

CAPÍTULO QUINTO

LA FUENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A finales del siglo XX se adoptó el Estatuto de Roma (ER). Una de sus grandes novedades fue que ya no se apoyaba en el artículo 38-1, sino que trajo su propio catálogo de fuentes de DPI. Por supuesto que, dada la especificidad de esta disciplina jurídica, las características de esas fuentes son muy particulares y no exentas de discusión doctrinal como lo veremos aquí.

I. ANTECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En lo que se refiere a las fuentes hay un hito importante en el DPI, pues en el siglo XX su desarrollo fue muy destacado. Para entender la actual estructura de las Fuentes del Derecho Penal Internacional (FDPI) es necesario revisar su evolución a partir de finales de la Primera Guerra Mundial y hasta la adopción del ER, que creó la Corte Penal Internacional (CPI) en el año 2002.

Los antecedentes de la actual CPI se encuentran en Europa, en los conflictos que detonaron dos guerras mundiales y una sangrienta guerra en la ex Yugoslavia en las postrimerías del siglo pasado. A finales de la Primera Guerra Mundial, en el tratado de Versalles de 1919 se incluyó el apartado VII en el cual se estableció un procedimiento para imponer sanciones penales a los alemanes. La idea era que, después del conflicto bélico, los alemanes aceptarían la “cláusula de culpabilidad bélica”.²⁵⁴

²⁵⁴ Thomson, David, *Historia mundial de 1914 a 1968*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 93.

Con base en ella Guillermo II de Hohenzollern fue acusado de “crimen supremo contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados”,²⁵⁵ y para juzgarlo se propuso un tribunal compuesto de cinco jueces que serían designados por los aliados. Sin embargo, el juicio no se llevó a cabo en virtud que Holanda, Estado donde se encontraba asilado el ex emperador, no concedió la extradición. Empero, el Tratado de Versalles, en su artículo 228,²⁵⁶ optó por una salida más accesible:

- Alemania reconoció el derecho de los aliados y de los poderes asociados para llevar a los acusados de haber cometido actos en violación de las leyes o costumbres de guerra ante los tribunales alemanes o los tribunales de sus aliados. En consecuencia, no se crearon tribunales internacionales *ad hoc*, como si sucedió posteriormente.

²⁵⁵ Guevara B., José A., “Breve introducción a los antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional”, en Guevara B., José A. y Dal Maso J., Tarciso (comps.), *La Corte Penal Internacional. Una visión Iberoamericana*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005, p. 5.

²⁵⁶ A respecto, el Tratado de Versalles establece: “Artículo 228. El Gobierno alemán reconoce el derecho de las Potencias Aliadas y Potencias Asociadas para llevar ante los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra. Estas personas, si son encontradas culpables, serán sentenciadas a las penas establecidas por la ley. Esta disposición se aplicará independientemente de cualquier procedimiento o enjuiciamiento ante un tribunal en Alemania o en el territorio de sus aliados.

El Gobierno alemán deberá entregar a las Potencias Aliadas y Asociadas, o a aquella que así lo solicite, a todas las personas acusadas de haber cometido un acto en violación de las leyes y costumbres de la guerra, que se especifican ya sea por nombre o por rango, cargo o empleo que tenían en las autoridades alemanas.

Artículo 229. Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de una de las Potencias Aliadas y Asociadas serán llevadas ante los tribunales de esa potencia.

Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de más de una de las Potencias Aliadas y Asociadas serán llevadas ante tribunales militares integrados por miembros de los tribunales militares de las Potencias interesadas.

En todos los casos, el acusado tendrá derecho a nombrar su propio abogado”.

- Las fuentes del derecho mediante las cuales se debería juzgar eran el derecho humanitario convencional y consuetudinario.

Esto produjo los juicios de Leipzig, que en realidad no tuvieron el éxito esperado. Años más tarde, durante la Segunda Guerra Mundial, en el año de 1943, cuando los aliados visualizaban la victoria, en la Conferencia de Moscú los líderes de los países aliados Roosevelt, Churchill y Stalin, emitieron la declaración que establecía que los criminales de guerra deberían ser juzgados.²⁵⁷ Con esa consigna, después de la Segunda Guerra Mundial, precisamente el 8 de agosto de 1945, el cuarteto de Estados vencedores de esa contienda bélica: EEUU, Gran Bretaña, la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS) y Francia, a través de su gobierno provisional, celebraron el tratado denominado Acuerdo de Londres, mediante el cual se establecieron las bases para procesar y castigar a los miembros del Eje que cometieron crímenes de guerra.

Se creó el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Núremberg) y, por lo que corresponde a los crímenes de guerra cometidos por los japoneses, mediante la Declaración de Postdam del 2 de julio de 1945, se estableció la obligación de someter a juicio a los criminales japoneses y se creó el Tribunal Militar Internacional para Lejano Oriente (Tribunal de Tokio).

En estos tribunales, que fueron creados *ad hoc*, se planteaba el problema teórico de la aplicación del principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*). Sin embargo, el Tribunal de Núremberg, apoyándose en las fuentes del DI, recordó que el derecho de guerra no solamente existe en los tratados internacionales, sino que para encontrarlo hay que recurrir a la costumbre internacional²⁵⁸; de-

²⁵⁷ "...pueden ser juzgados y castigados de acuerdo con el derecho de estos países liberados y de los gobiernos libres que se levantarán en ellos" (traducción de Mónica Nuño), Guevara B., José A. y Dal Maso J., Tarciso (comps.), *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁸ "...sino en la costumbre y las prácticas de los Estados que gradualmente obtuvieron reconocimiento universal, y de los principios generales de justicia aplicados por juristas y practicados por tribunales militares" (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p.16.

jando claro que se aplicaban las fuentes tradicionales de DI. Además, en forma progresiva, los tribunales de Tokio y de Núremberg aportaron con sus sentencias nuevos elementos en la identificación de la normatividad internacional penal.

En el año de 1950, la CDI elaboró el documento que se denominó “Principios del Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en las Sentencias de dicho Tribunal”. Con esa experiencia histórica, en el año de 1993 el CS de la ONU creó el Tribunal Internacional para Juzgar a los Presuntos Responsables de Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 (TPY). Su estatuto fue claro al establecer que el TPY aplicaría el derecho de Ginebra de 1949, así como el DCI en la materia.²⁵⁹

Otro hito importante fue la creación del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Ruanda y a Ciudadanos de Ruanda Responsables de Genocidio y Otras violaciones de esa Naturaleza Cometidas en Territorios de Estados Vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (TPR).

En Sierra Leona se suscitó otro conflicto de gran gravedad en la década de los años 90. En este caso, a diferencia de los tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda, no se optó por la creación de un tribunal por el CS. El tribunal sobre Sierra Leona fue producto de una negociación y la celebración de un acuerdo entre el gobierno de Sierra Leona y la Organización de las Na-

²⁵⁹ “El Tribunal Internacional estará facultado para enjuiciar personas que cometan violaciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...” (artículo 2o. del Estatuto) y que “...el Tribunal Internacional tendrá facultades para enjuiciar a las personas que violen las leyes de costumbre de la guerra” (artículo 3o.). “...el Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991” (traducción de Mónica Nuño), Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad, resolución 827, 25 de mayo de 1993.

ciones Unidas el 16 de enero de 2002, que dio vida al Tribunal Especial para Sierra Leona. Hay que mencionar que estos tres tribunales aplicaron las fuentes conocidas y previstas en el artículo 38-1 del ECIJ.²⁶⁰

II. EL ESTATUTO DE ROMA Y LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Uno de los aspectos más interesantes del ER de 1998, que estableció la CPI y entró en vigor el 1 de julio de 2002, es, sin duda, su referencia a las fuentes del DI; siendo una clara manifestación de que el artículo 38-1 del ECIJ está rebasado por la evolución de la institucionalización internacional, al tiempo que hace evidente el peligro de que la práctica internacional rebase también las disposiciones del ER.

Es comprensible la preocupación de los creadores del ER, ya que uno de los aspectos más relevantes del DPI es la necesidad de contar con normas ciertas y reconocidas por los acusados, con anticipación al hecho que se considere punible; lo que técnicamente se conoce como los principios de *nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*, que dan certidumbre a la normatividad penal. Aunque hay que reconocer que no llega a alcanzarse ese grado de certidumbre total que existe en el derecho penal interno, ya que no todo el derecho penal esta codificado.

El artículo 21 del ER se refiere a las fuentes²⁶¹ en una formulación novedosa que rompe con la hegemonía, si así lo po-

²⁶⁰ La jurisprudencia de estos tres tribunales es rica en la aplicación de las fuentes mencionadas en el artículo 38-1 del ECIJ. Véase Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, pp. 74-120.

²⁶¹ “Artículo 21. Derecho aplicable.

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.

demos decir, del artículo 38 del ECIJ, como veremos a continuación.

1. *En primer lugar, el Estatuto de Roma, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba*

A diferencia del artículo 38-1 del ECIJ, el artículo 21 establece una jerarquía normativa en la que, en primer lugar, se aplica el ER que tiene un catálogo de delitos tipificados. La importancia de la tipificación y de las reglas procedimentales es evidente y constituye un avance en la estructuración de una justicia penal internacional, de ahí la importancia de la aplicación, en primer término, del ER.

En este rango se habla de los elementos de los crímenes. El ER hace referencia en su artículo 9o. a los elementos del crimen²⁶² que ayudarán a la CPI a interpretar y aplicar sus ar-

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

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

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

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

²⁶² Artículo 9o.

Elementos de los crímenes.

1. Los elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6o., 7o. y 8o. del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a los elementos de los crímenes:

tículos 6o. (genocidio), 7o. (crímenes de lesa humanidad) y 8o. (crímenes de guerra). A la fecha, este documento ha sido ratificado por las dos terceras partes de la asamblea de Estados integrantes. Así, “los elementos del crimen” tienen una función declarativa, digamos reglamentaria, de sistematización de los crímenes señalados en los artículos del 6o. al 8o. del estatuto y son una fuente jurídica secundaria.²⁶³ Dondé Matute menciona que este documento basa su estructura en el Código Penal Modelo de los EEUU.²⁶⁴

Respecto de las reglas de procedimiento y prueba, los Estados parte las aprueban y son una codificación de las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales previamente establecidos.

2. *En segundo lugar, cuando proceda, tratados aplicables, principios y normas del derecho internacional, incluidos los establecidos en el derecho internacional de conflictos armados*

En materia de fuentes, el estatuto no crea un sistema autocontenido pues, después de la normatividad interna, siempre y cuando proceda, no hay dificultad en aceptar las normas contenidas en otros tratados. Precisamente en materia penal inter-

-
- a) Cualquier Estado parte.
 - b) Los magistrados, por mayoría absoluta.
 - c) El fiscal.

Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

3. Los elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.

²⁶³ Ambos, Kai, “«Elementos del crimen» así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional”, disponible en: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe_Elementos_crimen.pdf (fecha de consulta: 8 de julio de 2016).

²⁶⁴ Dondé Matute, Javier, *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del Sistema de Justicia Internacional*, México, Porrúa, 2015, p. 54.

nacional, después de la Segunda Guerra Mundial, se ha creado una estructura jurídica normativa contenida en una serie de tratados internacionales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984, entre muchos otros. También, hay que tomar en cuenta que el DPI está íntimamente relacionado con los tratados internacionales sobre derechos humanos y con el derecho penal interno.²⁶⁵ Sin embargo, no se debe de soslayar que la frase “cuando proceda” hace que la aplicación de estas fuentes sea meramente subsidiaria.

Por otra parte, al referirse el ER a los “principios y normas del derecho internacional”, sin duda se trata del derecho consuetudinario; aunque la mención de los “principios”, aparte de las “normas”, es vaga, según algunos comentaristas.²⁶⁶ Precisamente esa vaguedad trae como consecuencia polémicas sobre todo en lo que toca al reconocimiento, por parte del artículo 21, de las normas consuetudinarias. Algunos comentaristas consideran que si bien la costumbre internacional “tuvo un momento importante en la conformación del derecho penal internacional, ha desaparecido por completo de su sistema de fuentes representado por el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional”.²⁶⁷

A reserva de que este tema lo toquemos más adelante, consideramos que el estatuto se refiere a principios como los contenidos en el artículo 2o. de la Carta y que son ampliamente conocidos por la doctrina de DI, y muchos tienen una naturaleza consuetudinaria. Cuando se refiere a las “normas” es lógico que se refiera a las normas consuetudinarias, pues las convencionales ya se tocaron con anticipación.

²⁶⁵ Cassese, Antonio, “International Criminal Law”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *op. cit.*, p. 723.

²⁶⁶ Verhoeven, J., “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Holanda, vol. XXII, 2002, p. 13.

²⁶⁷ Dondé Matute, Javier, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

3. *Los principios generales del derecho*

Es atrayente también la mención que se hace en artículo 21-c de los PGD. Lo interesante es que, por un lado, se separa de la fórmula bastante anticuada del artículo 38-1 del ECIJ de las “naciones civilizadas” y, por otra parte, pone un límite o control al establecer que esos PGD se deben derivar del “derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, *siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos*” (las cursivas son nuestras).

Aunque no le parezca a algunos comentaristas, parece claro a qué se refiere el artículo 21 cuando habla de “sistemas legales”. Esta es una fórmula más apropiada que la de “naciones civilizadas” y se refiere a los principales sistemas del mundo, es decir, al sistema jurídico anglosajón, el romano germánico y ¿el de los países musulmanes? Aquí queda una duda sobre la similitud de las normas penales de los países musulmanes que podrían ser diferentes, ya que están basados o enraizados en normas religiosas que posiblemente serían bastante diferentes en la imposición de las penas, lo que puede contradecir o chocar con las nuevas concepciones de los derechos humanos del mundo occidental, por lo menos desde el punto de vista teórico. No obstante, no olvidemos que esta es el candado sobre la incompatibilidad.

Esos PGD deben referirse a la materia del DPI y, por si no fuera poco, el mismo estatuto menciona algunos en su parte III:

- *Nullum crimen sine lege.*
- *Nulla poena sine lege.*
- Irretroactividad *ratione personae*.
- Responsabilidad penal individual.
- Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.

- Improcedencia del cargo oficial.
- Responsabilidad de los jefes y otros superiores.
- Imprescriptibilidad.
- Elemento de intencionalidad.
- Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.
- Error de hecho o error de derecho.
- Órdenes superiores y disposiciones legales.

De acuerdo con lo hasta aquí visto, es factible decir que en DI podemos identificar los siguientes principios:

- Los principios de DI, reconocidos por el DI *lato sensu*, algunos de los cuales pueden tener una relación con el DPI, como es el caso de los principios reconocidos por la Carta de San Francisco en su artículo 2o., entre ellos la prohibición de “recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial la independencia política de cualquier Estado...”, que tiene también una naturaleza consuetudinaria, como se probó en el caso Nicaragua ante la CIJ.
- Los PGD *latu sensu*, a los cuales se refiere el artículo 39-1 del ECIJ.
- Los PGD en materia penal a los que recientemente nos referimos.

4. *La jurisprudencia en materia penal internacional*

En una posición teórica, más consistente con la tradición jurídica anglosajona, el artículo 21-2 del ECPI establece la posibilidad de que la CPI aplique interpretaciones jurisprudenciales hechas con anticipación: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”.

Esto parece que aleja al ECPI de la tradición jurídica civilista que se refleja en el artículo 38-1, en el sentido de que las decisio-

nes judiciales solo tienen validez para el caso concreto y que fue una inclinación a la que llegaron los diseñadores del artículo 35 del ECPJI, antecedente del mencionado artículo 38-1.

En el artículo 21-2 se trata de asegurar una continuidad en las decisiones de la CPI en donde la práctica ha creado una especie de jurisprudencia internacional. Aunque las palabras “podrá aplicar” denotan una potestad de la CPI y, en consecuencia, una libertad para que pueda separarse de los precedentes.

5. *Compatibilidad con los derechos humanos*

La mención a los derechos humanos que hace el artículo 21-3 del ER es de gran importancia ya que, técnicamente, coloca a los derechos humanos en una posición jerárquica superior, al ponerlos como limitación o como parámetros de interpretación del juzgador. La importancia de los derechos humanos es muy grande, ya que el DI penal es un sistema híbrido que contiene normas y principios que se originan en el DI, incluyendo derechos humanos. La normatividad de los derechos humanos se envuelve, como capa protectora, en la normatividad del DPI. Y la prohibición del genocidio es una norma de derechos humanos que esta sancionada por el DPI.

Esto confirma nuestra tesis de que el DPI, junto con los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, conforman las bases de un orden público internacional, ya que su normatividad puede estar íntimamente interrelacionada.²⁶⁸

²⁶⁸ “...un crimen de derecho internacional comportará en muchos casos la violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos, pero un comportamiento de esta naturaleza sólo podrá ser valorado como un crimen de derecho internacional si concurren a la postre, los específicos requisitos previstos en su tipificación internacional”, Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transición a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia ibeoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007, p. 519.

III. ¿EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL NIEGA LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INTERNACIONAL?

Esta cuestión reviste gran importancia y en la cual la doctrina no tiene una posición general todavía. En efecto, hay juristas que rechazan la posibilidad de aplicar las normas consuetudinarias por la CPI, en virtud del principio *nullum crimen sine lege* que es parte del principio de legalidad en la normatividad penal.²⁶⁹ A lo mucho, pueden servir como “normas aplicables para la interpretación o, todo lo más, la integración de las normas escritas”.²⁷⁰ Esta postura toma como punto de partida la interpretación del artículo 21 del ECPI, que, según esa corriente, no reconoce la normatividad consuetudinaria como fuente de aplicación de la CPI. Esta idea no es aceptada por toda la doctrina, hay otras posturas, que compartimos, que aceptan la aplicación de las normas consuetudinarias con base en los siguientes razonamientos: el DPI es un ordenamiento nuevo y autónomo, que al mismo tiempo es parte del DIP formal que se origina a través de la celebración de tratados o a través de la formación del derecho consuetudinario;²⁷¹

...el derecho consuetudinario y los PGD son, por cierto, difíciles de identificar, dado que se trata aquí de derecho internacional no escrito. Sin embargo, en tanto falten las convenciones correspondientes, estas fuentes del derecho deben servir como punto de partida constructivo para la formación de normas de derecho penal internacional.²⁷²

²⁶⁹ Dondé Matute, Javier, *op. cit.*

²⁷⁰ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Principios generales del derecho penal”, en Guevara B., José A. y Dal Maso J., Tarciso (comps.), *op. cit.*, p. 611.

²⁷¹ Esta es la postura, por ejemplo, de Antonio Cassese. Véase Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 26.

²⁷² Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Uruguay, Duncker & Humblot-Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2005, p. 35.

No olvidemos que el derecho convencional internacional no cubre todas las áreas del derecho, en virtud de su carácter parcial, es decir, no todos los Estados son miembros de los mismos tratados; por lo que impedir la aplicación del derecho consuetudinario significaría dejar descubiertas muchas áreas delictivas de la actividad humana, lo que nos lleva a la impunidad. Inclusive, el ER, aunque no se refiere directamente a la costumbre, si lo hace de manera indirecta en el artículo 21-1-b que se refiere a “los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”, lo cual, indudablemente, incluye la normatividad consuetudinaria. Aquí el concepto “principios de derecho” no se tiene que entender en el sentido del artículo 38-1-c del ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg.²⁷³

El especialista alemán en DPI Kai Ambos, tratando de puntualizar, recuerda que el derecho penal debe respetar el estado de derecho (*rule of law*), la idea de la justicia y, concretamente, el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*); y que “la conducta debe ser el objeto de una prohibición penal escrita (*lex scripta*) al tiempo de su comisión, a ser juzgada con posterioridad (*lex praevia*); además, los elementos del delito respectivo deben estar definidos clara e inequívocamente (*lex certa*)”. En virtud de las características de la costumbre internacional Ambos concluye:

...al menos en relación con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y su compromiso con el principio *nullum crimen* en los artículos 22 y 24 de su Estatuto, una regla de derecho consuetudinario no puede generar responsabilidad penal. Los tribunales nacionales, incluso en los sistemas del *common law*, también han sido reticentes a reconocer responsabilidad penal basada únicamente en el derecho internacional consuetudinario.²⁷⁴

²⁷³ *Ibidem*, p. 36.

²⁷⁴ Ambos, Kai y Timmermann, Anina, *Terrorismo y derecho internacional consuetudinario*, en Ambos, Kai et al. (eds.), Colombia, CEDPAL-Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp. 27 y 28.

No dudamos de tal análisis, sin embargo, insistimos en la naturaleza descentralizada del DI y la ausencia de normas totalmente generales; lo que no se logra con el derecho convencional que sería el que daría certidumbre a la legalidad penal internacional. Por eso los tribunales recurren a la costumbre internacional. Los ejemplos pueden ser muchos, solo tomemos la OC de la CIJ “Sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares” del 16 de julio de 1996, que en su búsqueda de dicha legalidad recurre al análisis de la práctica en busca de la costumbre internacional.²⁷⁵ Ya en otro momento nos referimos al trabajo colosal que hizo el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre la codificación de algunas normas de derecho humanitario internacional que indudablemente son parte del DPI.

El mismo profesor Ambos, no obstante su posición crítica a la costumbre de DPI, recurre al análisis de la práctica en busca del carácter consuetudinario del delito de terrorismo.²⁷⁶ Hay una gran cantidad de normas consuetudinarias en materia penal internacional de carácter sustantivo y adjetivo que no tienen su equivalente en el derecho convencional con vocación universal y no aplicarlo significa ir en contra del objetivo del mismo DPI de luchar contra la impunidad.

Hay Estados, como los EEUU, que son reticentes a ser parte de tratados como el ER, blindando o tratando de blindar a sus fuerzas militares y sus autoridades de la aplicación del derecho penal contenido en ese tratado. ¿En momentos en que en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, por ejemplo, se ha comprobado oficialmente, mediante el Informe Chilcot, que la Guerra de Iraq fue ilegal y que se cometieron graves violaciones al DI penal, será posible dejarlo en la impunidad si los Estados involucrados son remisos a aceptar el derecho convencional que los penaliza?

²⁷⁵ Al respecto la CIJ afirma: “75. Son muchas las normas consuetudinarias que se han establecido mediante la práctica de los Estados y que forman parte integrante del derecho internacional relacionado con la cuestión que se plantea...” (se refiere al derecho humanitario internacional).

²⁷⁶ Ambos, Kai y Timmermann, Anina, *op. cit.*

Creemos que el error que comete la doctrina al negar la posibilidad de aplicar el derecho consuetudinario en el DPI, estriba en olvidarse que el DI *latu sensu* es un sistema jurídico específico, diferente al interno y que una manifestación de la legalidad internacional es el DCI que llena los espacios que no cubre el derecho convencional en aras de un sistema hermético y de Estado de derecho internacional.