. Así lo ha reconocido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), el cual establece como cuestión de admisibilidad que se determine si el caso ha sido ya juzgado por los tribunales que tengan competencia para hacerlo, o si el hecho está actualmente en conocimiento por otro tribunal, situaciones en las cuales la CPI se abstendrá de conocer,

¹¹¹ Cfr. Gil, «El genocidio y...», *Ob. Cit.*, pp. 20-21

¹¹² Cfr. Gil, «El genocidio y...», *Ob. Cit.*, p. 21

según disponen los artículos 18, 19 y 20 del Estatuto.¹¹³ Empero, este principio tiene una limitación en el ámbito internacional, puesto que cuando el procedimiento es «aparente para la protección del sospechoso o de modo no independiente o parcial»¹¹⁴, las instancias internacionales pueden igualmente conocer los hechos presuntamente constitutivos de crímenes internacionales, aún cuando haya recaído sentencia sobre ellos, pasada en autoridad de cosa juzgada, o se encuentre pendiente un juicio que adolezca de estas características que lo vuelven irregular, y por tanto ilegítimo.¹¹⁵

La razón de esta excepción se encuentra en la necesidad de evitar que los criminales internacionales, principalmente cuando ellos se encuentran en una situación de poder dentro del país que los juzga originalmente, intenten eludir la acción de la justicia mediante juicios falsos, que pretendan dar legitimidad a sus acciones, absolviéndolos de ellas o dictando penas meramente testimoniales, que en nada significan un castigo o menoscabo para ellos. Esto se encuentra en perfecta concordancia con otros principios de derecho internacional, como la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y la imposibilidad de que estos sean amnistiados, cuestión que es consagrada en varios instrumentos internacionales, como los Convenios de Ginebra de 1949, el Convenio del Consejo de Europa de 25 de enero 1974, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El DIP y la responsabilidad penal individual

La noción del individuo como sujeto de Derecho internacional o la cautela de intereses individuales por parte de la comunidad internacional no es un tema pacífico. Tradicionalmente dentro de la concepción internacionalista se ha sostenido que únicamente los Estados pueden ser sujetos de Derecho Internacional, y que los individuos sólo pueden tener relevancia o pueden actuar en el orden internacional público a través de ellos, y no directamente, razón por la cual los intereses individuales tampoco podrían ser protegidos directamente por la comunidad internacional, sino en cuanto ellos se encuentren insertos en intereses propios del orden internacional.

Como ha señalado Quintano Ripollés, «La tradición jusinternacionalista constante, desde su formulación con caracteres verdaderamente positivos, de Grocio o Vattel para acá, reposó sobre la ficción de que sólo los Estados son sujetos de derecho, ignorando en absoluto la suprema realidad del hombre singular. Contradecía de este modo el pensar y sentir unánimes de las otras disciplinas jurídicas internas, en que la persona física es por sí misma el sustrato esencial e imprescindible del binomio capacidad-responsabilidad, partiendo de ella las ulteriores proyecciones más o menos ficticias de la personalidad moral.»¹¹⁶

¹¹³ Cfr. Ambos, Kai, *Ob. Cit.*, p. 83.

¹¹⁴ Ambos, Kai, *Ob. Cit.*, p. 83

¹¹⁵ Esta excepción al non bis in idem ha sido consagrada expresamente por el párrafo 3 del artículo 20 del Estatuto de Roma, el cual dispone que: « La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: »a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o »b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.»

¹¹⁶ Quintano, *Ob. Cit.*, Vol I. p. 185.

El argumento básico utilizado por aquellos autores que le niegan al individuo la calidad de sujeto de Derecho internacional –como Triepel, Anzilotti, Jellinek y otros–, se encuentra dado por el hecho de que esta disciplina jurídica, por definición, únicamente regula las relaciones entre Estados y sólo afecta a los individuos a través del Derecho interno. Cuestión que se encontraría ratificada por lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual establece en su primer párrafo que «Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte».¹¹⁷ Además, reafirman su postulado en la inexistencia de instancias jurisdiccionales de carácter internacional que pudieran perseguir directamente a los individuos.

La anterior concepción choca necesariamente con los principios sostenidos en Derecho penal, el que se funda en la personalidad e individualidad de la pena, que es condición *sine qua non* de su existencia¹¹⁸.

En Derecho penal, la mayoría de la doctrina sostiene que sólo los individuos pueden ser objeto de responsabilidad criminal, negándose esta calidad a las personas jurídicas o colectivas, entre las cuales se encuentran los Estados, grupos políticos, religiosos, culturales, etc.

Para los defensores de esta postura, las personas jurídicas –sean de Derecho público o privado– carecen de la voluntad necesaria para poder cometer delitos¹¹⁹. Además, de hacérseles responsables, la pena podría recaer sobre miembros de la colectividad que no hubieren participado directamente en la comisión del hecho, o que incluso lo desconocieran o se hubieren opuesto a él, con lo cual se violaría el principio de la personalidad de las penas, de acuerdo al cual sólo quienes hayan concurrido con su voluntad a la comisión del ilícito que se investiga pueden ser objeto de una sanción criminal.¹²⁰

En vista a lo anterior, en el último tiempo entre los internacionalistas se ha ido arribando a una concepción más amplia, la cual tiene por objeto, entre otros, salvar esta dicotomía entre normas internacionales y normas penales, que se trasladan al Derecho internacional penal debido a su naturaleza mixta o híbrida. En estas nuevas concepciones, se sostiene que la comunidad internacional sería un orden superior que va más allá que la simple reunión de Estados, debido a que estos últimos, en definitiva, no son otra cosa que instrumentos al servicio de los individuos y de la sociedad. Por esto se sostiene que existiría una doble dimensión de la Comunidad internacional: por una parte referida al conjunto de Estados reunidos y por la otra, como un conjunto social universal con intereses propios.

¹¹⁷ Cfr. Durán Bächler, Samuel, «El Individuo como Sujeto del derecho Internacional. Nuevas Tendencias». En Varios Autores, «Nuevos Enfoques del Derecho Internacional», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 61-62.

¹¹⁸ Cfr. Quintano, Ob. Cit., Vol I, p. 185.

¹¹⁹ Algunos autores, como Kelsen, sostienen que es erróneo fundar la inimputabilidad del Estado en una supuesta «inexistencia» de la voluntad para incurrir en dolo y por tanto cometer ilícitos. Para el jurista alemán, «la opinión de que el Estado como cuerpo colectivo no puede tener una intención culpable porque carece de funciones psíquicas no es concluyente. El Estado actúa solamente por medio de individuos; los actos del Estado son actos realizados por individuos en su carácter de órganos del Estado y, por lo tanto, actos imputados al Estado. Si sólo los actos cometidos por los órganos “voluntaria y y maliciosamente o con negligencia culpable” son imputables como transgresiones al Estado, es muy muy posible afirmar que el Estado debe tener “intención culpable” para que se le pueda hacer responsable por una transgresión. Si es posible imputar al Estado actos físicos realizados por individuos aunque el Estado carezca de cuerpo físico, debe ser posible imputar al Estado actos psíquicos aunque el Estado carezca de alma. La imputación al Estado es una construcción jurídica, no una descripción de una realidad natural.” (Kelsen, Hans, «La Paz por medio del Derecho», Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, 1946, p. 120).

¹²⁰ Cfr. Pacheco, Máximo, «Teoría del Derecho», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 107 y ss.

Las posturas más extremas –sostenidas por autores como Duguit, Scelle y Politis–, llegan a poner en una situación de igualdad, como sujetos de Derecho internacional, a los individuos y al Estado, e incluso se atreven a excluir a este último en beneficio de los primeros, afirmando que en definitiva el Derecho, de cualquier tipo, sólo puede ir dirigido a los individuos, que son los únicos que gozan de inteligencia y voluntad para poder cumplirlo, siendo la sociedad internacional entonces una colectividad de individuos, relegando al Estado a la calidad de un mero instrumento técnico para la gestión de los intereses colectivos.¹²¹

En su consagración positiva, el principio de la responsabilidad individual en el ámbito internacional penal lo encontramos expresado en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, sancionados por la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El segundo de ellos dispone que «el hecho de que la legislación interna no imponga una pena por un acto que constituye una violación al derecho internacional no exime a la persona que hubiera cometido el acto de la responsabilidad ante el derecho internacional». En el mismo sentido se han pronunciado la Convención contra el Genocidio de 1948, el «Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad» y, más recientemente, los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia (TPIY), para Ruanda (TPIR) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI).

El Estatuto del TPIY señala en su artículo 6º que el tribunal sólo tendrá competencia con respecto a las personas físicas, cuestión que se reafirma en los artículo 2º a 4º, en los cuales siempre se habla de perseguir a «las personas» y nunca a grupos u organizaciones. Además en el artículo 7 se establece que los culpables de cometer algunos de los delitos señalados en los artículo 2 a 5 serán individualmente responsables por sus actos. Por su parte, el estatuto del TPIR dispone en el artículo 5º que la jurisdicción del Tribunal se ejercerá sobre las «personas naturales», y en el inciso 1º del artículo 6º, establece que «La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.»¹²²

Finalmente, el Estatuto de de la CPI señala en su artículo 25 que sólo podrán ser perseguidas por los crímenes que caen dentro de la órbita de competencia de la Corte las «personas naturales».

Los sistemas de aplicación del Derecho internacional penal

Aún cuando hasta la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional, el 1º de julio de 2002, no ha existido en el mundo un órgano jurisdiccional de carácter permanente y general que tuviera por misión hacer cumplir las normas de Derecho internacional penal, ello no significa que esta área de la ciencia jurídica haya carecido absolutamente hasta ese momento de mecanismos mediante los cuales hacer efectivos sus postulados.

¹²¹ Durán Bächler, Ob. Cit., p. 62.

¹²² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado por resolución 955, de 8 de noviembre de 1994. Artículo 6º.

Desde su aparición y desarrollo luego de la Segunda Guerra Mundial, se han ido buscando diversas formas de aplicar el Derecho internacional penal y de castigar a aquellos que osan transgredir sus mandatos imperativos. Es así que se han conocido básicamente dos sistemas de aplicación de la normativa internacional penal, los cuales podemos denominar, siguiendo a Bassiouni, sistema *directo* e *indirecto* de aplicación del Derecho internacional penal¹²³.

El primero de ellos es el propio de la Comunidad Internacional organizada, a través del cual actúa abiertamente en la persecución y sanción de los criminales internacionales a través de órganos jurisdiccionales creados especialmente al efecto, como han sido los tribunales internacionales de Núremberg, la ex-Yugoslavia y de Ruanda, y hoy la Corte Penal Internacional.

Para el resto de los crímenes, que no han contado, ni cuentan, con una estructura supranacional a través de la cual hacerse efectivos, se ha ideado un sistema de aplicación indirecto, materializado a través de los órganos jurisdiccionales internos de los Estados, que actúan en la persecución de los ilícitos internacionales en virtud del principio de jurisdicción universal que informa todo el Derecho internacional penal.

El sistema de aplicación indirecto y el principio de universalidad

Debido fundamentalmente a razones políticas que han trasuntado en la imposibilidad de crear un órgano internacional permanente de aplicación de justicia y un código de crímenes internacionales que sistematice y transforme en Derecho positivo los ilícitos que aún gozan de un gran grado de ambigüedad, se han debido buscar formas alternativas de hacer realidad la necesidad de contar con un Derecho internacional penal que sea efectivo en la persecución de aquellos atentados más graves en contra de los bienes jurídicos que le interesa proteger al conjunto de la Comunidad Internacional. Con este objetivo, en el pasado se han ido identificando conductas que requieren de una penalización internacional, para luego ellas incluirlas en convenios multilaterales que los Estados pueden o no suscribir, entregándoles seguidamente a éstos la tarea de incorporarlos a sus legislaciones internas para materializar su persecución o conceder la extradición hacia otro Estado que esté dispuesto a hacerlo, lo que se traduce en la máxima *aut dedere, aut iudicare* (o entregar o juzgar).¹²⁴

El fundamento de este sistema se encuentra en el llamado principio de universalidad del Derecho internacional penal, en virtud del cual «cualquier Estado que tenga en su poder al ofensor puede juzgarlo y punirlo, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima y de la conexión territorial con el delito».¹²⁵ Dicho principio se encuentra recogido en gran parte de los instrumentos internacionales que conforman el DIP, como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977;¹²⁶ la Convención contra el

¹²³ Cfr. Bassiouni, *Ob. Cit.*, pp. 80 y ss.

¹²⁴ Cfr. Zuppi, Alberto Luis, «*Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional: el camino hacia la Corte Penal Internacional*», Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc, 2002, p. 91; Bassiouni, *Ob. Cit.*, p. 81; Lledo, *Ob. Cit.*, p. 51 y ss; Goles & Martínez, *Ob. Cit.*, p. 179.

¹²⁵ Zuppi, *Ob. Cit.*, p. 91.

¹²⁶ En los Convenios de Ginebra se establece expresamente que: «Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones

Genocidio, de 1948; La Convención contra el *Apartheid*, de 1973; La Convención contra la Tortura, de 1984, etc. Además muchos Estados lo han incorporado a sus ordenamientos internos, ya sea expresamente o mediante la ratificación de alguno de los antedichos instrumentos.

En este caso nos encontramos frente a una excepción al principio de territorialidad que informa al Derecho penal, de acuerdo al que los Tribunales de justicia sólo tienen jurisdicción para perseguir criminalmente a aquellos ilícitos que se han cometido dentro de las fronteras del Estado.¹²⁷

El fundamento de este principio y de este sistema de aplicación del Derecho internacional penal se encuentra en que, frente a la gravedad de los actos por estas normas prohibidos, se hace necesario e imprescindible que todos los Estados concurren a la sanción de las conductas. En este caso no estamos frente a una mera expresión de extraterritorialidad de la ley penal, sino que se entiende que es la Comunidad Internacional en su conjunto la que concurre para perseguir los crímenes, pues aún cuando es un Estado el que juzga el *ius puniendi* se mantiene en manos de la Comunidad Internacional, la cual actúa representada en este caso por el Estado.¹²⁸

Algunas de las formas por que se puede optar para incorporar a las legislaciones internas las normas de Derecho penal internacional son las siguientes:¹²⁹

El sistema de doble imputación: Una vez analizada su legislación vigente, el Estado puede llegar a la conclusión de que en su ordenamiento ya se encuentran suficientemente sancionadas las normas de Derecho internacional penal, sea en su legislación común o militar –por ejemplo respecto de los crímenes de guerra–, por lo que no es necesario crear una imputación especial para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de sus compromisos internacionales. En este caso entonces, se opta sólo por remitirse a las normas de Derecho internacional suscritas por el Estado para los casos en que pudieren presentarse posibles lagunas o problemas de interpretación respecto de determinadas conductas, en el entendido de que las normas de Derecho internacional tienen primacía sobre las de Derecho interno.

Sistema de imputación global en el Derecho interno o de reenvío: en este caso, la imputación de los crímenes internacionales se realiza en la legislación interna mediante una cláusula de referencia o reenvío a las disposiciones que sean pertinentes del Derecho internacional penal en particular o del Derecho internacional en general.

Sistema de imputación específica de las infracciones que figuren en los tratados de Derecho internacional penal: supuesto en que la recepción de las normas de Derecho internacional penal se realiza mediante la promulgación de nuevas disposiciones legales que las contemplen expresamente, sea copiando textualmente la norma internacional en una norma de Derecho interno, o redefiniendo el texto de la norma internacional realizando en la ley una nueva redacción que contemple las conductas penadas internacionalmente.

previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.» (artículos 49 del Convenio I, 50 del Convenio II, 129 del Convenio III y 146 del Convenio IV).

¹²⁷ Para un completo tratamiento de la validez de la ley penal en el espacio vid., Jiménez de Asúa, «*Tratado de Derecho Penal*», Ob., Cit., Vol. II, pp. 720 y ss.

¹²⁸ Cfr. Lledó, Ob. Cit., p. 52; Góes & Martínez, Ob. Cit. p. 180.

¹²⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, «*Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal*», Documento disponible en el sitio Web del CICR, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMR5>

Sistemas mixtos: que realicen una mezcla entre algunos o todos los sistemas señalados precedentemente.

Como vemos, no existe un sistema único mediante el cual los Estados deban dar cumplimiento a su obligación de incorporar en el Derecho interno las normas derivadas del DIP, y ello porque habitualmente ni siquiera los tratados sobre la materia señalan un modo en que los Estados deberán materializar esta exigencia, cuestión que es común al Derecho internacional en general, otorgándose plena libertad al Derecho doméstico para que opte por la solución que le parezca más adecuada.¹³⁰

En vista a la falta de una solución única de derecho positivo internacional frente al tema, es que en doctrina se conocen varias teorías respecto a cómo se debe realizar la recepción de las normas internacionales en Derecho interno, las principales de las cuales son:

Teoría dualista o pluralista: expuesta originalmente por el jurista alemán Triepel, esta posición plantea que existe una separación radical entre los ordenamientos jurídicos internos y el ordenamiento jurídico internacional, debido a que ambas áreas están llamadas a regular relaciones distintas y poseen fuentes jurídicas diferentes. Para esta teoría el Derecho internacional sólo puede tener aplicación en el Derecho interno mediante su transformación en ley nacional a través de los procedimientos propios de cada Estado, el cual, además, está facultado para otorgarle dentro de la pirámide de las fuentes del Derecho el lugar de jerarquía que considere más conveniente.¹³¹

Teoría monista: sustentada fundamentalmente por Kelsen, para esta posición entre el Derecho interno y el internacional existe una relación de unidad, por cuanto ambos constituyen un solo orden jurídico universal. Para ellos, el Derecho internacional debe primar sobre el interno, por cuanto consideran que «los ordenamientos internos tienen un carácter derivado respecto del D.I., y la juridicidad y obligatoriedad de los ordenamientos internos están basadas en una norma de D.I. que otorga a los sujetos internacionales la potestad de construir sus ordenamientos jurídicos respectivos»¹³². De acuerdo a esta teoría, bastaría con la sola adopción de una norma en el Derecho internacional, para que ésta se entienda incorporada al Derecho interno de los Estados que la suscriban.¹³³

Aún cuando entre las teorías monistas y dualistas existe un amplio abanico de otras posibilidades¹³⁴, en general los países optan por una u otra, o mezclan ambas a la hora de resolver el problema de cómo en su legislación interna será aplicada la norma internacional, cuestión que habitualmente es resuelta a través de la Constitución, la ley (sea mediante

¹³⁰ Varios Autores, «*Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*» Editores: Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge, Santiago, Chile. Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, 1996, p. 53.

¹³¹ Cfr. Varios Autores, «*Sistema jurídico y derechos humanos...*», *Ob. Cit.*, p. 53; Díez de Velasco, Manuel, «*Instituciones de Derecho Internacional Público*», Tomo I, 7ª edición, Madrid, España. Editorial Tecnos, 1985, p. 165; Llanos Mansilla, Hugo, «*Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*», Tomo I, 2ª edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 395-397

¹³² Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 166.

¹³³ Cfr. Varios Autores, «*Sistema jurídico y derechos humanos...*», *Ob. Cit.*, p. 53; Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 166; Llanos Mansilla, *Ob. Cit.*, pp. 398-400.

¹³⁴ Para otras teorías sobre recepción en el ordenamiento interno del Derecho internacional Vid. Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, pp. 164 y ss.; y Llanos Mansilla, *Ob. Cit.*, pp. 395 y ss.

leyes específicas para cada tratado en particular o mediante una ley única sobre recepción del Derecho internacional) o de la práctica de los tribunales.¹³⁵

Que no exista una solución única respecto a la forma en que los Estados deben cumplir su obligación de recepcionar en el ordenamiento interno las normas internacionales suscritas, sea porque la diversidad de legislaciones y sistemas jurídicos no lo permiten, sea porque establecer normas demasiado rígidas sobre la materia podría desincentivar la suscripción de los instrumentos de Derecho internacional penal, ha sido objeto de duras críticas en la doctrina, por cuanto nada garantiza que esas adecuaciones se realizarán, ni el valor que las nuevas disposiciones que se adopten tendrán en el Derecho interno. Ni siquiera es posible prever que dichas normas serán aplicadas, toda vez que queda a la absoluta discreción de los Estados el hacer o no efectivas las responsabilidades derivadas de las normas de Derecho internacional penal, cuestión que ha sido demostrada de manera práctica en el hecho de que son escasas las situaciones en que los Estados han realmente perseguido a sujetos presuntamente responsables de crímenes internacionales, y ello no porque éstos no hayan existido –baste recordar lo sucedido en Viet Nam o Afganistán en el siglo pasado–, sino simplemente por falta de voluntad política para hacerlo. Debido a esto hay quienes han llegado a afirmar que las normas de Derecho internacional penal ni siquiera serían normas penales como tales, puesto que no crearían tipos aplicables a los individuos, sino simplemente impondrían obligaciones a los Estados de reprimir determinadas conductas, es decir, importarían una especie de obligación de hacer, consistente en incluir dentro de sus normas los aspectos de Derecho internacional contenidos por un instrumento suscrito. La disposición internacional penal sería sólo una norma de conducta para el Estado, siendo la verdadera norma penal aquella que dictara éste en su ordenamiento interno.¹³⁶

Otra crítica que es posible hacer a esta forma de aplicación del Derecho internacional penal (DIP), se encuentra dada por la carencia casi absoluta de sistematización que existe en un conjunto de normas que se ha ido creando en base a acuerdos internacionales aislados, que no siempre guardan la debida coherencia entre sí. Esta situación es claramente palpable en el caso de los llamados «crímenes contra la humanidad», los cuales carecen de un cuerpo normativo único que los regule, encontrándose diseminados en numerosos acuerdos que no han tenido igual grado de adhesión por parte de los países.¹³⁷

Finalmente, otra de las múltiples críticas que se puede hacer a esta forma de aplicar el DIP encuentra su fundamento en el hecho de que habitualmente son los mismo Estados, llamados a hacer aplicación de estas normas, quienes se ven comprometidos, de una u otra forma, en los crímenes que se imputan.

¹³⁵ Cfr. Lledó, *Ob. Cit.*, p. 60

¹³⁶ Cfr. Bassiouni, *Ob. Cit.*, pp., 81-82; Góes & Martínez, *Ob. Cit.*, p. 180; Gil, «*Derecho penal internacional...*», *Ob. Cit.*, pp. 55-57. Sobre el particular esta última autora señala que «Es necesario recordar, en primer lugar, que la norma internacional no expresa meramente la prohibición de la conducta, sino la prohibición jurídica bajo amenaza de pena, con la consiguiente afirmación de que el hecho contrario a la norma constituye un ilícito penal internacional, aunque para la determinación y la imposición de dicha pena deba acudir a los órganos internos o a órganos internacionales todavía inexistentes o que se constituyan *ad-hoc*» (Gil, «*Derecho penal internacional...*», *Ob. Cit.*, p. 57).

¹³⁷ Es cierto que esta situación ha comenzado a revertirse con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin embargo creemos importante recalcar que ello es así sólo para los crímenes que se encuentran efectivamente contemplados en el Estatuto, y sólo para conductas producidas con posterioridad a la entrada en vigencia de éste y que caigan bajo alguna de las reglas de competencia de la Corte, la que no es «universal», por lo que aún hay muchas situaciones de «crímenes contra la humanidad» que deberán regirse por el sistema indirecto.

En este caso, como señala Alicia Gil, se pueden dar dos situaciones: en primer lugar puede suceder que los sujetos sospechosos de haber cometido crímenes de carácter internacional se encuentren aún en el poder en el país en que se denuncian los hechos, situación en la cual los intentos por parte de un Estado de investigar los hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad se pueden considerar una ingerencia en los asuntos internos de otro país, un atentado a la soberanía interna o un intento por provocar, desde el extranjero, la desestabilización y caída de un determinado régimen.

Por otro lado, si los presuntos responsables no ostentan ya el poder político, la persecución desde el extranjero también puede ser considerada una intromisión en los asuntos internos, que vulnere la soberanía, no reconociendo decisiones sobre amnistía o indulto adoptadas por un gobierno que haya asumido posteriormente o dictadas por un Parlamento elegido democráticamente. Aún más, también puede darse el caso de que con ello se vulnere el principio de *non bis in idem*, es decir, el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.¹³⁸

Como vemos, la cuestión de la aplicación indirecta del Derecho Internacional Penal choca constantemente con el principio de soberanía, reconocido ampliamente en Derecho internacional, aún cuando éste haya ido suavizando su amplitud el último tiempo. Esto se hace mucho más patente en los casos en que el presunto criminal de guerra sea nacional, o incluso pertenezca al gobierno, de un Estado de los llamados «poderosos», pues en ese caso el que un país más pequeño pudiera juzgar a estos inculpadados se torna virtualmente imposible, o al menos poco efectivo, pues aún cuando se pudiera llegar a la comprobación de los hechos imputados y su consiguiente penalización, difícilmente esa sentencia llegaría a materializarse en una condena efectiva.

Visto todo lo anterior cabe legítimamente preguntarse ¿qué clase de Derecho penal es éste que puede ser aplicado discrecionalmente y cuyas disposiciones carecen de *imperium* para hacer cumplir lo juzgado? La respuesta es clara en los casos en que las disposiciones de DIP adquieren fuerza obligatoria a través de su incorporación a la legislación interna, mediante su sanción como Ley de la República, con todas las atribuciones que éstas tienen. Pero en estas situaciones nos encontramos verdaderamente ante una norma penal de naturaleza interna, y que como tal tiene validez debiendo ser aplicadas obligatoriamente por los tribunales de justicia, pero en los otros casos parece por lo menos «dudoso» o «peligroso» aceptar el carácter verdaderamente penal de las normas del DIP, al menos en su aplicación indirecta.

No obstante, el sistema indirecto de aplicación del Derecho internacional penal ha sido, por muchos años, el único que ha conocido el mundo, y aún cuando son escasos los casos en que ha sido efectivamente utilizado, en la práctica si es posible encontrar escenarios en que se ha hecho uso de este sistema para perseguir a presuntos responsables de crímenes internacionales. Algunos ejemplos de ello son: el caso contra *Adolf Eichman*, por crímenes contra la humanidad, sujeto que fue extraditado desde Argentina a petición del Estado de Israel a principios de la década de los '60, siendo juzgado por este último país en virtud del principio de la jurisdicción universal y pese a que dicho Estado aún no existía al momento de producirse los sucesos por los que se le acusaba; el caso contra *Albert Rauca*, criminal de guerra nazi que fue extraditado por Canadá a la República Federal de Alemania en 1982; el caso «*Filártiga v. Peña Irala*», en que los tribunales de Estados Unidos juzgaron a Peña Irala por haber provocado la muerte bajo tortura a un joven paraguayo; el caso contra Klaus Barbie, criminal de guerra juzgado por los tribunales franceses en la década de los '80; y

¹³⁸ Cfr. Gil, «*El genocidio y otros crímenes internacionales*», *Ob. Cit.*, pp. 27-28

el caso contra *Augusto Pinochet*, por crímenes contra la humanidad y genocidio, seguido ante las Cortes de España hasta el día de hoy.¹³⁹

El sistema de aplicación directo

Este sistema presupone, no la acción de los Estados individualmente considerados o actuando en grupo, sino que es la Comunidad Internacional como un todo la cual se aboca al conocimiento, prevención y sanción de algunos de los crímenes más graves cometidos en contra de ella.

Ahora bien, es necesario señalar que hasta el momento de creación de la Corte Penal Internacional el mundo carecía de un órgano de carácter permanente, preconstituido y con una normativa clara a aplicar en aquellos casos en que se cometieren crímenes internacionales. Sin embargo, ello no significa que el sistema de aplicación directo haya sido inexistente hasta antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, por cuanto han existido en la historia algunos ejemplos de situaciones en que se ha actuado coordinadamente frente a determinados hechos considerados altamente graves. Expresión clara de esto último son las instancias jurisdiccionales especiales creadas por Naciones Unidas con objeto de juzgar hechos cometidos en determinados territorios y que, ya sea por desaparición del Estado en que ellos ocurrieron, o por imposibilidad de los ordenamientos jurídicos internos de hacer frente a ellos han ameritado la creación de tribunales originados en la facultad otorgada al Consejo de Seguridad de la ONU por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Estas instancias jurisdiccionales han sido los ya mencionados: Tribunal Internacional para la ExYugoslavia, Tribunal para Ruanda y el recientemente creado Tribunal para Sierra Leona.

No obstante, siguiendo lo expresado por Gales & Martínez, se puede afirmar que estos tribunales internacionales no son los únicos que pueden intervenir en casos en que produzcan trasgresiones en contra de las normas de DIP. Estos autores reconocen 3 niveles de instancias jurisdiccionales competentes para conocer de determinados ilícitos de DIP¹⁴⁰:

Órganos generales del Derecho internacional,

Si bien no tienen por función específica el servir de medios de aplicación del DIP, pueden llegar a intervenir en determinadas situaciones. Ejemplos de ello son:

La Organización de Naciones Unidas, particularmente el Consejo de Seguridad, el cual de acuerdo a lo dispuesto por el capítulo VII de su Carta puede tomar las medidas necesarias, pacíficas o no, para el caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión. En virtud de esta facultad es que la Organización ha creado instancias judiciales específicas para conocer de hechos ocurridos en situaciones particularmente graves ocurridas a finales del siglo XX, como los tribunales internacionales ad-hoc para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda.

¹³⁹ Para una completa relación de casos en que tribunales internos han juzgado a criminales internacionales en virtud del principio de la universalidad ver: Zuppi, Ob. Cit., pp. 92 y ss. Para referencias y análisis respecto del llamado «Caso Pinochet» ver: Contreras Clunes, Alberto, «Comentario al Caso Pinochet», en Revista *Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 575-587; Lagos Erazo, Jaime, «El “caso Pinochet” ante las Cortes Británicas», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999; Rojas Aravena, Francisco & Stefoni, Carolina (Editores), «El Caso Pinochet: Visiones Hemisféricas de su Detención en Londres», Santiago, Chile. FLACSO, 2001. Una completa relación de documentos oficiales relacionados al caso Pinochet se puede encontrar en Gales & Martínez, Ob. Cit., Vol. II.

¹⁴⁰ Cfr. Gales & Martínez, Ob. Cit., pp. 183 y ss.

La Corte Internacional de Justicia, que de acuerdo a su competencia para conocer de todas las situaciones de Derecho internacional que puedan surgir entre países que acepten someterse voluntariamente a su jurisdicción, puede llegar a juzgar ilícitos de carácter internacional penal, como el crimen de agresión.

Órganos especiales de Derecho internacional

En esta categoría Góes & Martínez agrupan fundamentalmente a aquellas instancias jurisdiccionales creadas para la salvaguarda del Derecho internacional humanitario, que se encuentra muy ligado al DIP. Ellos ejercen función aplicando básicamente instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que también son reconocidos como parte del DIP.

Ejemplos de este tipo de tribunales son:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Interamericano de Derechos Humanos.

Órganos de Derecho internacional penal propiamente tales

Tribunales internacionales ad-hoc

Bajo esta categoría es posible agrupar fundamentalmente a aquellas instancias creadas especialmente para aplicar el Derecho internacional penal, aún cuando no con un carácter general y permanente, sino para situaciones y conductas específicas, y habitualmente también ocurridas durante un período de tiempo determinado.

Este tipo de órganos jurisdiccionales a su vez es posible aglutinarlos en dos grupos:

Tribunales militares de posguerra, entre los que se contemplan los antiguos tribunales de Nüremberg y Tokio

Tribunales internacionales ad-hoc, creados por el Consejo de Seguridad de la ONU en virtud de las facultades otorgadas por el capítulo VII de su Carta, con el objetivo de conocer hechos específicos, ocurridos durante un período determinado de tiempo, en países o territorios igualmente determinados. Ellos son fundamentalmente: el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona.

La Corte Penal Internacional

Especial relevancia dentro de estos órganos de jurisdicción, propiamente internacional penal tiene la Corte Penal Internacional, creada en 1998 a través de la Conferencia de Roma.

Aún cuando hay quienes remontan los orígenes del establecimiento de una justicia penal internacional hasta el siglo XIX, cuando Gustave Moynier propuso por primera vez, en 1872, la creación de un tribunal internacional de carácter permanente¹⁴¹, no es sino hasta luego de finalizada la II Guerra Mundial que puede hablarse propiamente de

¹⁴¹ En este sentido, Keith Hall, Christopher, «La Primera Propuesta de Creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente», En *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 145, Marzo de 1998, Págs. 63-82; Faúndez Ledesma, Héctor, «Los Antecedentes de la Corte Penal Internacional», documento electrónico disponible en el sitio web de la Coalición de ONGs por una Corte Penal Internacional, http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Hector_Faundez.pdf ; y Góes & Martínez, *Ob. Cit.* Págs. 55 y ss.

esfuerzos serios y sistemáticos por establecer una instancia jurisdiccional que se avocara al conocimiento de los principales crímenes internacionales.

En 1947, una vez finalizados los procesos de Nüremberg y Tokio, y mediante la resolución 177 (II), la Organización de las Naciones Unidas encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que formulara y sistematizara los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal Internacional de Nüremberg, encomendándole a su vez la elaboración de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Posteriormente, mediante resolución 260 B (III), de 9 de diciembre de 1948, conjuntamente con aprobar la Convención contra el Genocidio, la Asamblea General de la ONU encargó a la Comisión que examinara «si era conveniente y posible crear un órgano jurisdiccional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales»¹⁴²

Ahora bien, pese a que ya en 1947 Henri Donnedieu de Vabres, representante del gobierno francés en la Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación de Derecho Internacional de la ONU, presentó ante dicho organismo una propuesta concreta sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, y a que entre 1949 y 1954 la Comisión de Derecho Internacional se avocó a la preparación de un Estatuto para un organismo de este tipo, que fue presentado en 1954 a la Asamblea General, no será sino hasta finales del siglo XX que la justicia internacional penal, independiente y permanente, habrá de ir progresivamente transformándose en una realidad. En todo el período intermedio, la posibilidad de crear una instancia jurisdiccional de este tipo se vio frenada, principalmente, debido a la Guerra Fría, durante la cual las dos principales potencias en conflicto, Estados Unidos y la Unión Soviética, se mostraron reacias a dar su apoyo a un órgano que podría actuar en situaciones en que ellas se vieran involucradas, sancionando a sus nacionales por crímenes que cometieran en el curso de sus «misiones» internacionales, como fueron, por ejemplo, las intervenciones armadas en Vietnam y Afganistán.

Una vez finalizada la Guerra Fría, y desplomado el bloque soviético, el mundo se encontró por primera vez ante la posibilidad de hacer realidad la creación de una justicia internacional. Es así que en 1989, Trinidad y Tobago, motivado por el grave aumento experimentado por el delito de tráfico de drogas, replantea ante la Asamblea General de la ONU la necesidad de crear una Corte Penal Internacional, encargándose a la Comisión de Derecho Internacional que retomara los estudios sobre esta materia. Ante los informes evacuados por la Comisión, la Asamblea General en 1992 le encomienda a ésta que prepare un Estatuto para un futuro Tribunal Penal Internacional, el que es presentado en diciembre de 1994, recomendándose que se convocara a una Conferencia de Plenipotenciarios que negociaran el tratado para la adopción del Estatuto, y estableciendo además una Comisión ad-hoc que repasara y revisara el proyecto original.

En diciembre de 1995, acogiendo las indicaciones de la Comisión de Derecho Internacional, la Asamblea General decide establecer un Comité Preparatorio abierto a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los miembros de agencias especializadas o de la Agencia Internacional de Energía Nuclear, que discutiría la principales cuestiones sustantivas y administrativas contenidas en el Estatuto Preliminar preparado por la Comisión en vistas a preparar un texto definitivo sobre la creación de una Corte Penal Internacional, que sería presentado en una próxima Conferencia de Plenipotenciarios.

¹⁴² Faúndez, Ob. Cit. Pág. 17.

Luego de que la Comisión se hubiere reunido en dos ocasiones, la Asamblea General decide, en 1996, convocar a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios con el objeto de que el Estatuto en preparación fuese adoptado como tratado. Dicha conferencia habría de realizarse en julio de 1998, en Roma.

Como actos preparatorios de la Conferencia de Roma, en enero de 1998 se elabora en Holanda el Informe Zutphen, el que consolida los varios textos preliminares elaborados en dos años de reuniones del Comité Preparatorio y entre el 16 de marzo y el 3 de abril de ese mismo año, se realiza la sexta reunión del Comité Preparatorio, para afinar el proyecto y acordar el procedimiento de la Conferencia.

Entre el 15 de Junio y el 17 de Julio de 1998, se lleva a cabo la Conferencia de Roma, a la que asisten plenipotenciarios de 160 naciones, así como representantes invitados de numerosas Organizaciones No Gubernamentales (ONG) de todo el mundo. En dicha oportunidad, pese a lo complejo de las negociaciones que se llevan adelante, se adopta el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, por 120 votos a favor, 7 en contra (Estados Unidos, Libia, Irak, Israel, India, China y Qatar) y 33 abstenciones.

Una vez adoptado el Estatuto, y principalmente impulsado por la labor de una Coalición de ONGs, la mayoría de ellas participantes de la Conferencia de Roma, comienzan los trabajos preparatorios para la entrada en funciones de la Corte Penal Internacional, en espera de que se consiguieran el número de ratificaciones necesarias, siendo Senegal el primer Estado Parte en ratificarlo, el 2 de febrero de 1999.

El 30 de junio de 2000 la Comisión Preparatoria adopta los proyectos de textos definitivos de las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes, en conformidad con el mandato del Acta Final de la Conferencia de Roma. Ese mismo año, en diciembre, se cumple el plazo para que los países pudieran concurrir con su firma al Estatuto, siendo los últimos en hacerlo Estados Unidos, Irán e Israel, elevando con ello a 139 el número de firmas.

El 1 de julio de 2002, con 76 ratificaciones y 139 firmas entró en vigor el Estatuto de Roma.

Como señala Waldo Bown, «Este organismo es la primera Corte permanente creada dentro del ámbito internacional penal que investiga y lleva ante la justicia a los individuos, no a los Estados, responsables de cometer “los crímenes más graves de trascendencia internacional”, a saber: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y una vez que sea definida, la agresión.

»A diferencia de la Corte Interamericana que resuelve sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes, surgidos de la Convención Americana de Derechos Humanos, la CPI establecerá la responsabilidad penal individual; y, a diferencia de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia, creados por resolución del Consejo de Seguridad, su jurisdicción no estará cronológica o geográficamente limitada.

»La CPI no es retroactiva, aplicándose sólo a aquellos crímenes cometidos después de su entrada en vigor. La CPI es complementaria a los sistemas de justicia nacionales, actuando sólo cuando los Estados son incapaces o no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes. De modo que la responsabilidad primaria recaerá sobre los Estados. Esto tiene como resultado que los Estados modernicen sus sistemas penales, tipifiquen crímenes internacionales y fortalezcan la independencia del poder judicial, lo que tendrá un

efecto positivo en la protección de los derechos humanos a escala mundial, al tiempo de asegurar la mejor cooperación entre los países y la Corte.»¹⁴³

Ahora bien, aún cuando la creación de la CPI constituye todo un hito dentro del desarrollo de la justicia internacional penal, su establecimiento en modo alguno significa que, desde ahora y en adelante, el sistema indirecto de aplicación del DIP vaya a perder toda trascendencia, y que el sistema directo vaya a constituirse en el único aplicable.

La Corte Penal Internacional, en virtud del principio de irretroactividad, sólo tiene jurisdicción para conocer de los hechos ocurridos luego de que haya entrado en funciones, es decir, luego del 1º de julio de 2002. Además, sólo tendrá competencia para juzgar los hechos que caigan bajo el tipo de alguno de los crímenes contemplados en su Estatuto¹⁴⁴, que si bien son la mayoría de los ilícitos de DIP conocidos hasta ahora, no son los únicos. Asimismo, sólo podrá actuar en aquellos casos en que se cumplan los requisitos necesarios para echar a andar su competencia, es decir, cuando el crimen sea cometido en un Estado miembro de la Corte o el autor fuese nacional de un Estado Miembro.

Como vemos, durante un buen tiempo aún, el sistema directo e indirecto de aplicación del DIP seguirán actuando paralelamente, sea para conocer de todos los hechos acaecidos antes de la entrada en vigencia del Estatuto, sea para conocer los actos que ocurrieren en Estados no miembros de la Corte o por personas que no sean nacionales de ninguno de sus países miembros, o para conocer crímenes que no se encuentran tipificados en el Estatuto. Con lo que, en la práctica, se reduce en mucho el verdadero grado de efectividad que habrá de tener este organismo, al menos mientras logre concitar un amplio nivel de apoyo y ratificaciones, cuestión que aún está lejos de suceder.

¹⁴³ Bown Intveen, Waldo, «*Los Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. Profesor guía: Eduardo Sepúlveda Crerar., pp. 24-25

¹⁴⁴ Para un tratamiento pormenorizado de los crímenes de competencia de la Corte, vid., Bown, Ob. Cit.

El principio de legalidad ante el Derecho internacional penal

Planteamiento del problema

Como hemos visto hasta ahora, en virtud del aforismo «*nullum crimen nulla poena sine lege*» se ha establecido ya históricamente por los tratadistas del Derecho Penal y por las diversas legislaciones, el que nadie pueda ser culpado ni condenado sino en virtud de una ley dictada con anterioridad a la comisión del delito que se imputa.

Sin embargo, la aplicación internacional de este principio, que para muchas legislaciones y autores es casi sagrado, no ha estado exento de polémicas a nivel del Derecho internacional penal, en el cual, como ya vimos, difícilmente podemos hallar normas internacionales, de rango legal, que den satisfacción a los más exigentes teóricos de la ciencia jurídico-criminal.

A continuación nos avocaremos al estudio de esta problemática, para lo cual habremos de dividir nuestro trabajo en dos secciones:

En la primera habremos de analizar las manifestaciones del principio de legalidad en el Derecho internacional penal en general, toda vez que, como hemos visto, éste sigue teniendo aplicación a través del sistema de jurisdicción indirecta que pueden ejercer los Estados para los crímenes no contemplados en el Estatuto de Roma u ocurridos antes de su entrada en vigor, que es donde el principio más particularidades y controversias puede suscitar.

Seguidamente, analizaremos cómo el principio es receptado por el Estatuto de Roma, sus manifestaciones e implicancias jurídicas.

Los aspectos del principio de legalidad y el derecho internacional penal en general

Las fuentes del Derecho internacional penal y el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*

Tal vez el aspecto en que queda demostrada de manera más fehaciente la naturaleza «híbrida» del Derecho Internacional Penal es en lo relativo a las fuentes formales de la disciplina.

Como ya vimos en el capítulo I de esta memoria, en Derecho penal –al menos en aquel que, como el nuestro, sigue la tradición romanista continental– la única fuente capaz de establecer delitos y sus respectivas penas es la ley, excluyéndose cualquier otra.

No obstante, en el ámbito internacional se desconoce a la ley como fuente del Derecho, por cuanto no existe un órgano legislativo único que sea capaz de establecer con fuerza obligatoria normas que posean el rango de ley. Y aún más, en esta órbita jurídica se le da gran valor a la costumbre como fuente, la cual es excluida casi unánimemente por los tratadistas del Derecho penal como base para el establecimiento de delitos y de penas.

Entonces, si como vimos el DIP posee tanto caracteres penales como internacionales, ¿cuál es el criterio que habrá de primar a la hora de establecer las fuentes que le sirven de base, si se pretende que ésta sea una disciplina jurídica independiente?

La anterior es una pregunta difícil de responder. Por ello, antes dar nuestra opinión respecto de este punto, y visto ya como es tratado el tema en materia penal, expondremos a continuación el tratamiento que reciben las fuentes del Derecho en la órbita internacional general, para posteriormente abordar de manera específica las fuentes que, a nuestro juicio, deben ser las únicas válidas para el DIP.

Las fuentes del Derecho internacional

Las fuentes tradicionales del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

La doctrina y la práctica internacional, han aceptado de manera general que las fuentes del Derecho internacional son aquellas enunciadas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el cual señala:

«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 del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

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

La disposición además agrega que la anterior enumeración no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex quo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Del análisis de la norma trascrita, lo primero que salta a la vista es que el Estatuto de la CIJ distingue entre dos clases de fuentes: fuentes primarias (convenciones internacionales, costumbre y principios generales del Derecho) y fuentes auxiliares (la jurisprudencia y la doctrina). De éstas, sólo las primeras pueden ser consideradas propiamente como fuentes formales del Derecho internacional, por cuanto la jurisprudencia y la doctrina por sí mismas no pueden crear, modificar o extinguir una norma jurídica, sino que su función es simplemente la de servir de elemento auxiliar a la labor del juez y del intérprete para fijar el contenido y alcance de una fuente primaria, particularmente de la costumbre y de los principios generales del Derecho¹⁴⁵. Y si la doctrina y la jurisprudencia no pueden crear normas válidas de Derecho internacional, menos aún podrán hacerlo en el ámbito internacional penal, puesto que el Derecho penal interno también les niega esta posibilidad.

¹⁴⁵ Díez de Velasco, Ob. Cit., p. 82.

Los tratados internacionales

La primera fuente reconocida por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ son las convenciones, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados.

La redacción de este precepto nos merece algunas críticas, por cuanto pensamos que en este punto el «legislador internacional» debió hablar más propiamente de tratados, y no de convenciones, por cuanto éstas son sólo una especie de tratado, que establece normas de aplicación general. Así, la Convención de Viena, en su artículo 2º, ha definido a los tratados 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 particular».¹⁴⁶

Como podemos observar, el término «tratado» es mucho más amplio, y en él se engloban, además de las convenciones, todos los otros acuerdos internacionales, incluyendo al «*Protocolo*, que es un documento anexo o aclaratorio, al *Estatuto*, que es un tratado colectivo que establece normas para los tribunales internacionales, al *Acuerdo*, usado preferentemente para tratados de tipo económico, financiero, comercial, cultural, al *Modus Vivendi*, que es un acuerdo de tipo temporal, al *Compromiso*, término utilizado para acuerdos sobre litigios que serán sometidos a arbitrajes, a la *Carta*, que es un acuerdo que establece derechos y deberes, al *Concordato*, que es un acuerdo suscrito por la Santa Sede sobre asuntos religiosos, al *Pacto de Contrahendo*, que es un acuerdo para celebrar otro acuerdo, a la *Declaración*, que es un acuerdo que establece principios jurídicos o afirma una actitud política común, etc.»¹⁴⁷

A nuestro juicio, en este caso es más propio hablar de los tratados como fuente primaria, de naturaleza convencional, del Derecho internacional. Creemos que quienes crearon el precepto en estudio quisieron en realidad significar en el literal a) del artículo 38 los contenidos que tradicionalmente se le han dado al término tratado, y no restringirlo únicamente a las convenciones, puesto que de optarse por la solución contraria, se estarían dejando fuera instrumentos fundamentales, como los Protocolos, las Cartas y los Estatutos.

La costumbre internacional

La segunda fuente primaria contemplada por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ es la costumbre internacional, la cual puede ser definida como «la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho»¹⁴⁸.

De la anterior definición, es posible concluir que, al igual que ocurre con la costumbre en el Derecho interno, ella está constituida en el ámbito internacional por dos elementos: *la práctica y la opinio iuris*.

¹⁴⁶ También en doctrina es posible encontrar varias definiciones de tratado. Así por ejemplo, para Jiménez de Aréchaga, el tratado es «toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos, es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho» (Citado por Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 103); para Oppenheim-Lauterpacht son «acuerdos de carácter contractual entre Estados u organizaciones de Estados, que crean derechos y obligaciones jurídicas entre las partes»; para Rousseau «cualquiera sea su denominación, el tratado se nos presenta como un acuerdo entre Estados destinado a producir ciertos efectos jurídicos»; para Guggenheim es «un acuerdo internacional, consignado en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular» (Para una lista completa de definiciones de tratados, *vid.*, Llanos Mansilla, *Ob. Cit.*, pp. 58-60).

¹⁴⁷ Llanos Mansilla, *Ob. Cit.*, p. 63

¹⁴⁸ Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 84.

La práctica consiste en la repetición constante y uniforme de determinados actos por los sujetos de Derecho internacional, la cual se puede manifestar de diversas formas, como la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un mismo sentido, por leyes o sentencias internas que sean coincidentes entre sí, por repetición de usos, por determinadas prácticas en el seno de los organismos internacionales, etc.

En lo que respecta al tiempo necesario para considerar a una práctica como constitutiva de costumbre, si bien no existe acuerdo en la doctrina frente a ello, si hay cierto consenso en pensar que su determinación debe atender más a elementos cualitativos que cuantitativos, pudiendo llegar a constituirse en costumbre una práctica aún cuando ella no haya sido constante sino por algunos años.¹⁴⁹

Por su parte, la *opinio iuris*, es el elemento espiritual o psicológico de la costumbre, consistente en la convicción por parte de los sujetos internacionales de estar cumpliendo con su actuación una norma internacional obligatoria, aunque ésta no tenga una existencia real.

Aún cuando la costumbre ha tenido una importancia enorme en la aparición y desarrollo del Derecho internacional, y sin duda sigue teniéndolo, principalmente en el llamado Derecho internacional común, ella va cediendo cada vez mayores espacios a las normas de naturaleza convencional, que avanzan hacia una codificación progresiva de las disposiciones internacionales, y que tienden hacia la universalidad, a través de la suscripción cada vez más amplia de tratados multilaterales por parte de los Estados.

Los principios generales del Derecho

Sin lugar a dudas, la fuente más controvertida de aquellas contempladas por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ lo constituyen los principios generales del Derecho.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido capaces de arribar a una definición que concite consenso en torno a qué debe considerarse por principios generales del derecho, ni en cuanto a su contenido ni delimitación. No obstante existir acuerdo en torno a su validez como fuente del Derecho internacional, principalmente luego de su inclusión dentro del artículo 38 del estatuto de la CIJ.¹⁵⁰

En nuestra opinión, por principios generales del Derecho debe entenderse, en el ámbito que ahora tratamos, aquellos principios generalmente reconocidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados más avanzados del mundo, que les sirven de base y fundamento, de modo tal que sin ellos no puede hablarse propiamente de estar en presencia de un Derecho civilizado.¹⁵¹

Como señalan Góes & Martínez, al hablar de los principios generales del Derecho estamos frente a un concepto de naturaleza esencialmente dinámica, cuyos contenidos no pueden entenderse delimitados desde un momento y para siempre, puesto que ellos van

¹⁴⁹ Cfr. Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 86; Góes & Martínez, *Ob. Cit.*, p. 156. Para un tratamiento más pormenorizado del tema, vid., Llanos Mansilla, *Ob. Cit.*, p. 309-310.

¹⁵⁰ Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 91.

¹⁵¹ A juicio de Rousseau, «con esta expresión la jurisprudencia internacional designa algunos principios comunes a los sistemas jurídicos de diferentes Estados civilizados. Se trata de principios que la conciencia jurídica de los Estados civilizados considera como aquellos que necesariamente deben formar parte de todo ordenamiento jurídico» (Citado por Llanos Mansilla, *Ob. Cit.*, p. 350. El mismo Llanos a su vez da un concepto de principios generales del derecho, refiriéndose a ellos como aquellos «comunes a los sistemas jurídicos más desarrollados que se encuentran en vigor, principios concordantes que sirven de fundamento a tales ordenamientos». *Ob. Cit.*, p. 350).

variando con el tiempo.¹⁵² Esto se entiende por el hecho de que las fuentes de que emanan los principios generales son tanto de naturaleza interna –el Derecho de los Estados, desde donde luego son elevados a la categoría internacional–, como propiamente internacionales –la práctica de la Comunidad Internacional, o de las organizaciones internacionales, por ejemplo–, por tanto estos evolucionarán conforme lo vaya haciendo la humanidad.

Otras fuentes del Derecho internacional

La enumeración que de las fuentes del Derecho internacional hace el artículo 38 del Estatuto de la CIJ en modo alguno es taxativa.

En principio, el mismo artículo 38 señala que las causas sometidas a conocimiento del Tribunal también podrán ser falladas *ex quo et bono*. Es decir, los jueces podrán fundamentar su decisión en principios de equidad, lo cual transforma a esta en una fuente también de Derecho internacional, aún cuando de naturaleza secundaria, por debajo de las anteriormente estudiadas, y sólo en los casos en que exista un acuerdo de las partes que permita que el Tribunal decida la causa sin sujeción a alguna de las fuentes formales primarias.¹⁵³

También existen otras posibles fuentes de Derecho internacional, como los *actos unilaterales de los Estados*, que son aquellos que, independientemente de todo acuerdo previo, limitan voluntariamente la competencia de un Estado respecto de determinadas materias, y cuyos alcances tienen carácter internacional, como ocurre con la promesa, la protesta, la renuncia, el reconocimiento, etc.

Otra fuente del derecho internacional la constituye la llamada *legislación internacional*, que constituyen las normas generales o particulares, de carácter obligatorio, dictadas en el seno de las organizaciones internacionales competentes, independientemente de su ratificación por los Estados miembros.¹⁵⁴

Como vemos, la enumeración de las fuentes no es cerrada, y nada impide que con el tiempo puedan ir apareciendo otras, que respondan al desarrollo propio de la sociedad internacional.

El principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y las fuentes del Derecho internacional penal

Como hemos podido ver en los acápites anteriores, la diferencia entre Derecho penal y Derecho internacional a nivel de las fuentes son profundas, y por momentos pueden parecer insalvables.

Por un lado tenemos un Derecho penal que es estricto en cuanto a sus fuentes y que como tal, en virtud del principio de legalidad, sólo admite una, la ley, como fuente formal. Por el otro, tenemos al Derecho internacional, que admite multiplicidad de fuentes –incluida la equidad–, e incluso consiente que se agreguen otras, además de las ya conocidas, atendiendo a la juventud y dinamismo propios de la disciplina, y a la necesidad de conciliar los diversos sistemas jurídicos que existen en el mundo.

La situación no sería tan compleja si las diferencias entre las fuentes admitidas por estas áreas de la ciencia jurídica pudieran ser armonizadas entre sí, o si por lo menos

¹⁵² Góles & Martínez, *Ob. Cit.* p. 156.

¹⁵³ Cfr. Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 83.

¹⁵⁴ Cfr. Llanos, *Ob. Cit.*, p. 58.

guardaran una correspondencia, como la existencia de un órgano legislativo internacional que tuviera la facultad de dictar normas de aplicación general asimilables a las leyes internas, o si por lo menos constara un Código de Derecho internacional penal que fuere aceptado globalmente. Pero ello no es así.

El Derecho penal interno, sólo acepta la ley como fuente, entendiendo a ésta –al menos en los países que adhieren a la tradición jurídica romanista del derecho continental–, como ley escrita, adoptada con las formalidades exigidas en cada caso por el ordenamiento constitucional. Pero el asunto no para ahí, además de aceptar sólo a la ley como fuente formal, el Derecho penal niega específicamente valor a la costumbre como generadora de delitos y de penas, pues de aceptar ésta se estaría atentando en contra de Derechos fundamentales del individuo, conquistados en largos años de luchas contra el despotismo y la arbitrariedad. En cambio, en la órbita internacional aún es la costumbre la fuente de más uso, no obstante en el último tiempo vaya adquiriendo cada vez mayor relevancia el Derecho convencional.

Trasladando esta contradicción al seno del Derecho internacional penal surgen las siguientes preguntas: ¿qué reglas habrán de primar a la hora de determinar las fuentes formales de la disciplina?, ¿habrá que negarle validez jurídica al DIP debido a que no existen «leyes internacionales» que le sirvan de fundamento?, o ¿habrá que aceptar que en este ámbito puedan tener validez las otras fuentes formales, distintas de la ley, que reconoce el Derecho internacional, como la costumbre?

En doctrina no existe una salida de consenso frente al tema, dándose varias soluciones para él.

Para la tendencia internacionalista más extrema, no sería menester que el DIP diera cumplimiento al principio en comento, por cuanto éste sería privativo únicamente de los países que llevaron adelante el proceso de codificación de sus normas, desconociéndose en el resto de los ordenamientos jurídicos, como aquellos de la órbita del *common law*. Es decir, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* carecería de aplicación universal, y por ello no se le puede exigir al DIP que le guarde observancia.¹⁵⁵

Ahora bien, la anterior afirmación no es del todo correcta. Si bien es cierto que no todos los Estados fundan su ordenamiento jurídico en la adopción de leyes –como sí lo hacen los países de tradición codificadora, como la mayoría de los europeos y latinoamericanos–, ello en modo alguno significa que el principio en comento no tenga aplicación en el resto de los sistemas jurídicos, aún en aquellos países que, como Inglaterra y Estados Unidos, se sujetan al llamado *common law*.

Como señala Alicia Gil, «El principio de legalidad se traduce en el *common law* en el llamado “*rule of law*”, que en su sentido más estricto significa ser gobernado por reglas fijas, cognoscibles y ciertas. Se trata de un principio fundamental con implicaciones procesales y materiales que expresa un mínimo incontrovertible de respeto al principio de autonomía. El contenido del *rule of law* coincide básicamente con el que la doctrina continental atribuye al principio de legalidad, pues, en opinión de la doctrina anglosajona, comporta tres principios distintos y relacionados entre sí: el de no retroactividad, el de máxima certeza en la definición de los delitos –denominado en la doctrina continental principio de taxatividad– y el de interpretación estricta de las leyes penales o prohibición de analogía».¹⁵⁶

¹⁵⁵ Sostenedores de este planteamiento serían, según señala Gil, Radbruch y Dahm (Cfr. Gil, «Derecho penal internacional...», Ob. Cit., p. 79.

¹⁵⁶ Gil, «Derecho penal internacional...», Ob. Cit. p. 79.

Como se ve, es falsa entonces la afirmación que dice que el principio de legalidad es sólo privativo de los países de tradición romanista y continental, puesto que al menos en el otro gran sistema jurídico que conoce el mundo él también recibiría aplicación –aunque con algunas diferencias respecto del principio de legalidad más estricto–. Igual cosa ocurre con los sistemas de Derecho islámico, en donde el principio también ha sido consagrado¹⁵⁷.

Ahora bien, el hecho de que no sea correcto hablar de la inexistencia del principio de legalidad fuera de los países que han optado por la codificación, no significa que se encuentre resuelto el problema respecto a las fuentes del DIP.

Como antes se ha hecho notar, los países que han optado por sistemas como el *common law* reconocen un principio de legalidad amplio, también llamado *principio de juridicidad*, que no presenta las mismas características que aquel del Derecho continental.

En estos países no es la ley la fuente formal propia del Derecho penal, sino que lo es el precedente judicial. Es por ello que autores como Alicia Gil aseveran que aún cuando el respeto al principio de legalidad es algo innegable e indiscutible en la mayor parte del mundo, no puede exigirse que éste sea aplicado con todo el rigor que presenta en los Estados que han optado por la codificación. Situación que hace extensiva al Derecho internacional penal.¹⁵⁸

Opiniones de la doctrina

Para Gil, en el ámbito del DIP es imposible encontrar normas que le sirvan de fundamento y que puedan ser asimilables a la ley interna. Por ello, cree que en su aspecto internacional, aún cuando se deben respetar las otras manifestaciones del principio de legalidad (*lex certa, praevia et stricta*), no se puede exigir una *lex scripta* como fuente única de las normas criminales.

Gil señala que las fuentes del DIP se deben buscar en una interacción entre las distintas fuentes reconocidas en Derecho internacional. Una determinada norma de DIP, consagrada en un tratado, y dotada por la costumbre del carácter de *ius cogens* podría dar cumplimiento, según opinión de Gil, a las exigencias de seguridad jurídica, taxatividad, generalidad y obligatoriedad que exige el principio de Derecho penal, sin que se viera seriamente mermado en su fundamento. Igual situación ocurriría en el caso de que una costumbre internacional fuera recogida en un instrumento escrito, como un tratado, una declaración de la Asamblea General de la ONU, etc.¹⁵⁹ No obstante, la autora niega toda posibilidad de que una norma de Derecho internacional penal pueda ser establecida por la sola costumbre.

Ejemplos de esta interacción entre texto escrito y costumbre, que dan origen a normas de *ius cogens*, serían los crímenes de guerra –consagrados en los Convenios de Ginebra

¹⁵⁷ «El derecho islámico diferencia entre tres categorías de crímenes: 1) Los crímenes *Hudud*, los cuales están codificados en el Corán, requieren una aplicación rígida del principio de legalidad; 2) los crímenes *Qesas*, que también están contenidos en el Corán, permiten alguna analogía para diferentes tipos de lesiones físicas y su compensación; y 3) los crímenes *Ta'ázir*, que no están contemplados en el Corán, son establecidos tanto por la ley positiva como por el juez mediante la analogía o de conformidad a los principios generales que se encuentran en el *Shari'á*. La aplicación del principio de legalidad en los crímenes *Hudud* es paralela a la seguida por los sistemas positivistas, mientras que en los crímenes *Qesas* y *Ta'ázir*, es similar a la aproximación seguida por el *common law*, aun cuando respecto de estos últimos es incluso más flexible» (Bassiouni, Cherif «*The Law Of International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*», p. 279. Citado por Lledó, Ob. Cit., pp. 140-141).

¹⁵⁸ Cfr. Gil, «*Derecho penal internacional...*», Ob. Cit., p. 86.

¹⁵⁹ Cfr. Gil, «*Derecho penal internacional...*», Ob., Cit., pp. 88 y ss.

de 1949, la IV Convención de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra y su Reglamento de 18 de octubre de 1907– y el delito de genocidio –Consagrado en la Convención para la prevención y sanción del crimen de Genocidio de 1948 y aprobados como principio de Derecho internacional en la Resolución de la Asamblea General de la ONU en 1946–.

Una solución distinta a la dada por Gil la encontramos en la doctrina nacional en Rodrigo Lledó, quien, siguiendo a Bassiouni, también parte de la aseveración de que en el ámbito internacional no se puede hacer a la legalidad las mismas exigencias que el principio tiene en el Derecho nacional.

Para este autor, los delitos de DIP pueden encontrar su fuente indistintamente en los tratados o la costumbre. El problema se plantearía sólo respecto de los países de tradición de Derecho codificado, los cuales deben hacer las adecuaciones legislativas que fueren necesarias para aceptar los crímenes provenientes, fundamentalmente, del Derecho consuetudinario.¹⁶⁰

También en la doctrina nacional, Góes & Martínez, acogiendo la tesis de un principio de legalidad suavizado, y al que denominan igual que Gil, principio de juridicidad, distinguen entre *fuentes formales directas* y *fuentes formales indirectas* del DIP.

Para estos autores, la única *fente formal directa* del DIP, que es capaz de cumplir con las exigencias generales de la juridicidad (*lex certa, praevia et stricta*), son los tratados, sean ellos Estatutos, Protocolos, Convenciones, etc., cuando se refieran a materias propias de lo que ellos llaman Derecho penal internacional.

El resto de las fuentes las clasifican como *fuentes formales indirectas*, en cuanto si bien no sirven, a su juicio, para establecer por si mismas las conductas ilícitas y las penas aplicables, si cumplen una función a la hora de interpretar los tratados y como fuente en la creación de nuevos instrumentos internacionales –ello siempre y cuando no se hallen en contradicción con las normas de DIP vigentes–.

Para Góes & Martínez corresponderían a esta clase de fuentes:

Otros tratados internacionales, no propiamente penales internacionales, que contengan normas que puedan informar a aquel;

La costumbre internacional, siempre que sea fehacientemente establecida como tal;

Los principios generales del Derecho, tanto de origen nacional como internacional;

La jurisprudencia internacional penal, sea de aquella emanada de la aplicación directa del DIP (sentencias de la Corte Penal Internacional, de Tribunales Internacionales Ad-hoc, etc.) o de la que tiene un origen estatal, en virtud de la aplicación indirecta del DIP (tribunales nacionales conociendo de crímenes internacionales y aplicando el Derecho internacional penal).¹⁶¹

Nuestra opinión

De las opiniones que hemos tenido oportunidad de conocer en el curso de nuestra investigación, nos sentimos inclinados a adherir a aquella expuesta por la jurista española Alicia Gil.

¹⁶⁰ Cfr., Lledó, Ob. Cit., p. 148.

¹⁶¹ Cfr. Góes & Martínez, Ob. Cit., pp. 175 y ss.

Pensamos que Goles & Martínez, al igual que hace Lledó, echan mano al recurso fácil de tratar de equiparar las normas contenidas en los tratados a aquellas que establecen las leyes internas de los Estados, tratando de este modo de salvar la exigencia de la legalidad penal. Entre tratado y ley existe una gran diferencia, que hace imposible homologar a ambos cuerpos normativos.

En general los tratados son instrumentos jurídicos destinados fundamentalmente a regular las relaciones entre Estados, y sólo indirectamente afectan a los ciudadanos, en la medida en que en ellos se establece la obligación para el Estado que los suscriba de incorporar a su ordenamiento interno las disposiciones contenidas en el tratado, y aunque el Estado se encuentre en la obligación de hacer esta adecuación, de incumplirla sólo incurre en responsabilidad internacional, sin que por ello se entienda que las disposiciones del tratado han pasado a formar parte del Derecho interno. Es decir, podría darse perfectamente el caso de que aunque un país suscriba un tratado, las normas de éste no tengan aplicación al interior de sus fronteras, al menos no hasta que se cumplan los requisitos necesarios para que ello ocurra.

Los tratados son sólo obligatorios para las partes que los suscriban, por lo que quedaría a la voluntad de los Estados el acatar o no las normas estatuidas a través de un instrumento de este tipo, y con ello se estaría vulnerando gravemente el principio de aplicación general e imperativa de la norma penal. En ese caso estaríamos en presencia de un Derecho penal facultativo, que sólo tendría aplicación cuando los Estados así lo quisieran, corriendo el riesgo de que muchos crímenes internacionales pudieran quedar sin sanción sólo porque el tratado en que están contenidos no cuenta con el número de ratificaciones necesarias, o que un determinado Estado pueda sustraerse a la aplicación de la justicia sólo negándose a suscribir un determinado instrumento.

Así como los conocemos, los tratados en que se sancionan determinados crímenes internacionales habitualmente son, desde el punto de vista formal de la técnica penal, instrumentos imperfectos, que no cumplen a cabalidad con los otros requisitos del principio de legalidad. Sobre el particular, lo más palpable, y que salta a la vista de la sola lectura de los más importantes tratados de Derecho internacional humanitario, es que si bien en la mayoría de ellos puede que se describa correctamente la conducta punible, no ocurre lo mismo con la sanción aplicable, con lo que se viola claramente el principio de la legalidad de las penas.

Además, rechazamos sobre todo la tesis sobre las fuentes sustentada por Lledó, quien en este punto sigue a Quintano Ripollés, por cuanto él considera como fuente posible e independiente a la costumbre, la cual en modo alguno puede llegar a constituir, por sí sola, base del establecimiento de delitos o de sus penas. Pensar de modo distinto, sería borrar todos los avances logrados por la ciencia jurídica y regresar a momentos arcaicos de la vida del derecho, cuando se imponían el despotismo y las arbitrariedades más feroces.

Pensamos que la posición sustentada por Gil es la que mejor concilia las necesidades del DIP con las exigencias propias del principio de legalidad –aunque en este caso sea un principio de legalidad morigerado–.

Aceptamos el planteamiento respecto de que es imposible sostener que en materia internacional penal se pretenda hacer cumplir el principio de legalidad con la misma fuerza y corrección formal que él tiene en los ordenamientos jurídicos codificados. Ello porque se trata de una exigencia no contemplada por todas las legislaciones del mundo, ya que si bien concluimos que el principio de legalidad es generalmente aceptado, él no lo es en cuanto a sus aspectos formales, de exigencia de una *lex scripta* como fuente única de la norma

criminal. Pensar lo contrario significaría quitarle toda validez jurídica a esta disciplina, e incluso negar su existencia, cuestión con la que no estamos de acuerdo.

Como hemos hecho notar, el DIP posee una naturaleza híbrida, producto de las necesidades que trae la integración de dos áreas de la ciencia jurídica tan diferentes. Es por ello que es menester buscar las soluciones que concilien de mejor forma a estas disciplinas, sin desnaturalizarlas, y de forma en que sean útiles al desarrollo de esta joven área del Derecho. Para ello es menester que ambos, Derecho penal y Derecho internacional, cedan una parte de sus parcelas con el objeto de perfeccionar al DIP, cuestión que, a nuestro juicio, se cumple con la tesis de la *juridicidad* sustentada por Gil.

Asimismo, creemos que la tesis de la integración de las fuentes del Derecho internacional, para formar así las fuentes del DIP también es adecuada.

Mediante la integración se logra corregir una de las principales deficiencias que poseen los tratados para ser fuentes únicas del DIP, el hecho de que sus normas son sólo vinculantes para los Estados que han concurrido a su ratificación. Del mismo modo, aún cuando creemos que la costumbre por sí sola jamás puede ser considerada una fuente formal del ordenamiento criminal, ni en Derecho interno ni internacional, al consagrarla a través de un instrumento escrito se corrigen los vicios que su aplicación pudiera tener, en cuanto se cumplen los requisitos de certeza, taxatividad y concreta delimitación de la conducta punible que exige el principio de legalidad.

En ambos casos, como señala Gil, estamos en presencia de la concreción de una norma de *ius cogens*, las cuales según dispone el artículo 53 de la Convención de Viena, son normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como disposiciones que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Dichas disposiciones tienen un efecto *erga omnes*, y como tales deben ser acatadas por todos los Estados.

Aún más, llevando el planteamiento de Gil a su extremo, podríamos afirmar que sólo las normas que tengan el carácter de *ius cogens* pueden ser consideradas fuentes directas del Derecho internacional penal.

El principio de irretroactividad en el Derecho internacional penal

Como vimos en el primer capítulo de esta memoria, uno de los aspectos más importantes del principio de legalidad, que habitualmente va de la mano con el de reserva de ley, es el que establece la prohibición de establecer delitos o penas con efecto retroactivo.

En Derecho internacional penal, ya desde la época de los tribunales de Nüremberg y Tokio se ha venido discutiendo la validez de este principio en la disciplina que nos ocupa. Así, la crítica más contundente y recurrente que se ha hecho al juicio de Nüremberg dice justamente relación con la observancia de este principio, el cual, para un importante sector de la doctrina, fue absolutamente violado y pisoteado por las naciones aliadas, por cuanto juzgó a los criminales de guerra nazis en base a normas cuya existencia era, por lo menos, dudosa, hasta antes de adoptada la Carta de Londres.¹⁶²

Quienes defienden la labor judicial realizada tras la Segunda Guerra Mundial, en muchos casos fundamentan su argumento en la supuesta preexistencia de los

¹⁶² Para un estudio detenido respecto de los argumentos expresados con ocasión de los juicios de Nüremberg, *vid.* Jiménez de Asúa, *Ob. Cit.*, pp. 1286 y ss.

tipos aplicados, los cuales si bien no tenían consagración positiva explícita, si debían considerarse como parte de los principios de Derecho generalmente aceptados por la Comunidad Internacional y por el derecho interno de los Estados.

A juicio de Alicia Gil, es ésta la opinión más fácilmente rebatible de aquellas expresadas en defensa de la validez jurídica de los tribunales de posguerra. Asevera esta autora: «En aquella época el Derecho internacional no preveía la sanción penal de conductas como la dirección, preparación o ejecución de una guerra de agresión, la *conspiracy* para dichos actos, la pertenencia a un grupo u organización..., constituyendo alguna de ellas, como la guerra de agresión, un mero ilícito internacional cuya consecuencia prevista era la responsabilidad internacional del Estado, y otras, como el llamado delito de “pertenencia”, ni siquiera contravenían norma nacional o internacional alguna. Sólo los crímenes de guerra existían, quizás, en el Derecho internacional consuetudinario». ¹⁶³ La misma autora más adelante añade: «En mi opinión, en las argumentaciones que pretendían fundamentar los juicios de Nüremberg y Tokio el concepto “principios generales del Derecho internacional” se utilizó cuando los actos que se querían castigar no se hallaban recogidos en el Derecho internacional positivo». ¹⁶⁴

Es un hecho que la forma en que se llevaron adelante los procesos en Nüremberg es discutible. Sobre todo porque es difícil hoy en día, con la tranquilidad que da la perspectiva histórica, sostener que los actos por los que fueron juzgados los responsables de los crímenes cometidos durante ese período tan oscuro de la historia de la humanidad, hubieran tenido una existencia real en el ámbito jurídico internacional, sobre todo si se toma en cuenta que en aquel tiempo el Derecho internacional en general era aún muy joven, embrionario y con escaso desarrollo real, cuestión aún mas patente tratándose del DIP, que era prácticamente inexistente. De hecho la mayoría de los autores coincide en que sólo es posible comenzar a hablar de la conformación de un DIP luego de acabada la Segunda Guerra Mundial. No cabe duda que muchas de las conductas eran constitutivas de delitos en la mayoría de las legislaciones, pero de ahí a afirmar que constituían crímenes internacionales hay una gran diferencia.

Ahora bien, la anterior discusión ya sólo guarda un interés histórico. Hoy en día casi nadie niega que en Derecho internacional penal se encuentre prohibido el establecimiento de crímenes con posterioridad a ocurridos los hechos que se vayan a juzgar.

En el artículo 11.2 de la declaración Universal de los Derechos Humanos se consagra expresamente la irretroactividad de la norma penal, al establecer este instrumento que «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

Disposiciones similares a la anterior se encuentran contenidas en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15) y en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (artículo 7). No obstante, estas últimas disposiciones contienen ambas un inciso 2º en el cual se establece un caso de excepción al principio de irretroactividad, estableciendo que nada de lo dispuesto por ellos 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.

¹⁶³ Gil, «Derecho penal internacional...», Ob. Cit., p. 70.

¹⁶⁴ Gil, «Derecho penal internacional...», Ob. Cit., p. 76.

En nuestra opinión, estas excepciones a la irretroactividad son un atentado grave en contra del principio de legalidad –o de juridicidad, como antes le hemos llamado–. Su razón de ser se encuentra en que, a través de ellas, se pretende evitar que ocurran situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial, y que se pueda alegar que un acto no se encontraba consagrado positivamente para intentar, de este modo, sustraerse a la acción de la justicia.

Creemos que esta norma debería ser revisada en el futuro, no sólo porque está en franca contradicción con lo dispuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y con lo consagrado recientemente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que también dispone expresamente la irretroactividad. Sino que, además, la fuente a que recurre para establecer los delitos son los principios generales del derecho, los cuales son absolutamente abstractos y difíciles de determinar, lo que a su vez atenta en contra de la seguridad jurídica y del principio de tipicidad del Derecho penal, también constitutivo del principio de legalidad.

El principio de tipicidad en el derecho internacional penal

Además de los anteriores requisitos, el principio de legalidad también exige que las normas que determinen las conductas presuntivamente constitutivas de delito se encuentren establecidas claramente, tanto en cuanto a la descripción del hecho punible, como a la pena aplicable. Esto es lo que se conoce como principio de tipicidad.

En Derecho internacional penal, aún cuando se ha criticado la falta de rigor en la consagración de los ilícitos internacionales, por cuanto en la mayoría de los instrumentos jurídicos sobre la materia no se cumplen las exigencias técnico-legislativas adecuadas a la hora de establecer las conductas punibles, su descripción, extensión, responsabilidad, etc., los mayores problemas vienen dados por lo que se ha denominado «principio de legalidad de las penas», puesto que de todos los instrumentos jurídicos suscritos desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, y hasta los tribunales ad-hoc de la ex-Yugoslavia y de Ruanda, ninguno de ellos fija penas aplicables para las conductas que se sancionan.¹⁶⁵

En el ámbito internacional han sido numerosos los intentos por materializar la creación de una especie de Código que describa las conductas consideradas criminales y la penalidad que cada una de ellas conlleva.

En la declaración de Moscú de 1943 y el Acuerdo de Londres de 1945, se realizaron intentos por determinar cuales eran los delitos a sancionar desde una perspectiva universal, contemplándose entre ellos los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, la conspiración, el complot, etc., sobre los cuales se efectuó una detallada enumeración de los actos constitutivos de cada uno de ellos, aunque no de las penas aplicables a cada caso en particular.

Luego de que cumplieran sus funciones los Tribunales Militares de posguerra, y debido a las fuertes críticas de que fueron objeto por perseguir conductas no sancionadas en instrumento alguno, la Asamblea de las Naciones Unidas inició la sistematización de las normas internacionales penales, cuyo primer fruto fue la formulación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nüremberg. Conjuntamente, la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional, mediante resolución 177 de 21 de noviembre de 1977, que se avocara a la preparación de un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la

¹⁶⁵ Lledó, Ob. Cit., p. 144.

humanidad, en el cual se indicara claramente las funciones que a los referidos Principios emanados de Nüremberg le correspondían. Sin embargo, y pese a que la Comisión inició el período de sesiones en 1949, evacuando un Proyecto en 1953, las condiciones políticas imperantes en aquel entonces, marcadas por la Guerra Fría, tuvieron como consecuencia que dicho Proyecto quedara olvidado entre los documentos archivados en 1954, debido a un aplazamiento para ser discutido más adelante, al considerarse que aún habían varios puntos por discutir, principalmente en torno al delito de agresión. Sólo en 1977, una vez resuelto el tema de la definición de la agresión, mediante resolución 3.314 de 1974, la Asamblea General volvió a incluir el tema del Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en su agenda, aunque su examen fue aplazado hasta 1978.

En 1981, la Asamblea aprobó la resolución 36/106 titulada «Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», mediante la cual reafirmaba su convicción de la necesidad que se acordara un instrumento para fortalecer la paz y la seguridad internacionales, solicitando a la Comisión de Derecho Internacional reanudara su trabajo.

Sólo en la década de los noventa, casi 50 años después de que se hubiere reiniciado la discusión, los trabajos de la Comisión comenzaron a rendir reales dividendos, llegándose en 1991 a una primera lectura del Proyecto y la adopción de una serie de borradores de artículos, que comprendían dos partes: la primera agrupaba las definiciones, tipificaciones y principios generales; y la segunda comprendía los Crímenes contra la Paz y seguridad de la Humanidad.

En 1996 la Comisión de Derecho Internacional aprobó el Proyecto definitivo del Código, sin embargo, debido a la celebración en 1998 de la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma, con la consecuente aprobación del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional, lo más seguro es que dicho Proyecto se vuelva a dormir nuevamente, puesto que en muchos aspectos el Estatuto de Roma viene a llenar el vacío que inspiraba la creación de dicho Código, al menos respecto de los crímenes internacionales más importantes y generalmente aceptados como tales.

Ahora bien, pese a la dificultad que ha encontrado en la Comunidad Internacional el establecimiento de un Código que recoja y sistematice las diferentes categorías de hechos ilícitos penados internacionalmente, ello de en modo alguno ha significado una carencia absoluta de avances, puesto que son numerosos los instrumentos internacionales, ya sancionados y actualmente en vigor, en los cuales se tipifican y sancionan determinadas conductas a nivel internacional, lo cual echa por tierra los argumentos en favor de la inexistencia de una normatividad penal internacional que describa comportamientos punibles, aunque en la deficiencia que cae la mayoría de estos instrumentos es en no determinar las sanciones aplicables a cada caso, con lo cual se entrega un muy alto grado de discrecionalidad a los jueces. Ejemplos de ello lo podemos encontrar en:

La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada por la Asamblea General en 1973 y entrada en vigor desde 1976;

La Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra en 1926 y entrada en vigor en 1927. La cual fue modificada por el Protocolo aprobado en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 1953, y así modificada entró en vigor el 7 de julio de 1955.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, y entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, y que se encuentra en vigor desde noviembre de 1970.

Los Cuatro Convenios de Ginebra, aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y que se encuentran en vigor desde el 21 de octubre de 1950;

Los Dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobados el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, y que se encuentran en vigor desde 7 de diciembre de 1978;

El estatuto del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia, de mayo de 1993;

El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, de noviembre de 1994, etc.

A juicio de Quintano, el hecho de que las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de DIP no consagren expresamente las penas para las conductas descritas, en modo alguno puede llevar a afirmar que ellas sean imperfectas. A juicio de este tratadista, «la sanción existe y gravita sobre la psiquis y moral del destinatario, cumpliendo sus finalidades de prevención. Es el *quantum* lo que se ignora, pero eso está ya dentro del normal juego de la aplicación judicial de las penas. Lo está incluso en la línea de las más modernas y progresivas normas de mensuración, cada vez más alejadas del casuismo primitivo, en que crimen y sanción se relacionaban en un plano de correspondencia aritmética reñida con los más elementales principios de individualización y política criminal. La heterogeneidad de factores entre delito y delincuente..., así como la necesidad de valorar en cada caso circunstancias e imponderables más diversos, han ocasionado la crisis del dogma de la estricta legalidad de las penas, que aun en lo interno existe más bien sobre el papel que en la realidad judicial y penitenciaria. Y siendo esto así en lo penal ordinario nacional, donde la indeterminación de la pena y aun de la sentencia parece ser ya un sistema recomendado por la doctrina y seguido en las legislaciones más avanzadas, fácil es comprender que haya de seguirse con mucha mayor razón en lo internacional, habida cuenta la holgura de movimientos que su sistema penal exige y la naturaleza misma de su genuina especialidad.»¹⁶⁶

Disentimos completamente con lo expresado a este respecto por Quintano y que es secundado en nuestra doctrina por Lledó¹⁶⁷. En nuestra opinión no se le puede otorgar tal grado de discrecionalidad al juez a la hora de determinar la pena que deberá aplicar a cada caso que conozca, puesto que ello puede ser fuente múltiples arbitrariedades. A nuestro juicio, la garantía penal es parte constitutiva del principio de legalidad e indisoluble de éste.

Comprendemos que tal vez las condiciones en que hasta ahora se han adoptado las normas de DIP han provocado que la determinación de las penas se le entregue a los Estados que deban hacer aplicación de ellas, toda vez que habitualmente se acuerdan mediante negociaciones difíciles y de precario equilibrio, en que cualquier disenso puede llevar a que en definitiva se rechace una disposición considerada importante para el orden internacional, pero ello no puede ser justificación para que en todos los casos en que se han

¹⁶⁶ Quintano, *Ob. Cit.*, Vol. I., p. 105.

¹⁶⁷ Cfr. Lledó, *Ob. Cit.*, p. 145. Aún cuando este autor acepta lo aseverado por Quintano con ciertas reservas, aunque sin oponerse a ello, ni dar mayores argumentos sobre el tema.

adoptado instrumentos de DIP, en ninguno de ellos se hayan señalado las penas aplicables a los delitos perseguidos, salvo el caso de la Corte Penal Internacional.

Se afirma que el motivo de esta falta de determinación de las penas se encuentra en que la forma habitual en que hasta ahora se ha aplicado el DIP sea el sistema indirecto, y que por tanto los Estados, al hacer la adecuación de su ordenamiento para receptar la norma internacional, deberá fijar la pena aplicable a cada caso. Aunque esto puede ser cierto, de todas formas se echa en falta que por lo menos los instrumentos internacionales fijen un marco mínimo y máximo de penalización o, al menos, reglas generales para llegar a fijar en definitiva la pena aplicable.

No obstante, esta justificación en modo alguno es aplicable para los casos en se hace uso del sistema directo de aplicación del DIP, pues en este caso se deberían establecer claramente las penas que se pueden imponer, cuestión que no ha ocurrido ni en el caso de la Ex-Yugoslavia, ni en Ruanda.

El principio de legalidad ante el Estatuto de la CPI

Aun cuando el Proyecto original sometido a la Asamblea General de la ONU en 1994 no contenía un apartado especial dedicado al tratamiento de los principios que habrían de informar al nuevo organismo, se decidió con posterioridad incluirlo, puesto que ello sería una importante referencia y apoyo para la labor de los magistrados, cuestión que se vio materializada por primera vez en el informe del Comité ad-hoc de 1995.

«Durante la sesión del Comité Preparatorio en marzo y abril de 1996, un grupo informal procuró trabajar sobre los principios generales siguiendo los lineamientos dados por el Comité *ad-hoc*, y en el informe del Comité a la Asamblea General a fines de 1996 se agregó al Proyecto de Código una sección intitulada “Principios Generales de Derecho Penal”. Consistía de una serie de veinte artículos proyectados, y cargaba con la advertencia de que “ninguno representa un texto consensuado entre las delegaciones ni sugiere que todo ítem debería ser incluido en el Estatuto. Identifica posibles elementos por incluir y ejemplos de algunos posibles textos”. En la sesión del Comité Preparatorio de febrero de 1997, se estableció un “grupo de trabajo sobre principios generales de Derecho Penal y penas”. Este desarrolló luego algunas de las disposiciones proyectadas, si bien no tuvo tiempo de examinar la lista de defensas recolectadas por el Comité *ad-hoc*. El grupo de trabajo no se reunió hasta la Sesión del Comité Preparatorio de agosto de 1997, pero reanudó sus sesiones en diciembre de 1997, presidido por el diplomático sueco Per Saland. Su nombre fue modificado por “grupo de trabajo sobre Principios Generales de Derecho Penal” a resultas de la creación de un grupo distinto sobre el tema de penalidades. El grupo de trabajo completó la consideración de los principios generales en su reunión de diciembre de 1997. Su trabajo quedó entonces consolidado en el llamado “Proyecto Zutphen” en enero de 1998, y fue presentado a la Conferencia Diplomática como artículos 21 a 34 del Informe del Comité Preparatorio.

»En su segunda reunión, en junio 16 de 1998, el Comité en Pleno de la Conferencia Diplomática remitió este proyecto de disposiciones a su grupo de trabajo sobre principios generales de Derecho Penal, de nuevo presidida por Per Saland. El grupo de trabajo mantuvo once reuniones durante la Conferencia Diplomática, y concluyó su trabajo en julio 7. Con base en el material anterior, el grupo de trabajo mejoró la redacción de varios artículos proyectados, y eliminó disposiciones del texto del Comité Preparatorio,

referidos a los elementos objetivos y algunas defensas. Las propuestas del grupo de trabajo fueron consideradas por el comité de redacción y luego devueltas al Comité Pleno para su aprobación final. Por recomendación del grupo de trabajo sobre penas, se agregó un artículo afirmando el principio *nulla poena sine lege*.¹⁶⁸

Las propuestas hechas por el Grupo de Trabajo respecto de los principios de Derecho Penal que habrían de informar la labor de la Corte fueron aprobados sin mayores discusiones el 17 de julio de 1998 durante la Conferencia de Roma, pasando a conformar la actual Parte III del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En lo que se refiere específicamente al principio en estudio, el Estatuto de Roma lo ha consagrado expresamente, en todos sus aspectos.

***Nullum crimen sine lege* y prohibición de analogía.**

El artículo 22 del Estatuto de Roma establece expresamente el principio *nullum crimen sine lege* en virtud del cual se dispone que los presuntos responsables de violaciones al DIP sólo podrán ser perseguidos por los crímenes que se encuentran expresamente determinados por él. Asimismo, se prohíbe la analogía para el establecimiento de los delitos.

La disposición mencionada reza del siguiente modo:

«Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

» La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

» Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.».

Aún cuanto valoramos sobremanera esta disposición, en cuanto viene a dar respuesta a las múltiples críticas hechas al DIP desde la ciencia jurídico criminal, lamentamos que él sólo haya sido establecido obligatoriamente en el caso exclusivo de los crímenes de competencia de la Corte, por cuanto nada dice que el principio vaya a ser respetado en la generalidad del DIP. No obstante, pensamos que el reconocimiento que del principio hace el Estatuto de Roma, a lo menos debería servir de fuente interpretativa para el resto de situaciones que pueden ser perseguidas fuera de su ámbito de atribuciones, las cuales pueden llegar a ser muchas, atendiendo al ámbito de jurisdicción limitada de la Corte.

La legalidad de las penas

Tal vez de mucha más trascendencia que la consagración del *nullum crimen sine lege* del artículo 22, sea lo dispuesto por el artículo 23, el cual también establece que: *nulla poena sine lege*. Es decir, por primera vez en un instrumento de DIP se viene a hacer expresamente exigible que nadie puede ser condenado sino en virtud de penas también previamente establecidas.

¹⁶⁸ Shabas, William. Principios Generales del Derecho Penal, en «*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*», AMBOS, KAI Y GUERRERO, JULIÁN (Compiladores), Universidad Externado de Colombia, 1999. Págs. 273-274

En este caso, si bien los estatutos del TPIY y del TPIR también contienen disposiciones relativas a las penas aplicables por los tribunales, en los artículos 24 y 23 respectivamente, el Estatuto de Roma da un paso más allá, al señalar no sólo la clase de penas aplicables (sólo penas de privación de libertad en los casos ruandés y yugoslavo), sino que también señala la duración máxima que habrán de tener éstas (30 años, o la perpetuidad en los casos en que la gravedad de los hechos y las circunstancias del imputado así lo justifiquen). Además el Estatuto de la CPI también contempla penas pecuniarias, de multa, no conocidas en los estatutos del TPIY y TPIR.

El principio de irretroactividad

El principio de irretroactividad originalmente se encontraba en una disposición única con el principio de legalidad, del cual, de acuerdo a la doctrina penalista, forma parte, pero finalmente quedó contenido en disposición independiente. En virtud de éste, nadie podrá ser perseguido ni condenado por la CPI por conductas realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, con lo que se fija el límite de competencia temporal de este tribunal, lo que, como antes dijimos, en modo alguno significa que los crímenes perpetrados con anterioridad al 2003 vayan a quedar en la absoluta impunidad, sino que ellos pueden ser perseguidos por otros organismos jurisdiccionales, en virtud del principio de universalidad que informa todo el Derecho Internacional Penal.

A nuestro juicio, la consagración de la irretroactividad en el Estatuto de Roma, fue una concesión no sólo al sector penalista, que le otorga una gran importancia a que ningún individuo puede ser juzgado ni condenado por hechos que no eran constitutivos de delitos al momento de perpetrarse, sino que además fue un medio de granjearse el apoyo de aquellos países que pudieren no prestar su adhesión a la CPI por temor a que sus nacionales fueren perseguidos por hechos constitutivos de crímenes de competencia de la Corte que se hubieren realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de ésta, situación que en algunos casos podría interferir con los procesos internos de cada país, como por ejemplo sucedería con los países latinoamericanos en que existieron gobiernos militares durante los que se cometieron atropellos en contra del Derecho Humanitario y en que la Corte podría someter a proceso a sospechosos de haber participado en ellos y que no fueren sometidos a la justicia en su propio país, ya sea por existir leyes de amnistía que lo impidieran (como ocurre en Chile), leyes de «punto final» o por otro motivo.

De no haberse establecido la irretroactividad, fijándose claramente el ámbito de competencia temporal de la Corte, habrían sido muchos los sujetos que podrían haber sido sometidos a proceso en la CPI. Más allá de las consideraciones de la doctrina penalista, un sector importante de los autores que se especializan en el estudio de la disciplina cree que las normas de Derecho internacional penal son de *ius cogens*, y por tanto anteriores a las consagraciones positivas, y además los atentados en contra del Derecho Humanitario son imprescriptibles. Asimismo, la consagración que de los crímenes hace el Estatuto de Roma, en gran medida rescata lo ya ampliamente consagrado por el Derecho internacional penal a través de los años a través de múltiples instrumentos, como la Convención contra el Genocidio o los Convenios de Ginebra, y sería fácil argumentar para someter a alguien a la competencia de la Corte, el señalar que los crímenes cometidos no carecían de una consagración legal al momento de perpetrarse, sino que ellos efectivamente eran ilícitos y posibles de ser perseguidos judicialmente.

Otra situación para la que también es importante la consagración de la irretroactividad en el Estatuto dice relación con el delito de desaparición forzada de personas, por cuanto,

según se ha destacado por la doctrina y reafirmado en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁶⁹, este es un delito considerado de carácter permanente, y como tal se entiende en ejecución mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima¹⁷⁰. Este delito se encuentra contemplado por el Estatuto de la CPI dentro de los crímenes de lesa humanidad, y por tanto es de competencia de dicho organismo, y al ser considerado de ejecución permanente puede argumentarse, como se ha hecho en nuestro país en las causas por violaciones a los Derechos Humanos ocurridas durante el régimen militar, que mientras no aparezca la víctima el delito se sigue cometiendo, y que por tanto la Corte podría conocer de él, aún cuando la desaparición se hubiere realizado antes de la entrada en vigencia de ésta. No obstante, creemos que el espíritu de la norma sobre irretroactividad es dejar fuera aún estas situaciones, ya que ella se refiere al momento mismo en que se ha realizado la conducta, es decir, el momento en que se produjo la desaparición, y en este mismo sentido se ha pronunciado el documento sobre Elementos de los Crímenes, sin embargo, pensamos que con todo, respecto de este punto se puede dar más de una interpretación.

¹⁶⁹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos

¹⁷⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo III

Chile y el derecho internacional penal

La recepción de las normas de Derecho internacional en la legislación nacional

El que una norma de Derecho internacional tenga pleno vigor en las relaciones entre Estados, no significa necesariamente que ella pueda ser aplicada sin más al interior de las fronteras de un país. Por ello cuando hablamos de la recepción de las normas de Derecho internacional en la legislación nacional, nos estamos refiriendo a los mecanismos que son necesarios para que una disposición válida en el campo internacional tenga aplicación en el Derecho patrio; o, dicho de otro modo, los requisitos que deben cumplirse para que una disposición internacional pueda ser aplicada directamente por los tribunales chilenos.¹⁷¹

Como dijimos en el Capítulo II, en doctrina se reconocen básicamente dos corrientes doctrinarias que tratan de explicar las forma en que se debe realizar la recepción y los efectos que el Derecho internacional puede tener en el ordenamiento interno. Así, por una parte tenemos a aquellos autores que consideran que el Derecho nacional forma parte de un todo global, por lo que cumplidos los requisitos exigidos para que una norma internacional se transforme en obligatoria para el Estado, ésta podrá ser aplicada directamente, y sin mayor trámite, por los tribunales internos (teoría monista).

Por otro lado, están quienes creen que Derecho internacional y Derecho interno son dos ámbitos jurídicos separados, y por tanto el primero sólo podrá tener aplicación en el segundo si se transforma en ley nacional a través de los mecanismos propios establecidos por cada Estado (teoría dualista).

En Chile, ni la Constitución ni las leyes contemplan norma alguna mediante la cual se de solución a la disyuntiva respecto a la forma en que el Derecho internacional habrá de ser recepcionado por el Derecho nacional, razón por la cual es forzoso recurrir a la práctica de los tribunales para arribar a algunas conclusiones generales sobre la materia. Para ello será necesario distinguir entre derecho internacional general o común (normas consuetudinarias y principios generales del Derecho) y Derecho internacional convencional (normas establecidas en los tratados).

La recepción del Derecho internacional general o común

En algunas legislaciones, acogiendo la tesis monista, se contempla que las normas de Derecho internacional general o común que obligan al Estado habrán de tener aplicación automática en el Derecho interno, sin que sea necesario realizar trámites especiales para consagrar positivamente su validez.

El ejemplo más palpable de ello lo constituye el Derecho inglés, el cual se basa en el antiguo principio «*Internatinal law is part of the law of the land*». De acuerdo a éste, las reglas imperativas y ciertas del derecho internacional general pueden ser consideradas

¹⁷¹ Medina, Cecilia, «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en Varios Autores, «Sistema Jurídico y Derechos Humanos», Ob. Cit., p. 53.

como parte constitutiva del *common law*, y por tanto deben ser aplicadas por los jueces a la hora de resolver los casos.¹⁷²

El mismo principio, con algunas variaciones, también ha sido transmitido al Derecho de Estados Unidos, según reiterada jurisprudencia sobre la materia.¹⁷³

Pero no sólo los países de la órbita jurídica del *common law* contemplan la adopción automática del Derecho internacional común. También lo hacen varios otros de tradición romanista, como Italia, quien lo consagra expresamente en el artículo 10 de su Constitución, que expresa «el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas».¹⁷⁴ Igual cosa hace Alemania, en el artículo 25 de su Constitución.

Si bien nuestro país no cuenta con una norma que consagre expresamente la recepción automática del Derecho internacional común, la práctica judicial ha recogido el principio, admitiendo que las reglas de Derecho internacional generalmente aceptadas que obligan a Chile se entienden incorporadas de forma automática a nuestra legislación, por tanto deben ser aplicadas por los tribunales sin que sea necesario un acto legislativo de reconocimiento explícito.¹⁷⁵ No obstante, en nuestro Derecho se le han reconocido algunas limitaciones al principio:

La recepción automática sólo comprende las normas de Derecho internacional común o general. El Derecho internacional convencional, como veremos, requiere un acto expreso de recepción para tener validez.

Sólo se recepcionarán automáticamente aquellas normas de Derecho internacional que hayan sido generalmente aceptadas por la doctrina y por gran número de Estados. Sin embargo no es necesaria la aceptación expresa de Chile, basta la aceptación general.

En los casos en que se apliquen normas de Derecho internacional común los juicios deberán substanciarse de acuerdo con las formalidades procesales contenidas en nuestras leyes.

¹⁷² Cfr. Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 170; Bustos Valderrama, Crisólogo, « *El Derecho Internacional y la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional* », en *Revista de Derecho*, N° 8. Santiago, Chile. Editada por el Consejo de Defensa del Estado, 2003

¹⁷³ A juicio de Díez de Velasco, «se trata de una *rule of law*, de formación judicial y no espontánea, y que, como tal, vincula al juez en virtud del derecho creado por las decisiones jurisprudenciales». Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 171; En el mismo sentido Bustos Valderrama, *Ob. Cit.*

¹⁷⁴ Sobre esta norma se ha dicho que ella incorpora el sistema de adaptación automática, reuniendo los caracteres de ser directo, automático, permanente, continuo y completo. «Es *directo* en cuanto que no contempla actos o hechos particulares como idóneos a crear normas jurídicas, sino que provee por sí mismo a adaptar el Derecho interno al Derecho internacional general, tomando como único elemento de referencia las normas de éste, bien entendido, también, las otras normas del ordenamiento italiano con las cuales van relacionadas las normas instituidas mediante tal procedimiento; es *automático* porque él se actúa en relación a cada una de las normas del Derecho internacional desde el momento que éstas entran en vigor y sin necesidad de hacer intervenir a un concreto acto de la legislación italiana; es *permanente* y *continuo* porque su funcionamiento no está limitado por el tiempo y cualquier variación de una norma internacional general le sigue de forma inmediata una correspondiente variación de las normas internas de adaptación. Finalmente es *completo* porque introduce en el Ordenamiento interno todas las normas necesarias para su adaptación a las normas del Derecho Internacional General» (Díez de Velasco, *Ob. Cit.*, p. 171-172, Citando a Sereni).

¹⁷⁵ Cfr. Benedava, *Ob. Cit.*, p. 18

En los casos en que existan principios de Derecho internacional común divergentes o contradictorios sobre una misma materia, la práctica judicial ha llevado a preferir aquellos que han contado con la aprobación de los órganos constitucionales chilenos.¹⁷⁶

De existir conflicto entre las normas de Derecho internacional común y las disposiciones de derecho interno, según puntualiza Benadava, el juez debe optar, como es lógico, por la interpretación que mejor permita evitar el conflicto, dando a la ley interna un sentido que consienta la avenencia con la norma internacional.

En los asuntos en que lo anterior no ha sido posible, la doctrina se inclina mayoritariamente por sostener que la ley interna, en escenarios de conflicto, debe primar por sobre la norma internacional. Empero, también se sostiene que esta solución estaría limitada a las situaciones en que lo que se discute son normas que no contienen disposiciones referidas a Derechos fundamentales que emanen de la naturaleza humana, puesto que en ese caso, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, primaría la norma internacional por sobre la nacional, puesto que estos derechos constituyen una limitación a la soberanía del Estado.¹⁷⁷

La recepción del derecho Internacional convencional

De acuerdo al artículo 24 de la Convención de Viena de 1969, los tratados son obligatorios para los Estados en el plano internacional, desde el momento en que éste manifiesta su consentimiento y el tratado entra en vigor, a menos que en el mismo tratado se disponga otra cosa. Agrega el artículo 29 del mismo instrumento, que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Como señala Benadava «el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifiesta formalmente en el ámbito internacional mediante la ratificación o adhesión, seguidas del canje de los instrumentos de ratificación entre los Estados contratantes o del depósito del respectivo instrumento en poder del depositario designado. Desde la fecha de dicho canje o depósito, el tratado es obligatorio para el Estado que lo ha efectuado, a menos que el tratado disponga otra cosa. Antes de manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado, un Estado debe dar cumplimiento a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, como las que requieran la aprobación del tratado por el Congreso, el senado u otra autoridad».¹⁷⁸

En Chile, aunque la Constitución da pautas claras en torno a la forma en que un tratado debe ser negociado y ratificado, no establece los mecanismos necesarios para incorporar el tratado al ordenamiento jurídico, ni determina en qué momento pueden ellos invocarse directamente por los tribunales, ni la jerarquía que los tratados habrán de tener dentro de nuestro orden jurídico legal.

De acuerdo al artículo 32 n° 17 de la Constitución, es atribución especial del Presidente de la República llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país. No obstante, estos instrumentos

¹⁷⁶ Cfr. Benadava, *Ob. Cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁷⁷ Medina, *Ob. Cit.* p. 55. Aún cuando este tema lo trataremos más adelante, podemos adelantar que la solución dada por Medina a este respecto es sin duda adecuada cuando lo que está en conflicto son leyes internas con principios de Derecho internacional que emanen de Derechos fundamentales de la naturaleza humana, sin embargo, ello es discutible cuando el conflicto se produce entre una norma internacional y una norma constitucional.

¹⁷⁸ Benadava, *Ob. Cit.*, p. 34

deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, quien tiene como atribución exclusiva, de acuerdo al artículo 50 n° 1 «aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación». Dicha aprobación, según disposición expresa, deberá someterse a los trámites de una ley.

En doctrina, la opinión mayoritaria se inclina por exigir que, para que un tratado tenga fuerza ante el Derecho interno, éste sea introducido dentro del orden jurídico nacional por medio de un acto expreso, lo cual puede hacerse dictando una ley que reproduzca el contenido del tratado o bien a través de un acto interno, como la promulgación, la publicación o la proclamación del tratado.¹⁷⁹

La jurisprudencia ha sido reiterada en exigir para que un tratado tenga validez en Chile que concurra su recepción a través de un procedimiento que comprende tres etapas o momentos: la *aprobación* por el Congreso, la *promulgación* del tratado por decreto presidencial y la *publicación* en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio.¹⁸⁰

Una vez realizados estos trámites el tratado adquirirá fuerza obligatoria y carácter de ley.

La falta de alguno de los requisitos previamente enunciados priva al tratado de su obligatoriedad ante el Derecho interno, aún cuando él siga siendo válido ante el Derecho internacional.

Ahora bien, el que un tratado haya cumplido con todos los trámites necesarios para alcanzar validez ante el Derecho nacional, no se traduce necesariamente en que sus disposiciones puedan ser aplicadas por los tribunales internos sin más. Para que un juez de la República pueda aplicar a un caso dado la disposición emanada de un tratado es menester que se trate de una norma *self-executing* («autoejecutable»), es decir, se requiere que la disposición posea una precisión normativa suficiente para ser empleada directamente por los tribunales de justicia. En caso contrario, cuando la norma es *non-self-executing*, deberán adoptarse las medidas legislativas o reglamentarias que sean necesarias para desarrollar el precepto.

En caso de existir conflicto entre una norma de Derecho internacional convencional, receptada conforme a las reglas anteriores, y una norma de Derecho interno, la solución que se ha dado por la jurisprudencia es distinta según si el conflicto se produce entre una norma internacional y un precepto constitucional o entre una norma internacional y una ley ordinaria.

Cuando la disputa se da entre una disposición de Derecho internacional convencional y una disposición contenida en la Carta Fundamental, la opinión mayoritaria se inclina inequívocamente por favorecer al precepto constitucional, debiendo primar éste sobre aquella.¹⁸¹

La solución es distinta cuando el conflicto se da entre las prescripciones de un tratado y las de una ley interna que no tenga rango constitucional. En este supuesto la jurisprudencia ha sido reiterada en afirmar que la norma internacional prima por sobre la nacional, aún en el caso de que el tratado haya sido adoptado con anterioridad a la entrada en vigencia de

¹⁷⁹ Benadava, *Ob. Cit.*, p. 35.

¹⁸⁰ Benadava, *Ob. Cit.*, p. 35

¹⁸¹ Benadava, *Ob. Cit.*, p. 47. A la misma conclusión ha llegado en nuestro país el Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de diciembre de 1987 y en la sentencia que se pronunció respecto de la constitucionalidad de la adopción del Estatuto de Roma.

la ley, ya que ésta no podría derogar lo establecido en un tratado. Aquí prima el principio *pacta sunt servanda* contemplado por el artículo 27 de la Convención de Viena.¹⁸²

La recepción de las normas de Derecho internacional penal en el Derecho chileno

Aún cuando con características especiales, las disposiciones de DIP son ante todo normas de Derecho internacional, por lo que todo lo dicho precedentemente respecto de la recepción del Derecho internacional común y del Derecho internacional convencional le es aplicable. No obstante, la disciplina en estudio presenta al menos dos puntos conflictivos, que requieren de un pronunciamiento especial. Ellos son: la «autoejecutabilidad» de las normas de DIP y la jerarquía que en nuestro ordenamiento tienen las disposiciones de DIP y cómo se resuelven los conflictos que pudieran existir entre las normas internacionales penales y las de Derecho nacional.

De esto pasaremos a ocuparnos a continuación.

La jerarquía en el Derecho interno de las normas de DIP y la interpretación del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución

Ya hemos visto que, en caso de conflicto entre una norma internacional y una nacional, la opinión mayoritaria se inclina a favor de dar las siguientes soluciones:

Si la norma es de Derecho internacional común, prima la norma interna, sea de carácter constitucional o una ley ordinaria.

Si la disputa se da entre una norma constitucional y una norma de Derecho internacional convencional, prima la disposición constitucional

Si la disputa se da entre una ley ordinaria y una disposición de Derecho internacional convencional, prima la norma internacional.

Ahora bien, hay autores que creen que el esquema anterior se ve modificado en los casos en que la norma internacional es una disposición de Derecho humanitario, por cuanto respecto de ellas se hace aplicable lo contenido por el inciso 2º del artículo 5º de nuestra Constitución, el cual alteraría el principio general en materia de recepción de normas internacionales. Dicha disposición señala que: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Opinión de la doctrina

La interpretación que una parte de los autores nacionales hace de la disposición transcripta, es que en aquellos casos en que se produzca conflicto entre una norma internacional que contenga preceptos que digan relación con Derechos humanos fundamentales, ella

¹⁸² Benadava, Ob. Cit., p. 58. En el mismo sentido Lledó, Ob. Cit., p. 71.

deberá primar por sobre las normas de origen interno, aún cuando éstas sean de rango constitucional.

Para Rodrigo Lledó, es un hecho que la soberanía tiene como límite los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, y ello aún cuando no exista consagración expresa de estos. Asevera el autor que «la soberanía no está limitada por los derechos establecidos en la Constitución o en los tratados, sino que simplemente por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Si éstos, además están en la Constitución o en los tratados, surge adicionalmente el deber de promoción y respeto. Por lo tanto, los derechos que emanando de la naturaleza humana no estén expresamente consagrados en la Constitución o en los tratados, sino que por ejemplo en la costumbre internacional, igualmente limitan la soberanía nacional».¹⁸³ Es por ello que Lledó considera la supremacía absoluta de las disposiciones internacionales sobre Derechos Humanos por sobre la ley nacional –incluidas las de rango constitucional–, sin importar la fuente de que provengan las primeras. Así, en caso de conflicto debe primar siempre la norma internacional sobre derechos humanos –sea que tenga un origen convencional, consuetudinario o corresponda a principios generales del Derecho internacional–, aún cuando la controversia se produzca con la misma Constitución.¹⁸⁴

La misma opinión que Lledó sostiene Cecilia Medina, quien, analizando el alcance de la reforma introducida al artículo 5° de la Constitución, asevera que «no parece ser posible rebatir la afirmación de que con la enmienda se quiso fortalecer la situación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno con el fin de evitar hacia el futuro los problemas habidos en Chile hasta el momento en que el Presidente Aylwin asumió el poder en 1990. Si las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba –por lo menos– en una misma categoría que la ley, un fortalecimiento sólo podía referirse a clarificar que las normas internacionales tenían rango constitucional y que cumplían el mismo, por lo menos teórico, papel principal que los derechos humanos establecidos en la propia Constitución.».¹⁸⁵

El profesor Francisco Cumplido, quien participó directamente en la elaboración del proyecto de reforma de la Constitución en 1989, ha sostenido que tanto en la Constitución de 1925 como en la 1980 se reconoce la preexistencia de derechos humanos anteriores al Estado, y que la Carta Fundamental sólo se encarga de asegurarlos. En la Constitución de 1980 se habría perfeccionado incluso el sistema de protección, al poner por sobre la soberanía el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana, los cuales no comprenden sólo aquellos contenidos en la propia Constitución, sino que van más allá, incluyendo todos aquellos que formen el acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana.¹⁸⁶

Pese a que Cumplido asegura que estos derechos ya se encontraban garantidos en la Constitución, aún sin necesidad de reforma alguna, asevera que se resolvió incorporar expresamente a aquellos que se encontraran contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile debido a la escasa aplicación que de esos derechos se hacía por

¹⁸³ Lledó, Ob. Cit. pp. 72-73.

¹⁸⁴ Lledó, Ob. Cit., p. 73.

¹⁸⁵ Medina, Ob. Cit., p. 67.

¹⁸⁶ Cfr. Cumplido Cereceda, Francisco, «La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia», en Revista *Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 369.

parte de los tribunales, y a que en muchas ocasiones también se exigía que la legislación recepcionara lo contenido en los tratados para que ellos pudieran tener efecto en Chile.¹⁸⁷

En cuanto al sentido de la modificación constitucional y a los objetivos buscados con ella, Cumplido señala que «los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada a ella se lograba que los derechos esenciales, garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes, tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución. En segundo término les dábamos a los referidos derechos el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos no la parte adjetiva del tratado».¹⁸⁸

Por su parte, Humberto Nogueira, coincidiendo con las opinión dada por Cumplido, considera que el objetivo de la reforma constitucional fue otorgar seguridad jurídica en torno a que los derechos esenciales garantizados por la Constitución no eran sólo aquellos contenidos en el artículo 19 de ésta, sino que también debían entenderse como tales los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que estuvieran vigentes, reforzando por este medio los contenidos y garantías de los derechos, toda vez que la premura con que fue hecha la reforma a la Carta Fundamental impidió establecer un reforzamiento normativo de cada uno de los derechos.¹⁸⁹

A juicio de Nogueira, «La Carta Fundamental de 1980, a través de la segunda oración del inciso segundo del artículo 5º, en esta materia, eleva los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes a la categoría de constitución material, al señalar que son “límites a la soberanía”, vale decir, a la potestad del Estado, ellos forman parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno».¹⁹⁰

No obstante, el autor agrega que esta seguridad jurídica otorgada por el inciso 2º del artículo 5º a las disposiciones sobre derechos esenciales contenidas en los tratados, no alcanza a otras fuentes internacionales, como los derechos contenidos en los principios generales del Derecho internacional y a los derechos contenidos en el Derecho consuetudinario, aun cuando ello no significa que estos derechos no se encuentren reconocidos como derechos esenciales, pero no poseen el mismo vigor que las normas de Derecho internacional convencional sobre la materia.¹⁹¹

Una opinión distinta a las anteriormente expuestas sostiene Jorge Tapia, para quien el contenido actual del inciso 2º del artículo 5º en modo alguno implica que pueda considerarse a los tratados sobre derechos esenciales de un rango igual o superior a la Constitución.

¹⁸⁷ Cfr. Cumplido, Ob. Cit. p. 369.

¹⁸⁸ Cumplido, Ob. Cit., p. 369, 370.

¹⁸⁹ Cfr Nogueira Alcalá, Humberto, «Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia», en Revista *Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, p. 417.

¹⁹⁰ Nogueira, Ob., Cit., p. 418.

¹⁹¹ Nogueira, Ob., Cit., p. 418

Para Tapia los tratados, cual sea su origen o contenido, tienen en Chile sólo valor de ley¹⁹². Cuestión distinta es el hecho de que, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, una vez aprobado un tratado, el legislador y la ley quedan en una jerarquía inferior por cuanto el tratado no puede ser modificado unilateralmente por nuestro país, salvo en cuanto ello sea para elevar el *status* de las garantías de ciertos derechos esenciales, los cuales requieren un tratamiento igual al reconocido para los demás derechos esenciales establecidos y garantizados por la Constitución. Tapia asegura que una opinión distinta sería aceptar que es posible en nuestro Derecho una reforma implícita de la Constitución mediante la adopción de un tratado internacional sobre derechos humanos¹⁹³. Sobre el particular señala: «en el caso que estudiamos resulta muy difícil admitir la existencia de una “reforma implícita”, no sólo porque falta la autorización, sino porque ésta debería además extenderse al procedimiento en su totalidad, haciendo innecesaria la aprobación en Congreso Pleno. Al no existir reforma implícita, corresponde concluir que la Constitución en sí no ha sido modificada y que, por tanto, el tratado no es Constitución ni en sentido formal ni en sentido material. El natural deseo de muchos constitucionalistas de aumentar al máximo posible la protección y defensa de los derechos humanos en vista de la trágica historia reciente de nuestro país al respecto, –que compartimos– puede tener la virtud de cegar nuestros ojos ante lo evidente.»¹⁹⁴

También se ha pronunciado en contra de otorgarles rango constitucional a los tratados sobre derechos esenciales Lautaro Ríos, por considerar que a través de ello se estaría realizando un intento por reformar implícitamente la Constitución, cuestión inaceptable dentro de nuestro ordenamiento, el cual posee reglas muy rígidas sobre reforma constitucional, que se verían vulneradas en caso de aceptarse una solución distinta. Dice Ríos, «ninguna constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inc. 2º del art. 5º de nuestra Carta, que tiene –manifiestamente– otro alcance, como ya vimos. La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD. HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD. HH. tuvieran rango constitucional per se.

»Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

»Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además,

¹⁹² Cfr. Tapia Valdés, Jorge, «Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5º de la CPR de 1980», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, p. 361

¹⁹³ Tapia, *Ob. Cit.*, p. 362.

¹⁹⁴ Tapia, *Ob. Cit.* p. 363.

tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD. HH. y su eventual carácter modificadorio de la Constitución.»¹⁹⁵

Finalmente, entre los autores nacionales también se niega a reconocerles rango constitucional a los tratados, aún cuando ellos se refieran a materias que involucren derechos esenciales de la naturaleza humana, Carlos Andrade, quien, con un planteamiento muy similar al sustentado por Tapia, concluye que las normas contenidas en estos tratados poseen en sí mismas la naturaleza de ley. No obstante, les otorga una fuerza jurídica superior a estas, ubicándolas en una posición intermedia entre la ley y la Constitución.¹⁹⁶

Opinión del Tribunal Constitucional

Una mayoría notoria de autores –entre los que figuran destacados constitucionalistas– se manifiestan partidarios en nuestra doctrina de entender que el sentido y alcance de la reforma a la Carta Fundamental de 1989, en materia de tratados de derechos humanos, eleva a éstos, una vez cumplidos los trámites necesarios para su recepción, al menos al rango de las normas constitucionales, existiendo incluso quienes afirman que tendrían un nivel superior a ella. No obstante, el Tribunal Constitucional (TC) ha manifestado una opinión contraria.

En efecto, con motivo del requerimiento presentado por un grupo de 35 diputados, en marzo del 2002, reclamando en contra de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional, luego de un análisis detenido del tema, llegó a la conclusión de que en Chile los tratados, traten de la materia que sea, sólo poseen rango de ley y, por tanto, se encuentran subordinados a la Constitución. En la oportunidad el Tribunal argumentó que: «en este aspecto, es relevante recordar que, aunque parezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental»¹⁹⁷.

Los motivos esgrimidos por el Tribunal para llegar a esta conclusión se fundamentaron en lo siguiente:

La historia fidedigna de la norma, de acuerdo a la cual en la sesión de 12 de junio de 1989, la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno expresó que la vigencia de los tratados sobre derechos esenciales no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales. Esto llevó a concluir al TC que «no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso

¹⁹⁵ Ríos, Lautaro, «*Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*», en *Gaceta Jurídica*, N° 215. Santiago, Chile, 1998., p. 13.

¹⁹⁶ Cfr. Andrade Geywitz, Carlos, «*La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, p. 401

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional, «*Sentencia sobre el Tribunal Penal Internacional*», Santiago, 8 de abril de 2002. Según versión aparecida en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, p. 615.

reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado»¹⁹⁸

Un fallo previo del tribunal, de 21 de diciembre de 1987, en el cual se señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre Reforma a la Constitución Política de la República, de noviembre de 2001, en el cual se acoge el criterio mantenido en la sentencia de 1987 citada precedentemente, y en que se afirma que no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado.

Una sentencia del TC, de 4 de agosto de 2000, en que se resolvió que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, su aprobación o rechazo debe sujetarse a iguales *quorums* que los señalados en la Constitución para este tipo de leyes.

El hecho de que la aceptación de que un tratado pueda modificar la Constitución, haría perder eficacia a las disposiciones que permiten el control previo y a posteriori de la constitucionalidad de los mismos, establecido en los artículos 82, n° 2 y 80 de la Constitución respectivamente.

Asimismo, de aceptarse la tesis mayoritaria en doctrina, a juicio del TC quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley sobre Reforma de la Constitución, y se llegaría «al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma.»¹⁹⁹

Finalmente, el TC señaló que aplicando un criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, resulta lógico que el inciso 2° del artículo 5° no puede analizarse aisladamente, sino a la luz del resto de las disposiciones de la Constitución –en particular los artículos 6, 82, 80 y el Capítulo XIV–.

En base a todos estos argumentos, el Tribunal Constitucional termina afirmando que en Chile es insostenible la tesis de que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contrario a ella o tenga igual jerarquía. Por esto, concluye afirmando que si un tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional.

Nuestra opinión

Creemos que en su fallo el Tribunal Constitucional mezcla dos cuestiones distintas: por un lado, si las normas sobre derechos fundamentales contenidas en los tratados poseen o no rango constitucional y por otro los mecanismos necesarios para realizar la recepción de dichos tratados para que tengan valor en nuestro Derecho.

Respecto del primer punto, pensamos que el tema ya se encuentra suficientemente fundamentado en la doctrina. Nosotros nos manifestamos de acuerdo con quienes plantean que los tratados, en que se consagran derechos fundamentales, tienen un rango jurídico igual al de la Constitución, y como tal deben ser respetados. Los Estados, la Constitución y los sistemas jurídicos en general tienen por objetivo servir al bienestar de los individuos,

¹⁹⁸ Tribunal Constitucional, *Ob. Cit.*, p. 616.

¹⁹⁹ Tribunal Constitucional, *Ob. Cit.*, p. 618

y como tal no pueden estar por encima de los derechos fundamentales de éstos ni mucho menos menoscabarlos.

Para nosotros el sentido del artículo 5° de la Constitución es claro, en cuanto pone como límite de la soberanía a los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana. Ello ya estaba consagrado antes de la reforma, la cual sólo vino a puntualizar que, además de los derechos fundamentales ya reconocidos en el orden constitucional, también deberían entenderse como tales aquellos que se encuentren expresados en las obligaciones internacionales que suscriba nuestro país. Y en cuanto estos derechos tienen igual valor que aquellos expresados en la Constitución, entonces deben tener igual protección por parte del ordenamiento jurídico, lo contrario sería afirmar que hay derechos fundamentales del individuo de primera y segunda categoría, lo cual no nos parece correcto.

No está de más recordar que muchos de estos tratados que contienen referencias a derechos fundamentales constituyen además normas de *ius cogens*, que son superiores al Derecho de los Estados, y que como tales se imponen a estos, incluso a la Constitución, la cual no puede limitarlos ni derogarlos.

Sin embargo, en virtud de un principio de seguridad jurídica, creemos que la interpretación correcta de la norma debe ser referida sólo a las disposiciones sobre derechos fundamentales de Derecho internacional convencional.

Pensamos que la posición sustentada por quienes niegan el rango de obligatoriedad constitucional a este tipo de tratados, colocándolos en una situación intermedia entre la Constitución y la ley, es del todo forzada, y responde a conceptos anquilosados sobre la soberanía y la independencia de los Estados.

Haciéndonos eco de las palabras utilizadas por Nogueira para referirse al fallo de mayoría del Tribunal Constitucional, podemos decir que la mentalidad de «odres viejos» de quienes consideran la primacía absoluta e ilimitada de la soberanía no les permite asumir el paradigma de «vino nuevo» del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, negándose a concretar una interpretación sistemática y finalista de ésta.²⁰⁰

Ahora bien, como dijimos, cuestión distinta son los requisitos que debe cumplir un tratado que se refiera a derechos fundamentales para tener valor ante nuestro ordenamiento.

Todos los argumentos esgrimidos por el TC para restarle validez constitucional a los tratados a que se refiere el artículo 5° van dirigidos principalmente a cuestiones de forma, al hecho de que no se podría realizar una reforma constitucional mediante la ratificación de un tratado.

En este sentido, estamos de acuerdo con el fondo de lo aseverado por el TC, no creemos que a través de los simples mecanismos de adopción de una ley común pueda llegarse a reformar o derogar un precepto constitucional, pues ello podría prestarse para muchas arbitrariedades y atentaría en contra de la seguridad jurídica que debe brindar la Carta Fundamental, pues una mayoría relativa en el Parlamento del Gobierno de turno permitiría realizar cambios fundamentales a nuestro orden constitucional, lo cual es inadmisibles.

No obstante, pensamos que la solución a este problema no va por el lado de negarles su naturaleza constitucional a los derechos fundamentales contenidos en los tratados suscritos

²⁰⁰ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, «Consideraciones Sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional» en Revista *Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, p. 579.

por Chile, como hace el TC, sino por el de realizar una interpretación correcta de los requisitos de recepción de las normas internacionales.

El inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, por disposición expresa, limita la aplicación del precepto sólo a los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Entonces, lo primero que hay que hacer es determinar cuales son los requisitos que hay que cumplir para que un tratado adquiera vigencia en Chile.

Ya anteriormente hemos señalado que la jurisprudencia ha decidido reiteradamente que para estar vigente en nuestro país un tratado debe cumplir con tres requisitos, a saber: la *aprobación* por el Congreso, la *promulgación* del tratado por decreto presidencial y la *publicación* en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio.

De acuerdo al artículo 50 n° 1 de la Constitución una de las facultades del Congreso consiste justamente en aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Dicha aprobación, agrega la norma, deberá someterse a los trámites de una ley, sin ahondar más en el punto, ni determinar que *quorums* es necesario cumplir, puesto que nuestra Constitución conoce más de un tipo de ley, exigiendo *quorums* distintos según la materia a regular.

Por su parte el TC, en sentencia de 4 de agosto del 2000, sostuvo que en los casos en que el tratado contiene normas propias de una ley orgánica constitucional, el Congreso para su aprobación debe cumplir los mismos *quorums* establecidos para éstas.

Ahora bien, si esa es la solución dada para el caso de que los tratados en general contengan normas de rango legal superior a una ley ordinaria ¿qué impide dar la misma solución a otros casos en que se requieran *quorums* especiales?

A nuestro entender no hay nada que lo impida. Perfectamente puede sostenerse, atendido a lo escueto de nuestra legislación sobre la materia, que en los casos en que el tratado cuya adopción se discute contenga normas consideradas como fundamentales de acuerdo a la naturaleza humana, y reconociendo que éstas normas tienen rango constitucional en nuestra legislación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución, entonces en la adopción de dicho tratado el Congreso deberá cumplir con los mismos *quorums* exigidos para reformar la Carta Fundamental.

En nuestra opinión esta es la solución más adecuada al caso, que rescata el espíritu general de la reforma al artículo 5° y da respuesta a la mayoría, sino a todos los fundamentos utilizados por el TC para dictar su sentencia respecto del Estatuto de Roma:

Mantiene el control preventivo de constitucionalidad del TC, por cuanto éste Tribunal deberá pronunciarse en cada caso en que se discutan tratados que pudieran comprometer derechos fundamentales y ellos pudieran aparecer como contrarios a nuestro ordenamiento constitucional general, al igual que ocurre respecto de los proyectos de reforma de la Constitución. Así, por ejemplo, conociendo de la constitucionalidad preventiva el TC podría determinar que un determinado tratado, para su adopción, deberá cumplir con los *quorums* necesarios para reformar la Constitución.

Respecto del control de constitucionalidad hecho por la Corte Suprema en virtud del artículo 80, éste claramente no sería aplicable al caso de las disposiciones contenidas en este tipo de tratados, por cuanto se les reconocería rango constitucional y sobre normas constitucionales la Corte Suprema no puede pronunciarse.

Finalmente, respecto de los *quorums*, como ya se dijo, en este caso la introducción de las normas del tratado se realizaría respetando los mismos *quorums* necesarios para reformar la Constitución, y no aquellos exigidos para el resto de tratados internacionales.

Para concluir sobre este punto, y no obstante parecemos esta la solución más adecuada, creemos que se hace urgente un pronunciamiento legislativo sobre esta materia, sea fijando el sentido y alcance del inciso 2° del artículo 5° mediante una norma interpretativa, sea determinando cual es el rango que en nuestro ordenamiento jurídico poseen los tratados sobre derechos humanos, o precisando de mejor forma los requisitos que se deben cumplir para que una norma internacional se incorpore al Derecho chileno.

La «autoejecutabilidad» de las normas de DIP y el principio de legalidad

El segundo aspecto que adquiere caracteres especiales respecto de la recepción de las normas de Derecho internacional penal por nuestra legislación, es el de la «autoejecutabilidad».

Como vimos en la primera parte de este capítulo, existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en considerar que las normas de Derecho internacional, una vez recepcionadas válidamente por nuestra legislación, pueden ser de dos tipos: *self-executing* o *non-self-executing*.²⁰¹

En el primer caso, estamos frente a normas consideradas completas, que no requieren ningún trámite o requisito especial para que puedan ser aplicadas directamente por los tribunales. En el segundo, la norma, aunque válida, no puede ser aplicada por los tribunales debido a que le falta el cumplimiento de alguna exigencia establecida para ello.

El tema cobra especial relevancia en nuestro ordenamiento debido a la consagración expresa del principio de legalidad, y a que las normas de Derecho internacional penal deben dar cumplimiento con él.

Ahora bien, siguiendo a Lledó creemos que el tema de la autoejecutabilidad de las normas de DIP en nuestra legislación, para cumplir con el principio de legalidad, pasa por el cumplimiento de dos requisitos:

Que en la disposición contenida en el tratado se describa efectivamente la conducta punible; y

Que asimismo se establezca claramente la pena aplicable.

En general, creemos que el primero de los aspectos no presenta mayores inconvenientes, puesto que en la mayoría, si no en todos los tratados de DIP se cumple con al menos describir la conducta que habrá de ser objeto de persecución judicial.

Los problemas se presentan con el segundo requisito, en cuanto, como hemos señalado anteriormente, ninguno de los instrumentos internacionales de DIP contiene el establecimiento de las penas aplicables a cada caso. Como señala Bassiouni, «Hasta la fecha sólo una vez se ha intentado la fijación de sanciones específicas para delitos internacionalmente definidos: en 1971 en el Convenio de Montreal sobre sabotaje aéreo. En todos los demás casos no se han previsto sanciones por la violación del Derecho Internacional Penal, ni para los crímenes contra la paz, las infracciones de las reglamentaciones de conflictos armados (normas consuetudinarias, infracciones de los

²⁰¹ Medina, Ob. Cit., pp. 73-74; Lledó, Ob. Cit., pp. 74 y ss.; Pfeffer Urquiaga, Emilio, «Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos y su Ubicación en el Orden Normativo Interno», en Revista *Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, Nº 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 479.

cuatro convenios de Ginebra y demás convenios prohibidores del uso de ciertas armas), o los crímenes contra la humanidad.»²⁰²

En nuestra opinión, una norma de DIP que ha sido recepcionada por nuestro Derecho, no puede nunca ser *self-executing* si no se establece una determinación clara de la pena aplicable, por cuanto lo contrario sería atentar en contra del principio de legalidad.

Ello no significa que la norma carezca de validez, sino simplemente ella no podrá ser invocada directamente por nuestros tribunales sino hasta el momento en que una disposición legal venga a fijar la pena aplicable.

Esta ha sido hasta ahora la posición sustentada por la Corte Suprema en una sentencia, de 24 de agosto de 1990, recaída en un recurso de inaplicabilidad de que le tocó conocer. En la oportunidad, el máximo tribunal señaló que la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, de 1948, se encuentra incorporada como ley interna en virtud del decreto supremo promulgatorio de 5 de junio de 1953. Sin embargo, estimó que las disposiciones de esta Convención no tienen aplicación en Chile por cuanto no se han establecido en la legislación nacional sanciones específicas para castigar esa figura penal.²⁰³

²⁰² Citado por Lledó, Ob. Cit., p. 75.

²⁰³ Benadava, Ob. Cit. p. 43

CONCLUSIONES

Como establecimos en la introducción de este trabajo, al plantearnos la realización de una memoria referida a la aplicación del principio de legalidad en el ámbito del Derecho internacional penal, lo que pretendíamos era analizar el desarrollo de esta aún joven disciplina jurídica, determinando si en ella se daba efectivamente cumplimiento a un principio trascendental para la ciencia jurídico-penal.

En particular queríamos dar respuesta a tres preguntas que nos surgieron desde el momento mismo en que pensamos en la problemática internacional penal:

¿Se respeta el principio de legalidad en el Derecho internacional penal?

¿Qué características especiales puede tener el principio de legalidad en el ámbito internacional?

¿Son validas las normas de Derecho internacional penal ante las leyes chilenas?

En el curso de estas páginas hemos analizado los distintos aspectos del DIP que nos permitieran dar cumplimiento a nuestro objetivo inicial.

Analizamos las distintas implicancias del principio de legalidad, su origen y desarrollo histórico, en particular las causas de su establecimiento, las cuales representan el fundamento del por qué este principio resulta trascendental dentro del ámbito jurídico criminal, al punto que hay autores, como Jiménez de Asúa, que creen que no se puede hablar de un Derecho penal realmente científico y civilizado si no se respeta el principio de legalidad.

También vimos los diferentes aspectos que constituyen este principio, recurriendo para ello a lo que sobre el particular han señalado los principales autores doctrinarios de la ciencia penal, quienes han ido fijando las formas en que este principio se manifiesta, los requisitos mínimos que debe cumplir para ser considerado como tal y sus principales puntos de cuestionamiento.

Además, le dimos principal importancia a señalar, en cada uno de los puntos referidos al principio de legalidad, las soluciones doctrinarias y las manifestaciones positivas que se han dado en nuestra legislación nacional.

Asimismo, y con el objeto de darle un marco jurídico general a nuestra investigación, también vimos los aspectos globales de la Jurisdicción internacional penal, su terminología, naturaleza jurídica, sus funciones, objetivos y los individuos hacia los cuales va dirigido su ámbito de aplicación.

Nos detuvimos principalmente en las formas de aplicación que ha tenido y tiene la disciplina, por cuanto pensamos que es fundamental saber quién y cómo se debe aplicar el DIP para poder determinar las exigencias que éste debe cumplir, desde una perspectiva jurídico criminal.

En lo que se refiere al análisis mismo de la aplicación del principio de legalidad en el DIP, optamos por exponer los principales aspectos de éste dividiendo en dos su estudio, atendiendo a que, aún cuando hoy en día contemos con un órgano jurisdiccional permanente de aplicación general del DIP, ello en modo alguno significa que hayan perdido

trascendencia las otras formas, externas a la Corte Penal Internacional, de aplicación del DIP y que hemos denominado, siguiendo a Bassiouni, sistema indirecto de aplicación de la jurisdicción internacional penal.

Por una parte vimos las manifestaciones del principio de legalidad en el DIP en general, más allá de lo establecido por la CPI, que es justamente el ámbito en que más problemas presenta el estudio de la disciplina. Así analizamos las fuentes del DIP y cómo estas dan respuesta al *nullum crimen nulla poena sine lege*, analizando las diferentes respuestas que frente al tema plantea la doctrina. También analizamos las manifestaciones que la tipicidad y la irretroactividad adquieren en el ámbito internacional penal general.

A continuación analizamos las manifestaciones del principio de legalidad en el Estatuto de Roma, en el cual llegamos a la conclusión de que si existe un real respeto a él, aún cuando con las características propias de su naturaleza internacional. Este punto lo consideramos de especial importancia, por cuanto la CPI ha venido a responder a todos aquellos que cuestionan la necesidad real de aplicar el principio de legalidad en el ámbito internacional, disponiendo expresamente que él si tiene validez y que como tal se debe respetar.

Finalmente, vimos la recepción del DIP en nuestra propia legislación y las problemáticas que ello plantea.

Una vez vistos todos estos puntos, podemos decir que frente a nuestras originales preguntas hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. ¿Se respeta el principio de legalidad en el Derecho internacional penal?

De nuestro estudio, lo que esperamos haber dejado bien establecido en el cuerpo de esta memoria, hemos llegado a concluir que la exigencia de respetar el principio de legalidad se encuentra establecida no sólo en aquellos países que, como el nuestro, responden a una tradición codificadora y positiva de su Derecho. El principio en cuestión tiene validez en todos los sistemas jurídicos del mundo, incluido el *common law*, el cual habitualmente se da como ejemplo para sostener que el principio de legalidad no tiene una aplicación global, y que por tanto no es imprescindible que él se respete en el Derecho internacional penal.

Ahora bien, en lo que se refiere al aspecto propiamente internacional penal, creemos que el desarrollo del principio ha pasado por distintos estadios: desde una aplicación y respeto dudosos del mismo (como ocurrió en los tribunales de Nüremberg y Tokio, en que es del todo discutible que se haya efectivamente respetado), hacia una consagración cada vez más clara y precisa que tiene su corolario en el Estatuto de Roma.

No obstante, pensamos que en esto aún queda mucho camino por transitar, en particular tomando en cuenta la competencia limitada de la CPI y el hecho de que muchas situaciones aún estarán sujetas a la aplicación indirecta del DIP, lo cual significa que el tema todavía será objeto de controversias y cuestionamientos, que sería necesario zanjar de alguna manera, y en que el Estatuto de Roma puede ser un buen referente para ello.

Pensamos que siendo el principio de legalidad un principio general del Derecho, consagrado por la práctica de la mayoría de las naciones civilizadas del mundo, las cuales han transformado su uso en una costumbre internacional, y al estar consagrado en numerosos instrumentos internacionales, de los cuales los más claros son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y, ahora, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el principio entonces debería ser considerado como una norma de *ius cogens*, por tanto obligatoria para todos los Estados del orbe, independiente del sistema jurídico al que adhieran.

Una interpretación como esta creemos que pondría fin a la discusión sobre el tema, sin embargo, echamos en falta el que ninguno de los autores consultados se refiriera a ello de esta forma. Para nosotros el respeto del principio de legalidad, al menos en sus implicancias más importantes, constituye un Derecho humano fundamental, que debe ser necesariamente respetado, por cuanto a través de él se da cumplimiento a garantías esenciales, que impiden la arbitrariedad del Poder por sobre los individuos.

¿Qué características especiales puede tener el principio de legalidad en el ámbito internacional?

Ahora bien, aún cuando creemos que el respeto del principio de legalidad constituye un Derecho humano fundamental, consagrado convencionalmente, que como tal constituye una norma de *ius cogens*, también pensamos que no es posible pretender que éste sea consagrado internacionalmente en la misma forma, y con las correcciones de técnica legislativa que se le exigen en el Derecho penal nacional.

A este respecto, compartimos la posición sustentada por Alicia Gil, una autora a quien recurrimos reiteradamente en el desarrollo de esta memoria.

Creemos que lo más adecuado en la órbita internacional, para dar una solución realista y no meramente principista frente al tema, es considerar que el principio de legalidad en el ámbito internacional penal resulta moderadamente atenuado, en la forma en que Gil le llama «principio de juridicidad». De acuerdo con esto, el principio de legalidad se parece mucho más a su consagración en el *common law* que a aquella que tiene en el Derecho de tradición codificadora.

Esta solución tiene particular importancia tratándose de las fuentes de la disciplina, por cuanto daría solución a una disputa de ya larga data y que no es capaz aún de encontrar respuesta.

¿Son válidas las normas de Derecho penal Internacional ante las leyes chilenas?

Pensamos que la respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente afirmativa. El Derecho internacional penal tiene una existencia que, a nuestro modo de ver, aunque imperfecta, es incuestionable. Y por tanto, nuestro país, como miembro de la Comunidad Internacional se encuentra necesariamente en la obligación de respetarlo, en cuanto muchos de sus aspectos constituyen normas de *ius cogens* indisponibles por los Estados.

Cuestión distinta es la efectividad y jerarquía que sus normas adquieren dentro de nuestro ordenamiento. Sobre este particular el tema es aún discutible.

Como ya hemos señalado, nosotros estamos con aquel sector de la doctrina, mayoritario por lo demás, que creen que las normas sobre derechos fundamentales contenidas en tratados suscritos por Chile y que se encuentren vigentes –que constituyen parte importante del DIP–, tienen en nuestro país, luego de la reforma al artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental, rango constitucional, y por tanto su respeto se impone a todos los órganos del Estado.

Diferente es lo relacionado con los requisitos que deben cumplirse para que estas normas se entiendan incorporadas válidamente a nuestra legislación, en donde hemos aventurado una solución personal que esperamos pudiera encontrar eco en otros autores.

De acuerdo a ésta, y debido al rango constitucional que damos a las disposiciones de este tipo de tratados, creemos que nada impide a que en nuestro país se exija que ellos, para entrar en vigor, deban adoptarse cumpliendo iguales trámites y *quorums* que los proyectos sobre reforma de la Constitución. A nuestro juicio esta es una solución que

permite dar respuesta tanto a los cuestionamientos presentados en el seno del Tribunal Constitucional, como por aquellos autores que miran con preocupación las intromisiones en la soberanía que la adopción del DIP pudiere importar.

En todo caso, volviendo al tema de la legalidad, pensamos que estas normas de DIP, aún cuando se encuentren incluidas en tratados sobre derechos fundamentales, no podrá ser jamás *self-executing* en nuestro país si no se cumplen, previamente, las formalidades básicas exigidas por el principio de legalidad, cuestión que dice especialmente relación con el cumplir con las exigencias de la legalidad de las penas, que es donde mayores problemas el asunto presenta.

Habiendo respondido a nuestras tres preguntas iniciales, sólo nos queda por dar fin a este trabajo, aunque no sin antes manifestar nuestra convicción en que el desarrollo del Derecho internacional penal constituye, hoy por hoy uno de los asuntos más vitales para la ciencia jurídica, en cuanto él importa aspectos fundamentales para la existencia misma de la humanidad.

Es de esperar que en los años por venir, así como ocurre en otras áreas del conocimiento humano, se produzca un desarrollo más acelerado de esta disciplina, permitiéndole adquirir cada vez más una personalidad propia y menos deudora de las ciencias jurídicas de las que proviene.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Ambos, Kai y Guerrero, Julián (Compiladores), «*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*», Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia, 1999.

Ambos, Kai, «*Impunidad y Derecho Penal Internacional*», Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 1999.

Ambos, Kai, «*La Nueva Justicia Penal Internacional*», Guatemala. Fundación Myrna Mack, 2000

Bacigalupo, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición. Madrid, España. Editorial Hamurabbi, 1999.

Bacigalupo, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998. 448 p.

Bassiouni, Cherif, «*Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*», Madrid España. Editorial Tecnos S.A., 1984.

Bazzurro Gambi, Paola & Gósthling Délano, Bárbara, «*El Principio de Complementariedad y la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional*», Memoria de Prueba. Profesor Guía Hernán Salinas Burgos. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004.

Beccaria, Cessare «*Tratado de los Delitos y las Penas*». Madrid, España. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Ministerio de Cultura. Biblioteca Nacional, 1993

Bown Intveen, Waldo, «*Los Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. Profesor guía: Eduardo Sepúlveda Crerar.

Brunnel Marfil, Sergio, «*Principios de Derecho Penal Internacional*», Santiago, Chile. Editorial Universitaria, 1965

Cousiño Mac Iver, Luis, «*Derecho Penal Chileno*», Tomo I, Santiago Chile. Editorial Jurídica, 1975.

Cury Urzúa, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1992.

Diez de Velasco, Manuel, «*Instituciones de Derecho Internacional Público*», Tomo I, 7ª edición, Madrid, España. Editorial Tecnos, 1985.

Etcheberry, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998.

Ferrajoli, Luigi, «*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*», 5ª. Edición. Madrid, España. Editorial Trotta, 2001. 1019 pp.

Foucault, Michel, «*La Verdad y las Formas Jurídicas*». Barcelona, España. Editorial Gedisa, 1996.

- Gil Gil, Alicia, «*Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*». Madrid, España. Editorial tecnos, 1999
- Gil Gil, Alicia, «*El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales*», Centro Francisco Tomás y Valiente: UNED Alzira-Valencia, 1ª Edición, 1999. Valencia, España.
- Goleš Fainè, Tania & Martínez Aránguiz, David, «*Jurisdicción y competencia penal internacional (la Corte Penal Internacional)*» 3. Vol., Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001. Profesor guía: Mario Ramírez Necochea
- Guerrero Uriarte, José, «*La Corte Penal Internacional Ante el Parlamento Chileno*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. Profesor guía: Jeannette Irigoien Barrene
- Jaén Vallejo, Manuel «*Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno*», 1ª edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial AD-HOC, 1999.
- Jescheck, Hans-Henrich y Weigend, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*» 5ª edición, Granada, España. Editorial Comares, 2002.
- Jiménez de Asúa, Luis «*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*», 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hermes, 1954.
- Jiménez de Asúa, Luis, «*Tratado de Derecho Penal*», Volumen II, 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, 1950-1970.
- Kelsen, Hans, «*La Paz por medio del Derecho*», Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, 1946.
- Labatut, Gustavo, «*Derecho Penal*», Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1958.
- Lagos Erazo, Jaime, «*El "caso Pinochet" ante las Cortes Británicas*», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Liszt, Franz Von, «*Tratado de Derecho Penal*», Volumen II, Madrid, España. Editorial Reus, 1917-1929.
- Llanos Mansilla, Hugo, «*Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*», Tomo I, 2ª edición, Santiago Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- Lledó, Rodrigo, «*Derecho Internacional Penal*», Ediciones Congreso, febrero del 2000.
- Manzini, Vincenzo, «*Tratado de Derecho Penal*», Tomo I, Volumen I. Buenos Aires, Argentina. Ediar Editores, 1948.
- Mir Puig, Santiago, «*Derecho Penal, Parte General*», 5ª Edición, Barcelona, España. Editorial REPERTOR, 1998.
- Mir Puig, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal*», 2ª edición, Montevideo, Uruguay. Editorial B. de F., 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, «*Introducción Al Derecho Penal*», 2ª Edición, Montevideo, Uruguay, Editorial B de F, 2001, 298 pp.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes «*Derecho Penal. Parte General*», 3ª edición. Valencia España, Editorial Tirant lo Blanch, 1998.
- Novoa Monreal, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985.
- Pacheco, Máximo, «*Teoría del Derecho*», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1990

Puig Peña, Federico, «*Derecho Penal*», Tomo I, Volumen I, 5ª edición. Barcelona, España. Ediciones Nauta, 1959.

Quintano Ripollés, Antonio, «*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*», 2 Vol. Madrid, España. Consejo Superior de Investigaciones Superiores, Instituto «Francisco de Vittoria», 1955.

Rojas Aravena, Francisco & Stefoni, Carolina (Editores), «*El Caso Pinochet: Visiones Hemisféricas de su Detención en Londres*», Santiago, Chile. FLACSO, 2001.

Roxin, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997.

Streit Torreblanca, Edgardo, «*Principios Generales de Derecho Penal Internacional*», Santiago, Chile. Editorial Universitaria, 1964

Varios Autores, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1992

Varios Autores, «*Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*» Editores: Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge, Santiago, Chile. Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, 1996.

Yacobucci, Guillermo Jorge «*El Sentido de los Principios Penales: Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*», 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. 480 p.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición, Buenos Aires Argentina. Editorial Ediar, 2002.

Zuppi, Alberto Luis, «*Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional: el camino hacia la Corte Penal Internacional*», Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc, 2002.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Andrade Geywitz, Carlos, «*La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2º del Artículo 5º de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 375-401

Bruna Contreras, Guillermo, «*Algunas Consideraciones Sobre la Constitucionalidad de la Corte Penal Internacional*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 6, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2000, pp. 435-438

Bustos Valderrama, Crisólogo, «*El Derecho Internacional y la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional*», en *Revista de Derecho*, N° 8. Santiago, Chile. Editada por el Consejo de Defensa del Estado, 2003.

Cea, José Luis, «*Los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 2, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 1997, pp. 81-92

Contreras Clunes, Alberto, «Comentario al Caso Pinochet», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 575-587.

Cumplido Cereceda, Francisco, «La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 365-374.

Duran Ribera, Willman, «La Protección de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y la Jurisprudencia Constitucional», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 171-194

Errázuriz Eguiguren, Maximiano, «El Tribunal Penal Internacional», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 6, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2000, pp. 439-444

Etcheberry, Alfredo, «La Corte Penal Internacional: Jurisdicción, Estructura y Funcionamiento». En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 10, 2002, pp. 551-568

Fernandois Vohringer, Arturo, «La Corte Penal Internacional a la Luz del Derecho Constitucional». En *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VI, N° 6, 2002, pp. 253-267

Fuentes, Ximena, «Las Inmunidades de Jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 6, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2000, pp. 419-425

Garrido Montt, Mario, «Constitución y Tratados Internacionales en la Jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 2, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 1997, pp. 155-165

Infante Caffi, María Teresa, «La Corte Penal Internacional Ante el derecho Chileno». En *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VI, N° 6, 2002, pp. 269-284

Keith Hall, Christopher, «La Primera Propuesta de Creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente», En *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 145, Marzo de 1998, Págs. 63-82

Nogueira Alcalá, Humberto, «Consideraciones Sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional» en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 563-581.

Nogueira Alcalá, Humberto, «Las Constituciones y los Tratados en Materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 6, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2000, pp. 227-279

Nogueira Alcalá, Humberto, «Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 403-466.

Pfeffer Urquiaga, Emilio, «Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos y su Ubicación en el Orden Normativo Interno», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 467-483.

Ríos, Lautaro, «*Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*», en *Gaceta Jurídica*, N° 215. Santiago, Chile, 1998.

Tapia Valdés, Jorge, «*Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 351-364

Tribunal Constitucional, «*Sentencia sobre el Tribunal Penal Internacional*», Santiago, 8 de abril de 2002. Según versión aparecida en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 583-634

Troncoso Reppetto, Claudio «*La Corte Penal Internacional y el Principio de Complementariedad*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 6, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2000, pp. 407-417

TRATADOS Y OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Carta de las Naciones Unidas.

Convención contra la Tortura y otros Tratos, Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención de las naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Convención sobre la Esclavitud.

Convención suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud, la trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, Resolución adoptada por la Asamblea general 53/144

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

Estatuto del Tribunal penal Internacional para Ruanda.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)

Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud

–Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

–Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, o de Crímenes de Lesa Humanidad.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Comité Internacional de la Cruz Roja, «*Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal*», Documento disponible en el sitio Web del CICR, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMR5>

Faúndez Ledesma, Héctor, «*Los Antecedentes de la Corte Penal Internacional*», documento electrónico disponible en el sitio web de la Coalición de ONGs por una Corte Penal Internacional, http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Hector_Faundez.pdf ;