

DERECHO INTERNACIONAL PENAL

FUENTES NORMATIVAS



JOSÉ DOBOVŠEK

Doctor en Ciencias Jurídicas

Catedrático de Derecho Internacional Público

Universidad del Salvador – Instituto Universitario de la Policía Federal
Argentina

Catedrático de Derecho Comunitario Americano

Sorbonne- Pantheon I – Universidad del Salvador

LA LEY

INDICE

	Pág.
Prólogo	IX

INTRODUCCIÓN

§1.- Breve referencia histórica.....	XXXIII
§2.- Primera aproximación al Derecho Internacional Penal	XXXV
§3.- El Derecho Internacional Penal y la soberanía estatal	XXXVI

PARTE I

EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

CAPÍTULO I

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

§4.- Ubicación metodológica del Derecho Internacional Penal. El Derecho General y el Derecho Particular.....	4
§5.- Características comunes entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Penal General.....	4
§6.- Derecho de coordinación, descentralizado, sin parlamento, sin órgano judicial y sin órgano de policía.....	5
§7.- La Comunidad Internacional como un sistema "paritario"	6
§8.- La inexistencia de un órgano legislativo	6
§9.- La inexistencia de un órgano judicial internacional de jurisdicción compulsiva para los Estados	8
§10.- La delegación del Derecho Internacional al derecho interno de los Estados para la tipificación, persecución, detención, juzgamiento y castigo de los criminales internacionales. Principio de subsidiariedad.	8

XVI	JOSÉ DOBOVŠEK	Pág.
§11.- La jurisdicción internacional subsidiaria		10
§12.- La jurisdicción de los Tribunales Internacionales Penales de los regímenes particulares.....		12
§13. - La multiplicidad de regímenes internacionales penales. El pluriverso penal.....		13
§14. - La descentralización del ejercicio del poder de policía internacional.....		14
§15. - La simultaneidad de las fuentes normativas		16
§16. -El caso de las actividades paramilitares en Nicaragua resuelto por la Corte Internacional de Justicia (16.II.1984)		18
Conclusiones del Capítulo I.....		19
CAPÍTULO II		
EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL		
§17.- Concepto		22
A) Derecho Internacional		22
B) Derecho Público		22
C) Derecho doblemente valorativo.....		23
Primera etapa: Constatación del valor o bien.		24
Segunda etapa: El interés jurídico de la protección de ese bien.....		25
Tercera etapa: La norma protectora del bien jurídico.		25
D) Es Derecho Penal		26
§18.- La aplicación de la sanción internacional penal.....		27
El sistema descentralizado		28
El sistema institucionalizado.....		28

DERECHO INTERNACIONAL PENAL	XVII
	Pág.
§19.- Concepto de sanción internacional	29
Clasificación de las sanciones internacionales.....	30
Conclusiones del Capítulo II	31
CAPÍTULO III	
DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
§20.- Conceptos y contenidos	33
§21.- El Derecho Penal Internacional.....	34
§22.- Contenido del Derecho Penal Internacional.....	35
§23.- Diferencias con el Derecho Penal Internacional.....	36
§24.- Supremacía jerárquica del Derecho Internacional Penal.	38
Conclusiones del Capítulo III.....	39
CAPÍTULO IV	
DERECHO INTERNACIONAL PENAL GENERAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL PARTICULAR	
§25.- Concepto	41
§26.- El pluriverso normativo del Derecho Internacional Penal.....	43
§27.- El Derecho Internacional Penal General y el Derecho Internacional Penal Particular	44
§28.- La constitución de Tribunales Internacionales. El problema en el Derecho Internacional Penal General	46
§29.- Las jurisdicciones nacionales en ejercicio de la competencia universal. Alemania, Francia, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos de Norteamérica, Holanda, Suiza.....	47
§30.- Los tribunales del Derecho Internacional Penal Particular. La subjetividad jurídica internacional.....	53

	Pág.
§31.- Modos de constitución de los sistemas del Derecho Internacional Penal Particular	54
§32.- Régimen establecido por Estados vencedores en un conflicto armado: Tratado de Londres de 1944.-El Estatuto Internacional del Tribunal de Nüremberg.	55
§33.- La validación jurídica de la actuación de los Tribunales de Nüremberg y Tokio.....	58
§34.- Regímenes establecidos por un Organismo Internacional en forma compulsiva y con posterioridad de la comisión del crimen. Resoluciones 827/1993 y 955/94 del Consejo de Seguridad. Los Tribunales constituidos ad hoc	58
§35.- El Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia.	59
§36.- El Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda.	60
§37.- Régimen penal establecido por una convención multilateral abierta. La Convención de Roma de 1998.	60
§38.- Régimen penal establecido por un tratado bilateral entre las Naciones Unidas y un Estado. El Estatuto del Tribunal Internacional de Sierra Leona.	61
Conclusiones del Capítulo IV	63
PARTE II	
LOS DELICTA IURIS GENTIUM	
CAPÍTULO V	
LOS DELITOS INTERNACIONALES	
DELICTA IURIS GENTIUM	
§39.- Concepto	67
§40.- Elementos del delictum iuris gentium	69
A.- El delictum iuris gentium como acción.....	69

	Pág.
B.- La múltiple incriminación penal.....	70
C.- La acción por omisión.....	71
D.- La multiplicidad de acciones	72
E.- La acción por autorfa directa o mediata	72
§41.- Sujetos activos del delictum iuris gentium. La persona física. La cuestión del Estado como sujeto activo	73
A.- Sistemas del Derecho Internacional Penal Particular: inexistencia de responsabilidad penal de los Estados.....	74
B.- Sistema del Derecho Internacional Penal General: la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados.	74
C.- La responsabilidad de los Estados en la Comisión de Derecho Internacional.....	77
D.- La oposición de los Estados a reconocer la responsabilidad penal.....	78
§42.- El delictum iuris gentium como acción típica.....	79
A.- El principio "Nullum crimen sine lege" en el Derecho Internacional Penal	81
B.- La innovación del Tratado de Roma de 1998 sobre los principios del derecho penal	83
C.- El principio del nullum crimen sine lege en el Derecho Internacional Público convencional	84
§43.- El delictum iuris gentium como acción contraria al derecho ...	85
A.-La antijuridicidad formal y material	86
§44.- El delictum iuris gentium como acción culpable.....	87
§45.- El delictum iuris gentium como acción punible	89
A.- La cuestión de la pena respecto de la responsabilidad penal de los Estados.....	90

XX	JOSÉ DOBOVŠEK	
		Pág.
B.- La pena en el Derecho Internacional Penal		91
Conclusiones del Capítulo V		93
CAPÍTULO VI		
DELITOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES		
§46.- Clasificación de los “delicta iuris gentium”		95
§47.- Delitos y crímenes internacionales		99
A.- Delitos internacionales. Concepto.....		100
B.- Crímenes internacionales. Concepto		100
C.- Reparos a la clasificación de crímenes y delitos internacionales.		102
D.- Nuestra opinión		103
§48.- La obligatoriedad y exigibilidad erga omnes de los crímenes internacionales. Normas del ius cogens.		103
A.- Modos de determinación de la calidad de crimen internacional de una conducta delictiva.....		104
B.- La generalidad de la norma penal. El concepto espacial		105
C.- La aceptación y reconocimiento universal de la norma penal.		105
D.- La imperatividad. Inderogabilidad de la norma penal. El aspecto cualitativo.....		106
E.- La exigibilidad “erga omnes” de la norma penal. El aspecto cuantitativo.		107
e.1.- No toda norma imperativa es norma del ius cogens		107
e.2.- No toda norma “erga omnes” es norma imperativa		108
e.3.- No toda norma imperativa es norma exigible “erga omnes”		109
F.- Fuentes de la imperatividad y exigibilidad erga omnes de una norma		110

DERECHO INTERNACIONAL PENAL	XXI
	Pág.
§49.- Efectos del delito y del crimen internacional	112
A.- Efectos de los delitos internacionales.....	112
B.- Efectos de los crímenes internacionales.....	113
b.1.- Los crímenes internacionales obligan penalmente a todos los Estados de la Comunidad Internacional y a todo habitante.	113
b.2.- Los crímenes internacionales surgen de normas oponibles “erga omnes”.	114
b.3.- Los crímenes internacionales no prescriben.	114
b.4.- Los crímenes internacionales no reconocen inmunidades	115
b.5.- Son crímenes respecto de los cuales existe la obligación internacional de juzgar o extraditar. Aut dedere, aut iudicare.	117
b.6.- Los Estados pueden invocar la competencia universal para su persecución y juzgamiento.....	118
b.7.- El crimen internacional genera la aplicación de una doble sanción.	118
Conclusiones al Capítulo VI	119
PARTE III	
FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL	
PARTE GENERAL	
CAPÍTULO VII	
FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	
PARTE GENERAL	
§50.- Introducción.....	123
§51.- La doctrina de las fuentes del Derecho Internacional Público. .	124
La Escuela Iusnatural-racionalista de los siglos XVII y XVIII	124
La Escuela Histórica del siglo XIX	124

XXII	JOSÉ DOBOVŠEK	
		Pág.
El positivismo jurídico		125
A.- Las fuentes como hechos o actos con capacidad para generar normas jurídicas. Fuentes de validación normativa.		125
B.- Teoría negatoria de fuentes en el Derecho Internacional Público.		127
C.- El Derecho espontáneo. Posición de Roberto Ago y Julio A. Barberis		128
D.- Teoría de la fuente única del Derecho Internacional Público.....		131
§52.- Fuentes formales y fuentes materiales.....		132
§53.- Fuente material		133
§54.- Fuente formal.....		134
Conclusiones del Capítulo VII.....		134
CAPÍTULO VIII		
LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL		
Introducción		137
§55.- El art. 38 del Estatuto de la CIJ		138
A.- Enumeración ejemplificativa o taxativa del art. 38 del Estatuto... ..		139
§56.- Jerarquía entre las fuentes formales del Derecho Internacional Público.....		139
§57.- Jerarquía entre normas penales de distintas fuentes formales.. ..		141
A.- Criterio de selección según la naturaleza de las normas internacionales penales		141
B.- Criterio de selección según el principio de especialidad.		142
C.- Criterio de selección por el orden cronológico.....		143
58.- Principios generales penales como criterio de aplicación de normas penales.		145

DERECHO INTERNACIONAL PENAL	XXIII
	Pág.
A.- Irretroactividad de la norma penal internacional	145
B.- Norma penal posterior más benigna.	145
C.- Norma del Derecho Internacional Penal General “abrogatoria” de los sistemas del Derecho Internacional Penal Particular.	147
Conclusiones del Capítulo VIII	148
PARTE IV	
FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL	
PARTE ESPECIAL	
Introducción	153
CAPÍTULO IX	
EL DERECHO CONVENCIONAL – LOS TRATADOS Y CONVENCIONES	
§59.- Introducción.....	155
§60.- Desventajas del derecho convencional como fuente del Derecho Internacional Penal.....	156
A.- El principio “res inter alios acta”	156
B.- La vigencia condicionada a la voluntad de las partes	157
1.- el derecho de hacer reservas	157
2.- el derecho de la denuncia del Tratado	157
3.- la terminación o suspensión de los tratados	158
C.- La falta de una sistemática normativa en los tratados internacionales	158
- Crimen de Lesa Humanidad	159
D.- Falta de una adecuada técnica tipificante	160
- Caso Furundzija y la interpretación extensiva y analógica	160
§61.- Convenciones y tratados internacionales del Derecho Internacional Penal	161

XXIV	JOSÉ DOBOVŠEK	Pág.
§62.-Relaciones entre tratados y el derecho consuetudinario.		165
A.- El efecto declarativo de un tratado. La costumbre escrita		165
B.- El efecto cristalización del tratado. La costumbre "in status nas- cendi" o en vías de formación		166
C.- El efecto generador del tratado: "la convención consuetudinaria"		167
D.- El triple efecto simultáneo entre la norma convencional y las nor- mas no escritas		168
a.- receptan normas penales no escritas y ya vigentes.....		168
b.- consolidan jurídicamente aspectos de normas penales aún en curso de formación		168
c.- generan la norma consuetudinaria penal.....		168
Conclusiones del Capítulo IX.....		169
CAPÍTULO X		
EL DERECHO CONSUECUDINARIO COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL		
§63.- Introducción.....		171
§64.- Importancia de la costumbre		172
§65.- Concepciones de la costumbre internacional como fuente del derecho		173
A.- La costumbre como el modo de manifestación de una norma ya existente:		173
B.- La costumbre como fuente normativa:		174
b.1.- la costumbre como un tratado tácito: Posición consensualis- ta de la costumbre.		174
b.2.- la costumbre como modo de creación autónomo de normas....		175
C.- Teoría negatoria de la costumbre como fuente del derecho.		176
§66.- Elementos de la costumbre.....		177

DERECHO INTERNACIONAL PENAL	XXV
	Pág.
A.- El elemento material de la norma consuetudinaria. El análisis cuan- titativo del acto material	177
a.- La duración de la práctica internacional.	179
b.- La repetición de los actos materiales	180
c.- La continuidad del uso.	180
d.- La uniformidad de la práctica internacional	180
e.- La generalidad de la práctica internacional.....	181
B.- El elemento psicológico: la opinio iuris sive necessitatis.....	181
a.- Concepto.....	182
b.- Presencia de la opinio iuris en las distintas fuentes formales.....	182
c.- La opinio iuris en la jurisprudencia internacional	183
- La Corte Permanente de Justicia	183
- La Corte Internacional de Justicia	184
§67.- Técnicas de identificación de las normas consuetudinarias	184
A.-El método de constatación clásico.....	185
B.-El método moderno de constatación consuetudinaria.....	186
Preliminar	186
a.- Doctrina de la "coutume sauvage"	187
b.- Doctrina de la "instant customary law"	189
c.- Doctrina del "soft law".....	190
- Las recomendaciones de organizaciones internacionales	190
- Los acuerdos internacionales no normativos (no jurídicos).....	191
- Los tratados y convenciones que contienen prescripciones vagas o difusas	192

	Pág.
§68.- La técnica moderna de constatación de normas consuetudinarias internacionales.....	193
§69.- El derecho consuetudinario como fuente del Derecho Internacional Penal.....	194
A.- Antecedentes jurisprudenciales sobre la práctica negativa.....	195
§70.- Proceso de formación de la norma consuetudinaria en el Derecho Internacional Penal.....	196
A.- El elemento material – las conductas:.....	197
B.- El elemento psicológico: la convicción de cumplir una obligación jurídica.....	197
C.- La opinio iuris sive necessitatis como elemento en la norma penal internacional consuetudinaria.....	197
§71.- El derecho consuetudinario como fuente de la responsabilidad penal individual.....	200
A.- El derecho consuetudinario como fuente de la responsabilidad penal de Jefes de Estado y gobernantes.....	201
B.- El derecho consuetudinario como fuente de la responsabilidad penal sin perjuicio de la obediencia debida.....	202
§72.- El derecho consuetudinario como fuente de la creación de tipos penales internacionales.....	203
A.- Crimen de Genocidio:.....	203
B.- Crimen de lesa humanidad.....	204
a.- la inhumanidad del acto.....	205
b.- la generalidad del acto.....	205
c.- ataque a la población civil.....	206
C.- Crímenes de guerra.....	206
Conclusiones del Capítulo X.....	208

CAPÍTULO XI

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

§73.- Concepto.....	214
§74.- Los Principios Generales del Derecho Internacional Público....	216
A.- Los principios del Derecho Internacional Público en el Tratado de Roma.....	217
§75.- Caracteres de los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.....	217
A.- Los principios Generales del Derecho son de aplicación supletoria.....	218
B.- Los principios Generales del Derecho son normas del derecho interno estatal (forum domesticum).....	218
Normas de derecho positivo estatal.....	218
Normas del derecho sustancial o formal.....	218
Las normas del derecho interno no son de aplicación automática. ..	219
§76.- Proceso de formación de los principios generales.....	220
A.- El análisis de una multiplicidad de legislaciones.....	220
B.- La cantidad de legislaciones a evaluar.....	221
C.- La depuración de los elementos accidentales y propios.....	221
D.- La determinación de la norma general: Principio General del Derecho.....	222
§77.- Efecto de reciprocidad entre los principios generales y las restantes fuentes.....	222
§78.- Principios Generales del Derecho Penal reconocidos por las naciones civilizadas.....	223
§79.- Los Principios Generales del Derecho Internacional Penal plasmados en convenciones internacionales y decisiones de Organizaciones Internacionales.....	223

	Pág.
A.- Declaración Universal de los Derechos Humanos	224
B.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	225
C.- Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"	227
D.- Convenio Europeo para "la protección de los derechos y de las libertades fundamentales"	230
E.- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.....	232
F.- Tratado de Roma de julio de 1998.	234
G.- Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas .	236
Conclusiones del Capítulo XI	238

CAPÍTULO XII

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE HUMANIDAD COMO FUENTES DE NORMAS INTERNACIONALES PENALES

SECCIÓN I

§80.- Preliminar.....	241
§81.- Teoría de los derechos implícitos	247
§82.- El Derecho Natural en el Derecho Internacional Público y Penal	250
A.- Concepto del Derecho Natural.....	250
B.- El Derecho Natural como "lo justo natural"	251
C.- Función orientadora del Derecho Natural	252
D.- Modo de acceso al orden natural. El sentido común.....	254

SECCIÓN II

§83.- La ubicación de los Principios Generales de Humanidad como fuente formal	255
--	-----

	Pág.
§84.- Los Principios Generales de Humanidad como fuente propia de normas internacionales penales	256
§85.- Concepto de los Principios Generales de Humanidad.....	257
§86.- Características de los Principios Generales de Humanidad	258
A.- Genera normas no escritas	258
B.- Es una fuente de normas de contenido genérico.....	259
C.- Es una fuente normativa de excepción.....	259
D.- Es una fuente normativa supletoria.	260
E.- Es una fuente normativa de vigencia universal.....	260
F.- Es una fuente que genera normas dinámicas y mutables en el tiempo.	260
G.- Es una fuente normativa que tiene ínsito el principio de la "gravedad"	261
H.- El Tratado de Roma y el principio de la gravedad.....	262
I.- Las Convenciones de Ginebra de 1949 y las "graves violaciones" ..	263
§87.- La opinio iuris internacional como elemento de los Principios Generales de Humanidad	264
§88.- El Orden Natural y los Principios Generales de Humanidad	266
A.- Los Principios Generales de Humanidad como derecho implícito en la Comunidad Internacional	267
B.- El Derecho Natural como derecho implícito en el Derecho Internacional Público.....	268
1.- La cláusula Martens.	268
2.- El Pacto Briang Kellogg. La Carta de las Naciones Unidas y el derecho a la legítima defensa.....	268
3.- La Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 y el ius cogens.....	269

	Pág.
§89.- La Corte Internacional de Justicia y los Principios Generales de Humanidad.....	269
§90.- Los Principios Generales de Humanidad en el derecho convencional internacional	271
Conclusiones del Capítulo XII.....	274
CAPÍTULO XIII	
LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES COMO FUENTE FORMAL DE LAS NORMAS PENALES	
§91.- Concepto	277
§92.- Características.....	278
A.- Acto jurídico unilateral.....	278
B.- La intención de crear, modificar o extinguir una norma prescriptiva o definitiva	279
C.- La vigencia de la norma no se encuentra condicionada a la conformidad del sujeto obligado.	279
D.- Ejercicio de las facultades expresas o implícitas del Organismo Internacional.	281
§93.- Organismos internacionales vinculados a la creación y aplicación de normas internacionales penales.....	281
A.- Organismos Internacionales Jurisdiccionales. Los Tribunales Internacionales	282
B.- Los Organismos Internacionales con facultades normativas penales.....	284
§94.- Facultades para constituir tribunales y crear normas penales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.....	284
§95.- La capacidad para crear Tribunales Internacionales del Consejo de Seguridad. El caso Tadic, Dusko s/ excepción preliminar de incompetencia.....	285
A.- Precedente de la facultad de creación de tribunales internacionales por un órgano de las Naciones Unidas. El Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.....	287

	Pág.
B.- Las facultades implícitas de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Resolución 377 "Unión Pro Paz".....	288
§96.- La capacidad para crear normas penales del Consejo de Seguridad.....	289
Conclusiones del Capítulo XIII.....	291
CAPÍTULO XIV	
LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE AUXILIAR DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL	
§97.- Introducción	295
§98.- Concepto	296
§99.- Efectos de la jurisprudencia en la normativa internacional	296
A.- Efecto generativo de la jurisprudencia	296
1.- La jurisprudencia como fuente formal del Dipen	297
2.- La jurisprudencia como fuente material del Dipen	298
B.- Efecto verificador	299
C.- Efecto determinativo. El poder "cuasi normativo" de la jurisprudencia	300
§100.- Clasificación de la jurisdicción internacional.	302
A.- Jurisdicción nacional y jurisdicción internacional.....	302
B.- Jurisdicción "ad hoc" y jurisdicción permanente.....	305
C.- Jurisdicción convencional y jurisdicción imperativa o compulsiva.....	306
D.- Jurisdicción suplementaria y jurisdicción excluyente.....	307
E.- Jurisdicción con competencia universal o limitada	309
1.- Terminología.....	309

	Pág.
2.- Convenciones internacionales que establecen la "competencia universal"	310
§101.-Jurisprudencia nacional	315
Conclusiones del Capítulo XIV	316
BIBLIOGRAFÍA	319