

XIV F/ES, 575

# ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

---

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR  
SANTIAGO BENADAVA

---

TOMO II  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Coordinador Académico:

EDUARDO PICAND ALBÓNICO

*Profesor Universidad de Chile*

Todos los derechos reservados.  
Prohibida su reproducción, total o parcial,  
incluyendo el diseño de la portada.  
La compra de un libro fotocopiado es un acto ilegal  
y puede ser penado por la ley.

© HUGO LLANOS MANSILLA  
EDUARDO PICAND ALBONICO

© LIBROTECNIA  
Agustinas 1442, Torre B, Of. 209, Santiago, Chile

Inscripción N° 171.475

Primera edición

Impreso en los talleres de Ril Editores  
en el mes de junio de 2008

ISBN TOMO II: 978-956-7950-79-9

ISBN OBRA COMPLETA: 978-956-7950-77-5

IMPRESO EN CHILE

**LIBROTECNIA®**

# Nulla Poena Sine Lege en Derecho Penal Internacional<sup>1</sup>

KAI AMBOS<sup>2</sup>

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO

*Johann Paul Anselm Feuerbach*, el gran penalista alemán, en su *Tratado de Derecho Penal* de 1801 formuló la regla según la cual nadie debe ser castigado por una conducta que no sea delictiva en el momento de su comisión, empleando para ello la expresión latina: "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*".<sup>3</sup> Sin embargo, *Feuerbach* no pensaba tanto en la pena efectiva como en la punibilidad de cierta conducta que, en esencia, está determinada por el *actus reus* (*Tatbestand*<sup>4</sup>), desarrollado cien años más tarde por el académico alemán *Ernst Beling*.<sup>5</sup> Para *Feuerbach*, la *lex poena indeterminata* no entraba en contradicción con el principio *nullum crimen*.<sup>6</sup> De hecho, distinguía entre un sentido amplio y un sentido estricto de *lex poenalis*:

---

<sup>1</sup> Título original: "*Nulla poena sine lege* in International Criminal Law", en HAVEMAN/OLUSANYA, *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Amberes-Oxford, 2006, pp. 17-35. Trad. española a cargo de Albert Estrada i Cuadras (Universitat Pompeu Fabra). Agradezco al Dr. Shahryar Ebrahim-Nesbat (antiguo), investigador en el Departamento de Derecho penal internacional y extranjero del Instituto de Derecho Penal y Justicia de la Universidad de Göttingen (Alemania), por su ayuda en la investigación realizada para la elaboración de este artículo.

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal y Comparado en la Universidad de Göttingen, Alemania.

<sup>3</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1ª ed., Giessen, 1801, § 24 (p. 20).

<sup>4</sup> Tipo (n. del t.).

<sup>5</sup> BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 14 (p. 113).

<sup>6</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 84, p. 65, § 113 (p. 94).

“Strafgesetz (*lex poenalis*) im weiteren Sinn, heisst jedes Gesetz, das sich auf Verbrechen und deren Bestrafung bezieht. Im engeren Sinn ist es ein Gesetz, welches eine Strafdrohung gegen gesetzwidrige Handlung zu seinem Inhalt hat und besteht in der kategorischen Erklärung der Notwendigkeit eines sinnlichen Uebels auf den Fall einer bestimmten Rechtsverletzung”.<sup>7</sup>

Parece que Feuerbach sólo aplicaba la regla *nulla poena* a la ley penal en sentido estricto, como si, por su parte, la ley penal en sentido amplio no necesitara penas precisas. Como consecuencia de ello, el juez era libre para fijar la pena en el caso de las llamadas *absolut unbestimmte Strafen* (penas absolutamente indeterminadas)<sup>8</sup> y sólo estaba vinculado por algunos principios generales.<sup>9</sup> Por regla general, el juez podía imponer cualquier pena en estos casos, incluso la pena de muerte.<sup>10</sup> Estas penas indeterminadas no violaban el principio *nulla poena* siempre y cuando la infracción penal previera la imposición de algún castigo. Por otro lado, en el caso de las penas previstas por la ley (las llamadas *absolut bestimmte Strafen* –penas absolutamente determinadas), el juez tenía que imponer la pena de acuerdo con dicha ley. De forma similar, la posición dominante en la doctrina (alemana) de la primera mitad del siglo XIX no advertía ningún conflicto entre el principio *nulla poena* y las penas absolutamente indeterminadas.<sup>11</sup>

Aunque Feuerbach fue quien dio nombre al principio *nullum crimen, nulla poena*, la regla como tal no fue de ningún modo obra suya. De acuerdo con la perspectiva tradicional del Derecho inglés, esta regla puede encontrarse ya en la *Magna Carta* (1215), cuyo art. 39 prohíbe cualquier restricción de la libertad de un hombre a menos que esté basada en un juicio justo o en la ley de la tierra: *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*.<sup>12</sup> La *lex terrae* –la ley de la tierra– es lo que hoy conocemos como el *common law*. Edward Coke lo tradujo más

<sup>7</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 81 (p. 63) [La traducción española del texto alemán reproducido *supra* reza así: “la ley penal (*lex poenalis*) en sentido amplio es aquella ley que se refiere al delito y a su punición. En sentido estricto es una ley cuyo contenido es una conminación penal frente a una acción ilícita y se basa en la justificación categórica de la necesidad de un mal con sentido en caso de una determinada vulneración del Derecho” (n. del t.)].

<sup>8</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 113 (p. 94) y § 86 (p. 66).

<sup>9</sup> Para una descripción detallada de estos principios FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 114 y ss. (especialmente importante es la peligrosidad del acto).

<sup>10</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 86 (p. 66), con nota al pie.

<sup>11</sup> BAUER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., Göttingen, 1833, § 23; DABELOW, “Wie dachten die Alten über das Strafrecht des Staates?”, *Neues Archiv des Criminalrechts*, 3, (1819), p. 617, p. 626; TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., vol. 1, Halle, 1822, pp. 17-18; ROßHIRT, *Lehrbuch des Criminalrechts*, Heidelberg, 1821, § 93, pp. 175-176.

<sup>12</sup> WAGNER, *Magna Carta Libertatum von 1215*, Berna, 1951, p. 22.

tarde en su famoso “*Institutes*” (1628) por “*due process of law*”.<sup>13</sup> Así, el principio *nullum crimen* se convirtió en un aspecto del concepto más amplio del debido proceso legal, que va mucho más allá de la mera protección contra la retroactividad de las leyes penales.<sup>14</sup> De hecho, ya en 1798 se reconoció que la prohibición de leyes *ex post facto* del art. 1.9.3 de la Constitución de los EE.UU. (1783), que en su exclusiva literalidad restringe el Poder Legislativo,<sup>15</sup> se refería a las leyes penales,<sup>16</sup> extendiéndose después al sistema judicial a través de la incorporación de la regla *ex post facto* a la cláusula del debido proceso.<sup>17</sup> Por último, aunque no menos importante, merece la pena recordar que el famoso filósofo inglés John Locke desempeñó un significativo papel en la diseminación del principio *nullum crimen*. Así, en su conocido “*Treatises of Government*” escribió:

«El poder absoluto y arbitrario ni el gobernar sin leyes fijas y permanentes pueden conciliarse con los fines de la sociedad y el gobierno (...). No puede suponerse que se propusieran, si tuvieran el poder de hacerlo, otorgar a uno cualquiera o a más de uno un poder absoluto y arbitrario sobre sus personas (...). Y, por tanto, cualquiera sea la forma bajo la cual se halle la república, el poder dirigente debiera gobernar mediante leyes declaradas y aceptadas y no por medio de repentinos dictados e indeterminadas resoluciones. (...) Porque siendo todo el poder que el gobierno tiene para el bien de la sociedad, así como no debiera ser arbitrario y empleado a capricho, de igual modo debiera ser ejercido mediante leyes establecidas y promulgadas, a fin de que el pueblo pudiera conocer su deber y a la vez sentirse resguardado y seguro dentro de los límites de la ley, y, asimismo, para que los gobernantes se mantuvieran dentro de sus facultades, y no se sintieran tentados por el poder que tienen en sus manos a emplearlo para propósitos y medidas tales, que no desearían que fueran conocidos ni reconocerían de buen grado».<sup>18</sup>

<sup>13</sup> COKE, *Institutes of the Laws of England*, parte II, 4ª ed., 1671, cap. 29, “*Per legem terrae*”, pp. 51-55; SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Francfort d. M., 1976, pp. 52 y ss.

<sup>14</sup> SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz “Nullum crimen, nulla poena sine lege”*, informe legal de 1945 editado por H. QUARITSCH, Berlín, 1994, p. 20; HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2ª ed., Indianápolis, 1960, pp. 30-31.

<sup>15</sup> “No bill of attainder or *ex post facto* law shall be passed” [“No se aprobarán decretos de proscripción ni leyes *ex post facto*” (n. del t.)].

<sup>16</sup> *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386.

<sup>17</sup> Cfr. ATRILL, “*Nulla poena sine lege* in comparative perspective: Retrospectivity under the ECHR and US Constitution”, *Public Law*, 110 (2005), con referencia (nota 11) al caso *Rogers v. Tennessee* 532 U.S. 451 (2001).

<sup>18</sup> LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1988, “Tratado Segundo”, § 137, pp. 377-378 (énfasis en el original) [Traducción española del texto reproducido *supra* a cargo de Mario H. Calichio en LOCKE, J., *Segundo Tratado de Gobierno*, Buenos Aires, 1959, pp. 109-110 (n. del t.)].

En el continente (europeo), el *ius commune* mostró originariamente poco interés en una determinación precisa de la pena. La famosa *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V (1532) contenía una regla general para penas imprecisas y, mientras el art. 126 de la *Bambergische Halsgerichtordnung* (1507) limitaba la discreción del juez o "Schöppen"<sup>19</sup> obligándole a recurrir a consultores legales en caso de penas imprecisas, el art. 105 CCC dejaba la determinación de la pena a la total discreción del juez.<sup>20</sup> Por esta razón, *Benedict Carpozov* llamó a esta pena "poena arbitraria" o "poena extraordinaria".<sup>21</sup> Por su parte, el académico italiano *Cesare Beccaria*, en su clásico "*Dei delitti e delle pene*" (1764) defendió que la certeza, la previsibilidad y la seguridad jurídica estuvieran garantizadas por la estricta letra de la ley frente a la interpretación arbitraria e ilimitada de los jueces.<sup>22</sup> La revolución francesa recogió estas ideas en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), cuyo art. 7 prohíbe cualquier restricción de la libertad excepto "*dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites*". Más explícitamente, el art. 8 se refiere a la prohibición de retroactividad: "(...) *et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*".<sup>23</sup> Mientras el *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* (Derecho general de la tierra para los Estados Prusianos, 1794) aún dejaba a los jueces discreción en la determinación de la pena sometiendo solo a un límite máximo,<sup>24</sup> la Constitución

<sup>19</sup> Los "Schöppen" eran expertos legales y normalmente ocupaban una "Schöppenstuhl" en la Facultad de Derecho, emitiendo opiniones legales para preparar el veredicto final, ver BUCHDA, en ERLER *et al.* (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. I, Berlín, 1971, col. 83-86, voz "Aktensendung" y BATTENBERG, en *ibidem.*, vol. 4, 1990, col. 1474-1478, voz "Schöppenstuhl". Sobre esta tradición del "envío del expediente" (*Aktenversendung*) y los diferentes órganos consultados ver OESTMANN, en: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2004, pp. 127 y ss.

<sup>20</sup> ROßHIRT, *Lehrbuch*, pp. 176-177.

<sup>21</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 159, p. 122.

<sup>22</sup> Véase el primer párrafo en el cap. III ("Consequenze"): "*La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima. Ma una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un'altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino*". Véase también cap. IV ("Interpretazione delle leggi"). Se puede acceder al original italiano en <http://digilander.libero.it/bepi/delitti/>. Hay traducciones en varios idiomas, ver, p.ej., para una versión en castellano, BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 3.ª ed., Bogotá, 2003, pp. 12-13 y ss.

<sup>23</sup> Art. 7 y art. 8 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 en DEBBASCH/PONTIER, *Les Constitutions de La France*, 3.ª ed., París, 1996, p. 10.

<sup>24</sup> Parte II, Título 20, §§ 45 y ss., reimpresso en BUSCHMANN, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte*, Múnich, 1998, p. 277 y ss. Cfr., para un relato histórico, KOCH, "Bestimmtheitsfordernisse", HRG 2ª ed. (próxima publicación), vol. 1, voz "Bestimmtheitsfordernisse".

prusiana (1850) adoptó, en su art. 8, la misma posición que la Declaración francesa: "*Strafen können nur in Gemäßheit des Gesetzes angedroht und vollstreckt werden*".<sup>25</sup> De forma semejante, el art. 4 del Código Penal francés (1810) y el § 2 del Código Penal prusiano (1851) requerían un castigo que debía estar determinado por la ley con anterioridad a la comisión del delito.<sup>26</sup> Por último, aunque no menos importante, merece la pena mencionar que el gran jurista alemán *Rudolf von Jhering* enfatizó que el principio de legalidad se fundamenta en el sentido formal de la letra de la ley.<sup>27</sup>

Este breve recorrido histórico permite alcanzar algunas conclusiones que pueden contribuir a la correcta comprensión del principio *nulla poena* en el Derecho penal internacional de hoy. En primer lugar, es llamativo que las fuentes históricas no distinguieran entre *nullum crimen* y *nulla poena*. De hecho, la fórmula introducida por *Feuerbach*, que, a primera vista, parece poner al mismo nivel *crimen* y *poena*, influyó fuertemente las sucesivas concepciones. La misma expresión puede encontrarse todavía en el discurso actual de la mayoría de los juristas del *civil law* (con la excepción de los franceses)<sup>28</sup> así como en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y la doctrina penal internacional (ver *infra* 3). Sin embargo, mientras *Feuerbach* y los actuales penalistas distinguen de manera sustancialmente correcta entre *crimen* y *poena* —el primero referido a la punibilidad de una determinada conducta; el segundo a su (concreto) castigo<sup>29</sup>— no parece ser éste el caso en

<sup>25</sup> "Las penas sólo pueden imponerse y ejecutarse de acuerdo con la Ley".

<sup>26</sup> Para más detalles véase HEFFTER, "Bemerkungen über Anwendung und Auslegung des neuen Strafgesetzbuchs", *Goldammer's Archiv*, 1 (1853), pp. 26-27.

<sup>27</sup> VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Segunda Parte, Sección Primera, 3ª ed., Leipzig, 1874, p. 49; ID., *El espíritu del derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, (trad. española E.P. Satorres), tomo II, 1891, p. 56; ID., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. francesa O. de Meulenaere), tomo II, 1877, pp. 48 y ss.

<sup>28</sup> Véase MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, 6ª ed., Barcelona, 2002, pp. 110 y ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, 7ª ed., Milán, 2004, pp. 15 y ss. Críticamente ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3ª ed., Múnich, 1997, § 5, N° marg. 22, nota al pie 27: "Heute formuliert man meist: nullum crimen, nulla poena sine lege, indem man zwischen strafbaren Verhalten (crimen) und Strafe (poena) unterscheidet. Feuerbach faßte in dem Wort poena beides zusammen, wie dies auch jetzt noch nicht selten geschieht" ["hoy en día la formulación más frecuente es *nullum crimen, nulla poena sine lege*, diferenciando entre conducta punible (*crimen*) y pena (*poena*). *Feuerbach* incluía ambos en el término '*poena*', como todavía sucede hoy en ocasiones" (n. del t.)]. Diferenciando entre "*crimen*" y "*poena*" STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 18ª ed., París, 2003, N° marg. 132 y ss.

<sup>29</sup> Uno de los pocos autores en Derecho penal internacional que ha escrito en este sentido es DANA, *Nulla poena sine lege: Is the ICC in compliance?*, tesis de LLM, Leiden, 2002, p. 9. Véase también HAVEMAN, "The principle of legality", en HAVEMAN/KAVRAN/NICHOLLS (eds.), *Supranational criminal law: a system sui generis*, Amberes, 2003, p. 64.

la jurisprudencia ni tampoco en la literatura penales internacionales en general.<sup>30</sup> Como consecuencia, a menudo se ignora la necesaria diferenciación entre las concretas repercusiones de estos principios. Una segunda conclusión a extraer es que la regla original se refería casi exclusivamente a la prohibición de leyes penales retroactivas, retrospectivas o —en terminología estadounidense— leyes penales *ex post facto*. Más allá del elemento *lex praevia*, que es una parte explícita de la fórmula de Feuerbach, es difícil encontrar los demás elementos que hoy se atribuyen usualmente al principio, esto es, los requisitos de *lex certa* (certeza de los elementos de la infracción penal), *lex stricta* (prohibición de analogía *in malam partem*) y *lex scripta* (ley escrita).<sup>31</sup> De hecho, en la Declaración francesa de 1789 sólo pueden encontrarse referencias a la regla *lex scripta* cuando habla de las formas de la ley “*qu'elle a prescrites*” (art. 7) y de la “*loi établi et promulguée*” (art. 8). No obstante, el problema de este requisito es que no está reconocido en las jurisdicciones del *common law*,<sup>32</sup> especialmente en aquellas donde éste aún rige en buena medida, es decir, en los ordenamientos jurídicos que forman parte del Reino Unido y, en particular, aquellos (p. ej., en África) basados en el *common law* inglés.<sup>33</sup> Para el jurista tradicional del *common law*, la exigencia de una ley escrita podría aparecer como excesivamente formalista,<sup>34</sup> especialmente en lo que respecta a los delitos *mala in se*. El fundamento de la distinción *mala in se / mala prohibita* es convincente siempre y cuando uno no se pierda en las sutilezas de la cualificación de delitos concretos: dado que el carácter criminal de un acto *mala in se* es reconocible por todo el

<sup>30</sup> Véase, como ejemplo reciente, MARTINI, “Il principio *nulla poena sine lege* e la determinazione delle pene nel sistema della Corte Penale Internazionale”, en CASSESE/CHIAVARIO/DE FRANCESCO (eds.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Turin, 2005, pp. 215 y ss. Este autor pretende referirse al principio *nulla poena* (ver el título de su contribución) y empieza citando el art. 23 del Estatuto de la CPI, pero en realidad se refiere al principio *nullum crimen, nulla poena* tal y como fue formulado por Feuerbach y desarrollado durante la Ilustración (*ibidem*, pp. 216-220) antes de llegar, al menos parcialmente, a las cuestiones relacionadas con la determinación de la pena.

<sup>31</sup> Para una visión general, cfr. HAVEMAN, en *Supranational criminal law*, pp. 40 y ss.; DANA, “Reflections on the ICC Sentencing Provisions and the Rights of the Accused in light of the Nulla Poena Principle”, en KLIP *et al.* (eds.), *Liber Amicorum et Amicarum voor Prof. mr. E. Prakken*, Deventer, 2004, pp. 351 y ss., ambos con amplias referencias.

<sup>32</sup> Cfr. SCHMITT, *Das internationalrechtliche*, pp. 20-21; HAVEMAN, en *Supranational criminal law*, pp. 41-42. Para un análisis distinto ver FORNASARI, “Il principio di legalità”, en FORNASARI/MENGHINI (eds.), *Percorsi europei di diritto penale*, Padua, 2005, p. 1, pp. 10 y ss.

<sup>33</sup> Con una visión más crítica, v. recientemente, ASHWORTH, “Human rights, criminal law and the principles of legal certainty”, en ARNOLD *et al.* (eds.), *Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, p. 55.

<sup>34</sup> Cfr. SCHABAS, “Perverse Effects of the Nulla poena principle: National practice and the ad hoc tribunals”, *European Journal of International Law*, 11 (2000), p. 538, quien habla de “*obsession textuelle*” (en el contexto de los crímenes internacionales).

mundo, en todo momento y de acuerdo con el puro sentido común, resulta innecesaria su explícita codificación como infracción penal; por el contrario, un acto *malum prohibitum* debe ser prohibido por la ley para ser considerado aceptado como criminal en la medida en que no reúne (*per se*) tal condición.<sup>35</sup>

Ante estas distintas comprensiones entre las jurisdicciones del *civil law* y las del *common law*, no es sorprendente que el Derecho comparado ofrezca una imagen heterogénea. Algunos sistemas jurídicos, como, por ejemplo, Francia, Bélgica y Suiza, distinguen entre *nulla poena* y *nullum crimen* y aplican también la *lex certa* al castigo.<sup>36</sup> Algunas constituciones contienen el principio de legalidad, por ejemplo, el art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana,<sup>37</sup> mientras otras solo prevén la prohibición de retroactividad, como, por ejemplo, el art. I.9.3 de la Constitución de los EE.UU. (antes mencionado).<sup>38</sup> El principio también está constitucionalmente reconocido en el Derecho árabe-islámico, fuertemente influenciado por la tradición del Derecho continental.<sup>39</sup> En un nivel regional supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, buscando un término medio entre las jurisdicciones continentales y las del *common law* que forman parte del sistema europeo de derechos humanos, limita el principio *nullum crimen, nulla poena* establecido en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos a la “accesibilidad” y “previsibilidad” de la ley penal,<sup>40</sup> permitiendo explícitamente el “progresivo desa-

<sup>35</sup> Muy claro a este respecto ya SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen*, pp. 21-22.

<sup>36</sup> STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, N° marg. 132; BREMER, *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen*, Fráncfort d.M., 1999, con referencias a Suiza (pp. 257 y ss.) y Bélgica (pp. 322 y ss.).

<sup>37</sup> Principio de legalidad: art. 14 de la Constitución de Bélgica de 1994; § 6.a de la Constitución de Finlandia de 1919; art. 7.1 de la Constitución de Grecia de 1975; art. 14 de la Constitución de Luxemburgo de 1868/1996; cfr. DREIER/SCHULZE/FIELTZ, *Grundgesetz Kommentar*, 2000, art. 103.2, N° marg. 8.

<sup>38</sup> Prohibición de retroactividad: art. 15.5 de la Constitución irlandesa de 1972; art. 25.2 de la Constitución italiana de 1947; art. 16 de la Constitución holandesa de 1983; Capítulo 2 § 10.1 de la Constitución sueca de 1975; art. 25.1 de la Constitución española de 1978. Una combinación de ambos principios en § 96 cláusula 1 y § 97 de la Constitución noruega de 1967, art. 29.1.3 de la Constitución portuguesa de 1976, art. 33.1-3 de la Constitución turca; véase DREIER *et al.*, *Grundgesetz Kommentar*, art. 103.2, N° marg. 8.

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, el art. 66.2 y 3 de la Constitución egipcia de 1971/1980 en BAUMANN/EBERT, *Die Verfassungen der Mitgliedsländer der Liga der arabischen Staaten*, Berlin, 1995, p. 64. Para otras veinte constituciones más, cfr. *ibidem*.

<sup>40</sup> *Achour v. France* (N° de asunto 67335/01), Sentencia de 10 de noviembre de 2004, § 33: “Cuando habla de ‘ley’ el art. 7 alude al mismo concepto al que se refiere la Convención en los demás lugares en que utiliza este término, un concepto que incluye tanto a la ley como a la jurisprudencia e implica requisitos cualitativos, entre los que se incluyen los de accesibilidad y previsibilidad (ver, entre otras autoridades, *Cantoni v. France*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1627, § 29; *Coëme and Others*, citado

rollo del Derecho penal a través de la creación judicial de Derecho”, que es Derecho no escrito.<sup>41</sup> Este es un enfoque subjetivo, es decir, que construye el *nullum crimen* desde la perspectiva de las expectativas del ciudadano sujeto al Derecho penal, y no objetivamente, desde la perspectiva de la competencia exclusiva que ostenta el legislador para codificar normas penales.<sup>42</sup> El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sigue este enfoque, refiriéndose explícitamente a la jurisprudencia del TEDH y abogando por “la clarificación gradual de las reglas de responsabilidad criminal”.<sup>43</sup> En resumen, puede afirmarse que el principio *nullum crimen, nulla poena* contiene, como componentes básicos, los principios de *lex praevia* y *lex certa*.<sup>44</sup> En cuanto al principio *lex stricta*, la situación resulta menos clara. Puede considerarse como el equivalente al principio de construcción o interpretación estricta,<sup>45</sup> tal y como ha sido desarrollado en Derecho inglés,<sup>46</sup> de acuerdo con el cual los jueces deben interpretar la ley penal de manera restrictiva, favoreciendo al reo en caso de duda. Sin embargo, si el requisito de *lex stricta* se entiende únicamente en el sentido de prohibición de analogía *in malam partem* resulta difícil su aplicación a las jurisdicciones del *common law*, en las que el recurso a la analogía no está prohibido, sino que debe entenderse como parte del proce-

*supra*, § 145; y *E.K. v. Turkey*, No 28496/95, § 51, 7 February 2002). Véase, también, SCHABAS, nota 170, p. 538; HAVEMAN, en *Supranational criminal law*, p. 50; FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in national Courts*, tesis doctoral, Universidad de Amsterdam, 2005, pp. 269-270 (se ha publicado una edición comercial de esta tesis por T.M.C. Asser Press, Amsterdam, 2006).

<sup>41</sup> *S. W. v. the United Kingdom* y *C. R. v. the United Kingdom*, Sentencias de 22 de noviembre de 1995, series A, n.º 335-B y 335-C, § 36, respectivamente. Ver también AMBOS, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 86 (2003), p. 31, pp. 38 y ss. ASHWORTH, *Human rights*, pp. 55 y ss.

<sup>42</sup> Sobre esta división objetivo-subjetiva véase, en la doctrina tradicional, MAIWALD, “Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele”, en LACKNER, K. et al. (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlín, 1973, p. 141; EHRET, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, Fráncfort d. M., 1996, pp. 16-17, ambos con más referencias.

<sup>43</sup> *Dansk Rørindustri v. Commission*, Sentencia de 28 de junio de 2005, C-189/02 P, §§ 215-217.

<sup>44</sup> Véase también ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., Oxford, 2003, p. 70: “regido por leyes fijas, conocibles y ciertas”; también SIMESTER/SULLIVAN, *Criminal law: Theory and Doctrine*, Oxford, 2004, p. 37. En EE.UU. la regla de *lex certa* consiste en la doctrina de la “Void-for-Vagueness Doctrine” del Tribunal Supremo [“doctrina de la nulidad por vaguedad” (n. del t.)], véase LAFAVE, *Criminal Law*, 4ª ed. (Student edition), St. Paul-Minnesotta, 2003, p. 103: “Una indebida vaguedad en la ley supondrá que ésta sea declarada inconstitucional, tanto por la incertidumbre de sus destinatarios sobre cuál es la conducta prohibida como acerca de cuál es el castigo que se impondrá” (*US v. Evans*, 333 U.S. 483, 68 S.Ct. 634, 92, L. Ed 823 [1948]); ver también HAVEMAN, en *Supranational Criminal law*, p. 43.

<sup>45</sup> En este sentido (amplio) DANA, en *Liber Amicorum*, pp. 352-353.

<sup>46</sup> HALL, *General Principles*, p. 38 y ss.; ASHWORTH, *Principles*, pp. 80-82.

so de descubrimiento propio de la creación judicial del Derecho,<sup>47</sup> en la medida en que éste todavía se acepte (como en los sistemas legales del Reino Unido).

## 2. NULLA POENA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL, AUNQUE IMPRECISO, DEL DERECHO INTERNACIONAL

Empezando por los instrumentos generales de derechos humanos, resulta claro que el principio *nulla poena* está reconocido en todos ellos de manera más o menos explícita. El art. 11.2ª de la DUDH, el art. 15.1.2ª PIDCP y el art. 7.1.2ª CEDH excluyen la posibilidad de una “pena más severa (...) que aquella aplicable en el momento en que se cometió la infracción penal o criminal”. Ello significa que el castigo impuesto no debe superar el máximo de pena disponible en el momento en que se cometió el hecho.<sup>48</sup>

El artículo 15.1.3ª PIDCP complementa la prohibición de una pena (más grave) retroactiva con el derecho del delincuente a beneficiarse de una pena más benigna si así se prevé por ley después de cometerse la infracción. En resumen, estas disposiciones contienen la regla *lex praevia* en relación con el castigo aplicable en el momento de comisión, complementada por la regla de la *lex mitior*.<sup>49</sup> Sin embargo, no se hace mención alguna a la *lex certa*, esto es, a la certeza, la naturaleza o la gravedad de las penas. En particular, la mera referencia a la “pena más grave” no puede interpretarse como un requisito de penas precisas.<sup>50</sup> La falta de una exigencia de penas precisas se ve confirmada por el § 2 del art. 15 PIDCP y por el art. 7 CEDH, pues ninguna de estas disposiciones se refiere en ningún caso a una pena.<sup>51</sup> Únicamente en relación con la *pena de muerte* puede extraerse una conclu-

<sup>47</sup> Ver HAVEMAN, en *Supranational Criminal law*, pp. 47-48, con más referencias.

<sup>48</sup> *Coëme v. Belgium*, No de asunto 32492/96, 32547/96, 32548/96, de 22 de junio de 2000, § 145.

<sup>49</sup> La regla de *lex mitior* no fue aceptada por los EE.UU., pues “en el Derecho de los EE.UU. (...) se aplica la pena en vigor en el momento de comisión de la infracción penal” (Reserva al art. 15.1 PIDCP, ver [www.unhcr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)).

<sup>50</sup> Por tanto, la postura adoptada por NIEHOFF, *Die von internationalen Strafgerichtshöfen anwendbaren Normen des Völkerstrafrechts*, Fráncfort d. M., 1999, pp. 10-11, de que estas previsiones implican una “konkrete Srafdrohung” [“concreta amenaza de pena” (n. del t.)] no puede considerarse correcta.

<sup>51</sup> El art. 15.2 PIDCP establece: “nada en este precepto debe impedir el enjuiciamiento y castigo de toda persona que hubiera cometido algún acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera criminal de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones”. El art. 7.2 CEDH dice: “este artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de toda persona que hubiera cometido algún acto u omisión que, en el momento de su

sión más precisa en la medida en que, aunque no está absolutamente prohibida, sólo puede ser aplicada "a los más graves crímenes y de conformidad con la ley en vigor en el momento de comisión" (art. 6.2 PIDCP, 2.1 CEDH), es decir, debe estar expresamente prescrita por la ley.<sup>52</sup>

Dada esta escasez de información en relación con el contenido del principio en los instrumentos de derechos humanos, no es sorprendente que el elemento *lex certa* del principio *nulla poena* sea prácticamente ignorado por el Derecho penal internacional. Las convenciones de Derecho penal internacional, ya sea en el terreno del Derecho internacional humanitario, ya en el de otras áreas con crímenes específicos (p.ej. terrorismo, tráfico de drogas, *apartheid*, tortura) no contienen penas específicas ni determinan las penas a imponer por estas infracciones penales.<sup>53</sup> La principal justificación a esta evidente ausencia de estándares en la determinación de la pena consiste en que estos tratados responden al modelo de aplicación indirecta y, por lo tanto, dejan el castigo y su persecución en manos de los estados parte; *estos últimos* están obligados a proporcionar un castigo por los crímenes de los tratados incorporados en su Derecho interno.<sup>54</sup> Obviamente, esta justificación no funciona con el modelo de aplicación directa. En la medida que la comunidad internacional, o sólo un número determinado de Estados, constituyen tribunales penales internacionales, sin duda ayudaría a la legitimidad de estos tribunales el hecho de que las infracciones penales bajo su jurisdicción tuvieran atribuida una pena concreta o, al menos, su jurisprudencia fuera consistente al respecto. Ello tendría como efecto, en todo caso, que la concreta condena fuera más predecible que con la mera previsión de una pena máxima, como sucede tanto en los TPIY y TPIR<sup>55</sup> como en la CPI.<sup>56</sup> La razón de la

comisión, fuera criminal de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Véase, también, NIEHOFF, *Die von internationalen Strafgerichtshöfen*, p. 11.

<sup>52</sup> Con más detalle véase DANA, *Nulla poena sine lege*, pp. 24 y 27.

<sup>53</sup> Ver BASSIOUNI/MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996, p. 269: "ninguno de los 315 instrumentos de Derecho penal internacional" prevé penas específicas.

<sup>54</sup> HAVEMAN, en *Supranational Criminal law*, p. 54.

<sup>55</sup> Cfr. los arts. 24/23 de los respectivos estatutos y la regla 101.A de las Reglas de Procedimiento y Prueba: "prisión por un plazo determinado o por el resto de su vida". Véase para un análisis reciente de la jurisprudencia del TPIY, OLUSANYA, *Sentencing war crimes and crimes against humanity under the ICTY*, Groningen, 2005, pp. 55 y ss., 139 y ss., criticando el "sistema a la carta" (p. 8, citando a ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 2ª ed., 1995, p. 331), y el "sistema de lotería" (p. 139) en la determinación de la pena. Véase también DANA, "Revisiting the Blaskic sentence: some reflections on the sentencing jurisprudence of the ICTY", *International Criminal Law Review*, (4) 2004, p. 321, que toma como ejemplo la condena de la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaskic*.

<sup>56</sup> Ver el art. 77.1 del Estatuto de la CPI: "pena de prisión (...) de hasta 30 años"; "privación perpetua de libertad".

ausencia de penas concretas en *estos* casos son las grandes divergencias prácticas en la forma de imponer las penas entre los diferentes sistemas de justicia penal nacionales,<sup>57</sup> así como las discrepancias entre los Estados sobre las concretas penas que deberían preverse. Incluso la CDI, supuestamente un grupo de expertos en Derecho internacional, no fue capaz de especificar penas precisas en los varios Proyectos de Código de Crímenes contra la Seguridad y la Humanidad y en su Proyecto de Estatuto para la CPI, aunque reconoció la necesidad de la existencia de penas precisas.<sup>58</sup> De forma similar, durante el proceso de negociación del Estatuto de la CPI —en el Comité Ad Hoc y en el Comité de Preparación, así como en la Conferencia del Tratado en Roma— varias delegaciones abogaron por una mayor precisión en la previsión de las penas con base en el principio *nulla poena*.<sup>59</sup> Sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo.<sup>60</sup> Lo único que se consiguió fue una remisión indirecta a la legislación y práctica nacionales en materia de determinación de la pena a través de la disposición de Derecho aplicable (art. 21) que en el subpartado 1.c se refiere —como una tercera fuente para la CPI— a los "principios generales del Derecho derivados (...) de los ordenamientos nacionales". Sin embargo, una remisión aún más precisa, como la contenida en los Estatutos del TPIY y TPIR (arts. 24 y 23.1), fue finalmente eliminada por falta de consenso.<sup>61</sup> En efecto, en el Derecho del TPIY y del TPIR, la llamada disposición de Derecho nacional fue inspirada por razones de *nulla poena*,<sup>62</sup> pero, en realidad, la jurisprudencia de los Tribunales la dejó sin uso al considerar que la regla no era ni preceptiva ni vinculante.<sup>63</sup> En cuanto a la formulación del principio *nulla*

<sup>57</sup> Véase, para un estudio comparado de condenas por crímenes graves, el informe preparado por el Instituto Max Planck en Derecho Penal Extranjero e Internacional por encargo del TPIY: SIEBER (ed.), *The punishment of serious crimes*, vol. 2, Friburgo i.Br., 2004.

<sup>58</sup> Ver SCHABAS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, art. 23, N° marg. 2, p. 463.

<sup>59</sup> Informe del Comité Ad Hoc para el establecimiento de la CPI, UN Doc. A/50/22, § 187; véase también el informe del Comité de Preparación para el establecimiento de la CPI, vol. I, UN Doc. A/51/22 § 308.

<sup>60</sup> Ver FIFE, en TRIFFTERER, *Commentary*, art. 77, pp. 989 y ss.; así como FIFE, en LEE, *International Criminal Court*, Ardsley (NY), 2001, pp. 558 y ss.; también SCHABAS, nota 31, p. 537.

<sup>61</sup> Ver SCHABAS, nota 1701, p. 537, citando al presidente del grupo de trabajo sobre penas.

<sup>62</sup> SCHABAS, nota 31, p. 525.

<sup>63</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.*, asunto N° IT-96-21-T., Sentencia de 16 de noviembre de 1998, §§ 1194, 1210 y ss.; *Prosecutor v. Krstic*, asunto n.º IT-98-33, Sentencia de 2 de agosto de 2001, § 679; *Prosecutor v. Kunarac*, asunto N° IT-96-23, Sentencia de apelación de 12 de junio de 2002, § 349; *Prosecutor v. Jokic*, asunto N° IT-01-42/1-A, Sentencia de apelación de 30 de agosto de 2005, §§ 37-38 con más referencias en la nota al pie 98. Para una discusión crítica y detallada especialmente sobre el límite de veinte años en la condena del Código Penal de la SFRY y sobre cómo fue superado por el TPIY, véase SCHABAS, nota 170, pp. 528 y ss.; HAVEMAN, en *Supranational Criminal law*, pp. 68 y ss.; sobre una violación del principio *nulla poena* a través de la Regla 101, BASSIOUNI/MANIKAS, *The Law*, pp. 701-702.

*poena* en sí mismo, el Estatuto de la CPI contiene en el art. 23 una breve disposición que, leída conjuntamente con el art. 77, permite la privación de libertad durante un máximo de treinta años o de por vida, además de una multa y el comiso.<sup>64</sup> Una propuesta procedente de México para una previsión más detallada de las penas no fue aceptada.<sup>65</sup>

De lo dicho hasta ahora puede concluirse con seguridad que mientras parece existir una *opinio iuris* emergente favorable a una observación más estricta del principio *nulla poena*, esta opinión no se ve acompañada por la práctica estatal.<sup>66</sup> Esta última más bien indica que los estados no se sienten obligados –por razón del principio *nulla poena*– a imponer penas precisas para las infracciones penales que entran dentro del ámbito de jurisdicción de los tribunales penales internacionales. Esta interpretación se ve confirmada por los instrumentos internacionales de derechos humanos que, como se ha dicho antes, sólo contienen el atributo *lex praevia* del principio *nulla poena*, complementado por la regla *lex mitior*. El art. 23 del Estatuto de la CPI no cambia la *lex lata* internacional. Solamente reafirma –juntamente con el principio *nulla poena* en los arts. 22 y 24 del Estatuto– que la CPI no debe aplicar penas que no estén previstas en el Estatuto, esto es, contiene los componentes *lex praevia* y –adicionalmente– *lex scripta* del *nulla poena*. Sin embargo, ello no resulta –junto con el art. 77 del Estatuto– en penas sustancialmente más precisas que las previstas por los Estatutos y Reglas del TPIY y el TPIR. Si bien podría considerarse el Estatuto de la CPI como una mejora en términos de *lex certa*, teniendo en cuenta el mecanismo de revisión preceptiva de las sentencias (art. 110) y las reglas en caso de condenas múltiples (art. 78.3),<sup>67</sup> dicho Estatuto

<sup>64</sup> Cfr. por un análisis más detallado, DANA, en *Liber Amicorum*, pp. 353 y ss.; MARTINI, en *Problemi*, pp. 233 y ss. y 241 y ss. Para un análisis de la disposición de *nullum crimen* en el proyecto de Estatuto de la CPI cfr. CATENACCI, en LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court*, Nápoles, 1998, pp. 159 y ss.

<sup>65</sup> “No puede imponerse una pena a un condenado, dentro de la jurisdicción del Tribunal, a menos que esta pena esté expresamente prevista por la Ley y sea aplicable al crimen en cuestión” (UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGP/L.4).

<sup>66</sup> Así ya TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Friburgo d.B., 1966, p. 131, concluyendo que el principio *nulla poena* en Derecho penal internacional no requiere una “nach Art und Höhe bestimmte Strafdrohung” [“amenaza penal determinada en cuanto a su clase y gravedad” (n. del t.)]. Ver más recientemente METTRAUX, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, p. 357: “una existencia cuasi etérea”; y FERDINANDUSSE, *Direct Application*, p. 258: “el principio de legalidad (...) no precluye la persecución de los crímenes nucleares en el caso de ausencia de penas específicas (...) ningún tribunal ha considerado inaceptable el castigo por un crimen nuclear en base al principio *nulla poena* (...)”.

<sup>67</sup> DANA, en *Liber Amicorum*, pp. 358-359. En relación con el art. 78.3 ver también MARTINI, en *Problemi attuali*, pp. 247-248.

no llega a ofrecer un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas.<sup>68</sup> Por el contrario, el Estatuto de la CPI sigue configurándose con los mismos caracteres de compromiso que ya informaron los Estatutos del TPIY y TPIR: *generalidad* y *ambigüedad*.<sup>69</sup> En cuanto a lo primero, las penas máximas previstas en el Estatuto de la CPI son aplicables a todos los crímenes, sin distinguir entre ellos *in abstracto* en base a su injusticia y gravedad. El estándar de gravedad sólo aparece como un criterio para guiar la discreción judicial respecto a la distinción entre privación de libertad temporal o perpetua en la forma de una “extrema gravedad” (cfr. art. 77.1.a y b) y respecto a la determinación concreta de la pena (art. 78.1). Este estándar, no obstante, es altamente ambiguo, especialmente en su forma más “extrema”, y otorga a los jueces una amplia discreción que sólo está limitada, en realidad, por la exclusión de la pena de muerte y la existencia de una pena máxima. De ahí que no haya surgido (todavía) una norma consuetudinaria en relación con el componente *lex certa* –en el sentido de penas precisas– del principio *nulla poena*. Tampoco puede inferirse una regla en este sentido del contenido del art. 38.1.c del Estatuto de la CIJ, como si de un principio general del Derecho se tratara. Aunque el Derecho comparado reconoce –aparte de la característica de *lex praevia*– el elemento *lex certa* del *nulla poena* (ver supra § 1 *in fine*) esto no significa automáticamente que para los crímenes internacionales sean precisas penas concretas. En primer lugar, el requisito de la *lex certa* puede ser entendido de una forma más o menos precisa. Si se reduce a los caracteres de accesibilidad y previsibilidad, como hacen el TEDH y la mayoría de las jurisdicciones del *common law*, se obtiene cierta flexibilidad y no son necesarios marcos penales precisos para crímenes individuales. De hecho, los sistemas jurídicos nacionales difieren remarcablemente en cuanto a la precisión de sus penas:<sup>70</sup> la mayor parte de las jurisdicciones del *civil*

<sup>68</sup> Para una valoración mucho más positiva, TRIFFTERER, *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, Heidelberg, 2004, p. 221, quien considera que “queda sólo un pequeño paso” para ordenamientos nacionales como el austríaco, por ejemplo. También JESCHECK, “The General Principles of International Criminal Law Set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC-Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), p. 54: “excelente ejemplo de una solución razonable, medida y suficientemente diferenciada en materia de penas”.

<sup>69</sup> Cfr. DANA, en *Liber Amicorum*, 360 y ss. Con una visión más crítica, véase también VIDALES RODRÍGUEZ, “El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/CARDONA LLORENS (eds.), *La Corte Penal Internacional*, Valencia, 2003, pp. 213 y ss., quien, asimismo, no analiza el contenido del principio *nulla poena* en Derecho internacional. Críticamente véase también MARTINI, en *Problemi attuali*, pp. 243 y ss. y 249 (“*discrezionalità eccessiva*”).

<sup>70</sup> Véase para un análisis comparado, FRASE, “Comparative perspectives on sentencing policy and research”, en TONRY/FRASE (eds.), *Sentencing and sanctions in Western Countries*, Oxford, 2001, pp. 259, 272 y ss.

law prevén marcos penales –normalmente algo amplios– (basta con observar las “partes especiales” de sus Códigos penales), mientras los sistemas del *common law*, tradicional y especialmente Inglaterra, optan por penas máximas (infracciones estatutarias) o incluso por no prever ninguna pena (infracciones penales del *common law*) otorgando al juez una amplia discrecionalidad;<sup>71</sup> una notable excepción en este sentido son los EE.UU., que progresivamente han introducido “sentencing guidelines” a nivel estatal y federal.<sup>72</sup> En cuanto al núcleo de los crímenes internacionales, sólo algunas jurisdicciones los han incorporado enteramente a sus Derechos internos, mayoritariamente a raíz de su adhesión al Estatuto de la CPI.<sup>73</sup> Entre los ordenamientos nacionales que han incorporado estos crímenes existen considerables diferencias en cuanto a los marcos penales, si es que se han llegado a prever en lugar de establecer únicamente penas máximas, o mínimas.<sup>74</sup> En segundo lugar, aun cuando se hubieran establecido penas precisas en la mayoría de sistemas de justicia criminal, una cuestión distinta sería el que esta norma nacional se aplicara también a los crímenes internacionales. El único pronunciamiento judicial supranacional en este sentido viene del TEDH y sólo requiere, como ya se ha mencionado anteriormente, “accesibilidad” y “previsibilidad” tanto para el principio *nullum crimen* como para el *nulla poena*.<sup>75</sup>

### 3. ENFOQUE MINIMALISTA V. ENFOQUE MAXIMALISTA

A la luz de lo visto hasta ahora, no es sorprendente que la jurisprudencia siga un *enfoque minimalista* según el cual o bien prescinde completamente –en su

<sup>71</sup> ASHWORTH, “Sentencing”, en MAGUIRE/MORGAN/REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 3ª ed., Oxford, 2002, pp. 1076, 1086-1088; MURPHY, *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford, 2005, pp. 1913 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. REITZ, “The disassembly and reassembly of U.S. Sentencing Practices”, en TONRY/FRASE, *Sentencing*, pp. 222, 225 y ss.

<sup>73</sup> Véase el proyecto de investigación llevado a cabo por el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional titulado “National prosecution of international crimes” editado por ESER/SIEBER/KREICKER (eds.) en varios volúmenes desde 2003: [http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2\\_e.html](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2_e.html); para Latinoamérica AMBOS/MALARINO (eds.), *Presecución Nacional de Crímenes Internacionales*, Montevideo, 2003, cfr. [http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/year-2003/dokument\\_id-2700/index.ht](http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/year-2003/dokument_id-2700/index.ht) y [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\\_Projekte.html](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html)

<sup>74</sup> Ver SIEBER, *The punishment*; véase también FERDINANDUSSE, *Direct Application*, p. 257.

<sup>75</sup> Cfr. *supra* nota 37. El Tribunal aplica esta regla tanto al *nullum crimen* como al *nulla poena*, en la medida en que se refiere a ellos en el sentido de la fórmula de Feuerbach. Por este motivo SCHABAS, art. 23, Nº marg. 1, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary*, acierta al basarse en este precedente, mientras que DANA, *Nulla poena*, nota al pie 101, se equivoca cuando afirma que el Tribunal no ha aplicado este *test* a la legalidad de las sanciones.

forma más extrema– de la exigencia de pena y considera la mera indicación de criminalidad como suficiente, o bien acepta –en su acepción más moderada– el requerimiento de pena, pero reduciéndolo a un recurso general a las penas más graves o severas.<sup>76</sup> La *perspectiva extrema* es característica de la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial. En el famoso caso holandés *Rauter* (1949), el Tribunal Especial de Apelación descartó el argumento de la *nulla poena* en relación con la pena de muerte por la concurrencia de importantes intereses de justicia:

“No permite que violaciones extremadamente serias de principios generalmente aceptados de Derecho internacional (el carácter criminal de las cuales fue establecido ya más allá de toda duda en el momento de su comisión) no debieran ser consideradas punibles solamente [sic!] por no haberse previsto con anterioridad la amenaza de castigo”.<sup>77</sup>

El razonamiento subyacente consiste en una ponderación de intereses que, de forma similar, es adoptado por el TEDH en su interpretación del art. 7 CEDH, esto es, del principio *nullum crimen* en general. En el caso *Coëme v. Bélgica* se estableció que, a la luz de los fines perseguidos por la Convención, el Tribunal “puede tener también en cuenta la necesidad de garantizar un equilibrio entre los intereses generales y los derechos fundamentales de los individuos y las nociones actualmente predominantes en los estados democráticos”.<sup>78</sup> Más concretamente, en los casos *S. W. v. Reino Unido* y *Streletz v. Alemania*, el Tribunal identificó como un derecho contrapuesto en detrimento del *nullum crimen* el derecho de las víctimas a que las conductas cometidas contra ellas no queden impunes.<sup>79</sup> El mismo enfoque fue adoptado por algunos autores, entre los que destaca especialmente *Cherif Bassiouni*, quien sostiene que “los principios de legalidad en Derecho penal internacional (...) son *sui generis*: tienen que ponderar las necesidades de justicia de

<sup>76</sup> Para una correcta perspectiva de los distintos enfoques cfr. FERDINANDUSSE, *Direct Application*, pp. 252 y ss., quien en total distingue entre cuatro posiciones, dos de las cuales pertenecen al aquí denominado enfoque minimalista y otras dos al enfoque maximalista.

<sup>77</sup> BIJZONDERE RAAD VAN CASSATIE, *In re Rauter*, 12 de enero de 1949, *Annual Digest 1949*, p. 543; reimpresión en *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, p. 169, también citado en SCHABAS, nota 170, p. 530; FERDINANDUSSE, *Direct Application*, pp. 255-256.

<sup>78</sup> *Coëme v. Belgium*, Sentencia de 22 de junio de 2000, § 145.

<sup>79</sup> *S. W. vs. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, § 44: “desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad (...) resulta inaceptable que un marido que viola a su mujer sea inmune frente a la persecución penal”. Más indirectamente en el caso *Streletz v. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001 (asuntos Nº 34044/96, 35532/97 y 44801/98), § 86: “(...) una obligación básica de garantizar el derecho a la vida implementando disposiciones de Derecho penal para disuadir de la comisión de delitos que ponen en peligro la vida, respaldadas por una estructura de fuerzas del orden dedicada a la prevención, supresión y sanción de las infracciones de tales disposiciones”.

la comunidad internacional con la imparcialidad debida al acusado en un contexto de Estado de Derecho (*rule of law*).<sup>80</sup> Llegados a este punto, queda sólo un pequeño paso hasta convertir el principio *nullum crimen, nulla poena* en un mero principio de Derecho justo o correcto, desde el "*sine lege*" al "*sine iure*".<sup>81</sup> En el proceso británico *Peleus*, el juez consultor (*Judge Advocate*) desestimó de manera aún más terminante la alegación por la defensa de la *nulla poena* argumentando que ésta sólo es aplicable a crímenes de Derecho interno, pero no a los crímenes que en aquel proceso se conocían.<sup>82</sup> De forma similar, Antonio Cassese sostuvo en su voto particular en el caso *Tadic* que el principio es "todavía inaplicable" en Derecho penal internacional.<sup>83</sup> A pesar de estas afirmaciones explícitas de rechazo al principio *nulla poena*, no debe pasarse por alto que, en realidad, en los principales procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial nunca se trató esta cuestión. Todos ellos siguieron el precedente sentado por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, refiriéndose al principio *nullum crimen, nulla poena* como un todo y caracterizándolo como un principio de justicia que básicamente requiere conocimiento de la punibilidad de los actos en cuestión: "en tales circunstancias el agresor debe conocer que está actuando incorrectamente, y no sólo no es injusto castigarle, sino que sería injusto dejar que su mal quedara impune (...)".<sup>84</sup> De esta forma, el precedente de Núremberg ignoró completamente el aspecto *nulla poena* del principio y puso el énfasis en la justicia del castigo de una determinada conducta. De hecho, este precedente preparó el terreno para una reducción del principio *nullum crimen sine lege* al principio *nullum crimen sine iure*, ya comentado más arriba.

El enfoque moderado puede encontrarse en la jurisprudencia nacional, aunque, de modo más significativo, ha sido adoptado por los Tribunales *ad hoc* existentes. Así, el TPIY se apoyó, por primera vez, en el caso *Erdemovic*, en "los principios generales del Derecho internacionalmente reconocidos por la comunidad de naciones según los cuales pueden imponerse las más graves sanciones por crímenes contra la humanidad".<sup>85</sup> La Sala de Apelaciones confirmaría esta perspectiva en varias decisiones y ampliaría el argumento. En tal sentido, en el caso *Delalic et al.*

<sup>80</sup> BASSIOUNI/MANIKAS, *The Law*, p. 268.

<sup>81</sup> *Ibidem*. Para una buena panorámica de la discusión internacional CATENACCI, 'Legalità' e 'tipicità del reato' nello statuto della Corte Penale Internazionale, Milán, 2003, pp. 55 y ss.

<sup>82</sup> *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, p. 167.

<sup>83</sup> Voto particular del Juez CASSESE en *Prosecutor v. Tadic*, asuntos N° IT-94-1-A y N. IT-94-1-Abis, Sentencia de apelación de 26 de enero de 2000, § 4.

<sup>84</sup> *France et al. v. Goering et al.*, 22 IMT (1946), § 203. Véase para un análisis de toda la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2ª ed., Berlín, 2004, pp. 111 y ss.

<sup>85</sup> *Prosecutor v. Erdemovic*, asunto N° IT-96-22-T, Sentencia de 29 de noviembre de 1996, § 40, énfasis añadido.

sostuvo de manera algo terminante que las Reglas (de procedimiento y prueba) preveían cadena perpetua y, por lo tanto:

"Cualquier condena de tal magnitud no viola el principio *nulla poena sine lege*. No puede haber ninguna duda de que el acusado debía haber sido consciente del hecho de que los crímenes que se le imputan son las violaciones más graves del Derecho internacional humanitario y que son punibles con las penas más severas".<sup>86</sup>

La Sala de Apelaciones que conoció el caso *Blaskic* adoptó explícitamente esta posición.<sup>87</sup> De hecho, dicha Sala en el asunto *Delalic* se basó en la doctrina de la accesibilidad y previsibilidad del TEDH<sup>88</sup> y de la jurisprudencia nacional e internacional que, frecuentemente, habían impuesto penas privativas de libertad, incluso perpetuas, por crímenes internacionales.<sup>89</sup> Mientras esta última Sala guardó silencio respecto del contenido del principio *nulla poena* –incluso pareció diluirlo en el *nullum crimen*<sup>90</sup>– la Sala de Apelaciones de *Kunarac* tomó postura de manera explícita al respecto:

"(...) el (...) principio (...) exige que una persona no sea sancionada si la ley no prescribe el castigo. No requiere, sin embargo, que la ley prescriba una pena precisa para cada infracción dependiendo de su nivel de gravedad. Con independencia de que sea un sistema del common law o del civil law, no se trata de que la legislación nacional establezca por anticipado toda posible infracción con una pena obligatoria. Bien al contrario, es un hecho que los códigos penales a menudo prescriben marcos penales en relación con un delito, es decir, fijan la pena mínima y máxima. Dentro de este marco los jueces tienen discrecionalidad para determinar los términos exactos de la condena, sujetos, obviamente, a los factores establecidos que deben observar en el ejercicio de tal discrecionalidad".<sup>91</sup>

Desde el punto de vista de la Sala de Apelaciones, el Derecho aplicable por el TPIY cumple con dicho estándar desde el momento en que, a pesar de no estable-

<sup>86</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.*, asunto N° IT-96-21-A, Sentencia de apelación de 20 de febrero de 2001, § 817, énfasis añadido.

<sup>87</sup> *Prosecutor v. Blaskic*, asunto N° IT-95-14-A, Sentencia de apelación de 29 de julio de 2004, § 681. Véase también el caso *Prosecutor v. Brdanin*, asunto N° IT-99-36-T, Sentencia de 1 de septiembre de 2004, § 1144.

<sup>88</sup> Véase nota al pie 37 y el texto que la acompaña.

<sup>89</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.*, § 817 con notas al pie 1400 y 1401.

<sup>90</sup> "Nullum" y no "nulle crimen", como erróneamente se cita en *Delalic* § 817; el mismo error se observa en el caso *Prosecutor v. Kunarac et al.*, asunto N° IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Sentencia de Apelación de 12 de junio de 2002, § 373.

<sup>91</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.*, § 372 (énfasis añadido).

cer marcos penales precisos, prevé la pena máxima de cadena perpetua en la regla 101.A de las Reglas de Procedimiento y Prueba.<sup>92</sup> Este punto de vista lo ha defendido también el TPIR, aunque de forma menos explícita.<sup>93</sup>

Posiciones (minimalistas) similares las adoptan también aquellos autores que sostienen que, dada la aplicación de penas de muerte en procesos internacionales desde la Segunda Guerra Mundial, ningún acusado puede reclamar que le ha sido impuesta una "pena más grave" (art. 15.1 PIDCP).<sup>94</sup> De esta forma, el hecho de que siempre se hayan impuesto penas más severas impide que un acusado pueda alegar que una pena de tales características no era accesible o previsible para él.<sup>95</sup> Claramente, este argumento parte de la base de que el *nulla poena* no requiere que se establezcan penas precisas, sino tan sólo la *expectativa* de las penas más graves. Por tanto, en palabras de la CDI, no es necesario que el acusado "conozca por adelantado el castigo concreto en la medida en que sus acciones constituyen un crimen de extrema gravedad por el que recibirá un severo castigo".<sup>96</sup> Esta posición va de la mano de la relativización, mencionada más arriba, que transforma el principio *nulla poena* en un mero principio de justicia en el sentido de *nulla poena sine iure*.<sup>97</sup>

Una posición maximalista define el *nulla poena* en relación con el *nullum crimen*, argumentando que el elemento *nulla poena* protege intereses similares a los del *nullum crimen* y comparte los mismos cuatro atributos: *lex praevia*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*.<sup>98</sup> El que los estados no llegaran a alcanzar un acuerdo para establecer penas más concretas no se debe a una falta de interés u *opinio iuris*, sino a los factores políticos subyacentes a las negociaciones.<sup>99</sup> Un enfoque más estricto

<sup>92</sup> *Ibidem*, § 373; véase también *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, asunto N° IT-94-2-A, Sentencia de apelación de 4 de febrero de 2005, § 83.

<sup>93</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, asunto N° ICTR-96-4-T, Sentencia de 2 de octubre de 1998, § 11: "Ruanda, como todos los estados que han incorporado los crímenes contra la humanidad o el crimen de genocidio en su Derecho interno, los ha provisto con las penas más graves disponibles en su legislación penal nacional". Véase también *Prosecutor v. Semanza*, asunto N° ICTR-97-20-A, Sentencia de apelación de 20 de mayo de 2005, § 377.

<sup>94</sup> SCHABAS, nota 31, p. 523.

<sup>95</sup> SCHABAS, nota 170, p. 538.

<sup>96</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el trabajo de su 48ª sesión, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 30. En el mismo sentido ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2003, p. 196; FERDINANDUSSE, *Direct Application*, pp. 260 y 269.

<sup>97</sup> CATENACCI, 'Legalità', pp. 55 y ss.; SCHABAS, nota 170, p. 539; ZAPPALA, *Human Rights*, p. 195.

<sup>98</sup> DANA, en *Liber Amicorum*, pp. 350 y ss.

<sup>99</sup> DANA, *Nulla poena*, p. 72.

del *nulla poena* pone un especial énfasis en el requisito de la *lex certa*. De acuerdo con este enfoque, las penas impuestas por crímenes internacionales deben diferenciarse atendiendo al crimen concreto cometido y a la forma de participación en el mismo.<sup>100</sup> Por último, las penas asignadas a los crímenes internacionales deben tener el mismo grado de precisión que las penas previstas por los crímenes de Derecho penal nacional. En cierta medida, el enfoque de Derecho interno, discutido arriba, puede aducirse también a favor de una configuración más estricta del *nulla poena*.<sup>101</sup> En efecto, la idea de este enfoque es permitir el recurso a los delitos comunes de Derecho interno que estén en vigor en el momento de la comisión de los hechos, con la intención de "tomar prestada" una indicación más precisa de las penas. El hecho de que este razonamiento se haya visto distorsionado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* no significa que el enfoque de Derecho nacional no pueda servir a los intereses de un régimen de determinación de la pena de crímenes internacionales más preciso. Esto es especialmente cierto a la vista de la incorporación de los crímenes de la CPI en la legislación nacional. Cuando menos en los países de tradición continental, este proceso de "traslación" de los crímenes internacionales a la esfera nacional implica la asignación de marcos penales precisos a cada uno de los crímenes individuales.<sup>102</sup> Como muestra un estudio sobre determinación de la pena realizado por el Instituto Max Planck,<sup>103</sup> un análisis comparado de esta legislación nacional podría aportar información muy valiosa para alcanzar unos marcos penales más precisos para los crímenes internacionales.

#### 4. OBSERVACIONES FINALES

1. Para valorar correctamente los contenidos del principio *nulla poena* es importante recordar la diferencia entre el elemento *nullum crimen* y el elemento *nulla poena*: el primero se refiere a la *punibilidad* de cierta conducta, el segundo a la (concreta) *pena* de dicha conducta.<sup>104</sup> El segundo presupone el primero: sin que previamente exista un crimen aplicable en el momento de la comisión de los hechos, no tiene sentido pensar en la posibilidad de una pena (¿a qué crimen habría

<sup>100</sup> HAVEMAN, en *Supranational criminal law*, pp. 67-68 y 72; DANA, *Nulla poena*, pp. 74-75.

<sup>101</sup> Pero véanse también las consideraciones críticas formuladas por la Comisión Preparatoria del Informe, vol. I, 1996, § 308.

<sup>102</sup> Cfr., p. ej., el Código de Derecho penal internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), disponible en varios idiomas en: [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene\\_Projekte.html#Voelkerstraf](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte.html#Voelkerstraf).

<sup>103</sup> Cfr. SIEBER, *The punishment*.

<sup>104</sup> Ver *supra* nota 26 y el texto que la acompaña.

de imponerse?).<sup>105</sup> Desde la perspectiva del acusado es más importante conocer si su conducta es punible en todo caso que ser informado sobre la pena concreta. En el caso de que la conducta sea punible, ello necesariamente implica un determinado castigo: lo incierto es el "cómo" y no el "si". Además, por lo que respecta al "cómo" partiendo de la práctica internacional es aceptable concluir que un acusado debe esperar las penas "más graves". En términos del posible efecto intimidatorio de la sanción penal, puede incluso argumentarse que ni la punibilidad ni la pena concreta son la información más importante para el autor, sino la eficiente aplicación de las penas criminales a imponer. En resumen, es difícil argumentar que los elementos *nullum crimen* y *nulla poena* sean idénticos y resulta más convincente exigir requisitos más estrictos para el *nullum crimen* que para el *nulla poena*.

2. Aunque parece claro que la *lex lata* internacional no prevé una regla estricta de *nulla poena*, en términos *lege ferenda* es demasiado simplista invocar la deficiente práctica internacional como un argumento en contra de una definición más precisa del principio *nulla poena*. Desde una perspectiva política, tal precisión incrementaría la credibilidad y legitimidad de la justicia penal internacional, especialmente de la CPI. Desde una perspectiva práctica, el enfoque de Derecho nacional, recurriendo a los crímenes internacionales en la legislación interna, es la aproximación más prometedora para alcanzar unos estándares más diferenciados de determinación de la pena. El recurso al Derecho penal internacional "nacional" dejaría también atrás la discutida cuestión de la jerarquía de los crímenes internacionales: mientras puede argumentarse que las normas internacionales no prevén tal jerarquía y, por lo tanto, ésta no puede determinarse con facilidad,<sup>106</sup> la implementación nacional de la legislación ha establecido criterios diferenciadores entre distintos crímenes internacionales y distintas formas de participación. De hecho, esta diferenciación es imperativa, pues de otro modo no sería posible establecer penas precisas y diferenciadas.

3. En cuanto a las *formas de participación*, serían de aplicación las reglas habituales de la parte general o de la responsabilidad individual en el respectivo ordenamiento. De acuerdo con ello, debería existir una diferencia en la determinación de la pena entre los autores (autoría directa, coautoría o autoría por medio de instrumen-

<sup>105</sup> En sentido similar, SCHABAS, nota 1701, p. 528.

<sup>106</sup> Una discusión interesante en *Prosecutor v. Tadić*, voto particular de CASSESE, § 6 y ss. Cfr. para un debate al respecto y amplias referencias AMBOS/NEMITZ, "Comentary", en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals*, vol. 4, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000", Ambers et al., 2002, pp. 473 y ss.

to), los inductores y los meros cooperadores y cómplices. Una distinción en este sentido puede alcanzarse con mayor facilidad si se sigue el llamado modelo de la diferenciación en la participación, que ya en el nivel de imputación distingue entre diferentes formas de intervención y asigna sobre esta base las diferentes penas a los diferentes partícipes. En otras palabras, a diferencia del modelo unitario, el modelo de la diferenciación no "aplaza" la decisión sobre la naturaleza y el grado de participación a la fase de determinación de la pena (requiriendo en el momento de imputación sólo una contribución causal al hecho o resultado criminal).<sup>107</sup>

4. En cuanto a los *crímenes*, la primera cuestión a plantear es si puede establecerse una jerarquía entre ellos atendiendo a su naturaleza general. Así, por ejemplo, los elementos contextuales en crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los arts. 7 y 8 del Estatuto de la CPI indican que los crímenes contra la humanidad son, *in abstracto*, más graves que los crímenes de guerra, pues los primeros requieren una ejecución amplia o *sistemática*, mientras que los últimos sólo exigen un conflicto armado, es decir, en principio sería suficiente con hechos aislados dentro del marco de un conflicto de tales características.<sup>108</sup> Claramente, este enfoque de "ataques amplios y sistemáticos v. ataques aislados" no es suficiente por sí solo.<sup>109</sup> El siguiente paso consiste en comparar los actos criminales individuales o subyacentes y esta comparación puede confirmar o desacreditar la comparación general. En consecuencia, por ejemplo, un asesinato como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.a del Estatuto de la CPI) podría, *in abstracto*, ser considerado más grave que un asesinato (homicidio intencionado) como crimen de guerra (artículo 8.2.a) debido a la distinta importancia de los elementos contextuales. Por otro lado, a pesar de los distintos elementos contextuales, el crimen de guerra de tortura (artículo 8.2.b) aparece como más grave, de nuevo *in abstracto*, que el crimen de lesa humanidad de encarcelamiento (artículo 7.2.e). Claramente, estas comparaciones *in abstracto* podrían llevar a diferentes soluciones *in concreto*, pues la concreta comisión de los crímenes podría cambiar la valoración abstracta de su

<sup>107</sup> Sobre estos modelos en el Derecho penal europeo, cfr. AMBOS, "Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12 (2005), p. 173, p. 182 y ss.

<sup>108</sup> A la misma conclusión llega CASSESE, § 11 y ss. (16). Véase para la discusión doctrinal y con más referencias, OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, pp. 11 y ss. Sobre los requisitos generales de los arts. 7 y 8 del Estatuto de la CPI, AMBOS, "Selected issues regarding the «Core Crimes» in International Criminal Law", en AIDP (ed.), *International Criminal Law: Quo vadis?*, Toulouse, 2004, Nouvelles Etudes Pénales 19 (2004), pp. 219, 241 y ss.

<sup>109</sup> Cfr. el análisis crítico de la jurisprudencia del TPIY en OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, pp. 88 y ss.; ID., "Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?", *International Criminal Law Review*, 4 (2004), pp. 431, p. 433 y ss.

grado de ilicitud. Por esta razón, como ya se ha hecho notar, mientras la tortura parece ser, de acuerdo con el artículo 8.2.b, más grave *in abstracto* que el encarcelamiento, de acuerdo con el artículo 7.2.e la detención de un elevado número de personas bajo condiciones inhumanas durante un prolongado período de tiempo podría dar lugar a tortura, o podría considerarse que tiene la misma gravedad o grado de reproche que ésta. Por este motivo, deben desarrollarse otros criterios teniendo en cuenta, además del elemento contextual, las diferencias entre los actos individuales y las circunstancias concretas de la comisión. Como acredita un estudio reciente realizado por *Olusanya*, estos criterios abstractos se ponen de manifiesto a través de los diferentes enfoques existentes en materia de determinación de la pena, entre ellos, el centrado en los intereses protegidos (“enfoque del mismo o distinto interés”)<sup>110</sup> o el del específico propósito o motivo perseguido por el autor (“enfoque del modelo de la persecución v. modelo del asesinato” [*persecution-type v. murder-type approach*]), “enfoque del motivo discriminatorio v. motivo no discriminatorio” [*discriminatory motive v. non-discriminatory motive approach*])<sup>111</sup>). Sin embargo, mientras ninguno de estos enfoques aporta por sí solo resultados satisfactorios,<sup>112</sup> toma-

<sup>110</sup> Cfr. OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, pp. 60 y ss., p. 97, rechazando el enfoque del mismo interés por el de interés distinto en referencia a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (pp. 11, 17, 52).

<sup>111</sup> Cfr. OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, pp. 104 y ss., 135, 148-149, desarrollando sobre la base de este (propio) enfoque un sistema de penas revisado para los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, que demuestra claramente que los primeros merecen mayor pena que los últimos.

<sup>112</sup> Lo mismo también es cierto para la propia perspectiva de OLUSANYA, el “enfoque motivo discriminatorio v. motivo no discriminatorio”. Mientras esta perspectiva invoca un criterio muy útil enfatizando el motivo racista o discriminatorio del autor, no sirve cuando tanto el crimen contra la humanidad como el de guerra se han cometido sin dicho motivo. En este contexto, cabe recordar que la Sala de Apelaciones del TPIY y el TPIR finalmente decidió que sólo el crimen contra la humanidad de persecución requiere una especial intención o motivo (persecutorio) discriminatorio, pero no los crímenes contra la humanidad en general. Cfr. *Prosecutor v. Tadić*, asunto N° IT-94-1-A, Sentencia de apelación de 15 de julio de 1999, § 305; *Prosecutor v. Akayesu*, Sentencia de 2 de octubre de 1998, § 467 y ss., p. 469; *Prosecutor v. Bagilishema*, asunto N° ICTR-95-1-T, Sentencia de 7 de junio de 2001, § 81; discrepando (de nuevo) recientemente una sala del TPIR en *Prosecutor v. Mubimana*, asunto N° ICTR-95-1B-T, Sentencia y condena de 28 de abril de 2005, § 529, con más referencias en la nota al pie 485. Ver también AMBOS/WIRTH, “The current law of crimes against humanity”, *Criminal Law Forum*, 13 (2002), pp. 43 y ss.; METTRAUX, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, pp. 153-154, CASSESE, A., en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, vol I., Oxford, 2002, p. 369; MESEKE, S., *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des ISrGH*, Berlín, 2004, pp. 170-171; en desacuerdo MAY, *Crimes against humanity*, Cambridge, 2005, pp. 116, 124 y ss., respecto a los “actores menos importantes” (*minor players*).

dos conjuntamente y complementados por criterios adicionales, como los antes mencionados, constituyen un punto de partida mucho más útil para desarrollar un sistema más consistente de determinación de la pena de los crímenes internacionales. Claramente, todos y cada uno de los sistemas de determinación de la pena deben dejar un cierto margen de discrecionalidad para que los jueces establezcan la pena *concreta*. Los marcos penales se basan siempre en criterios abstractos que en la vida real se cumplen en hechos concretos. Estos casos concretos deben ser decididos dentro del marco penal previsto por las normas abstractas, ya sea por las normas, criterios o enfoques abstractos mencionados, y estos deben dejar espacio suficiente para encontrar una pena justa para todos y cada uno de los casos. En resumen, sería necesario llevar a cabo un estudio comparativo sobre los “Derechos penales internacionales” nacionales, para deducir de ellos criterios más precisos de determinación de la pena, como si se tratara de una especie de principio general del Derecho. ■