INDICE

Pág.

Prólogo IX

INTRODUCCIÓN

§1.- Breve referencia histórica..... XXXIII

§2.- Primera aproximación al Derecho Internacional Penal..... XXXV

§3.- El Derecho Internacional Penal y la soberanía estatal XXXVI

PARTE I

EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

CAPÍTULO I

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

§4.- Ubicación metodológica del Derecho Internacional Penal. El Derecho General y el Derecho Particular. 4

§5. - Características comunes entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Penal General..... 4

§6.- Derecho de coordinación, descentralizado, sin parlamento, sin órgano judicial y sin órgano de policía..... 5

§7.- La Comunidad Internacional como un sistema "paritario"..... 6

§8.- La inexistencia de un órgano legislativo 6

§9.- La inexistencia de un órgano judicial internacional de jurisdicción compulsiva para los Estados 8

§10.- La delegación del Derecho Internacional al derecho interno de los Estados para la tipificación, persecución, detención, juzgamiento y castigo de los criminales internacionales. Principio de subsidiariedad. 8

Pág.

§11.- La jurisdicción internacional subsidiaria 10

§12.- La jurisdicción de los Tribunales Internacionales Penales de los regímenes particulares..... 12

§13. - La multiplicidad de regímenes internacionales penales. El pluriverso penal..... 13

§14. - La descentralización del ejercicio del poder de policía internacional..... 14

§15. - La simultaneidad de las fuentes normativas 16

§16. –El caso de las actividades paramilitares en Nicaragua resuelto por la Corte Internacional de Justicia (16.11.1984) 18

Conclusiones del Capítulo I..... 19

Capítulo II

El Derecho Internacional Penal

§17.- Concepto 22

A) Derecho Internacional 22

B) Derecho Público 22

C) Derecho doblemente valorativo..... 23

Primera etapa: Constatación del valor o bien. 24

Segunda etapa: El interés jurídico de la protección de ese bien..... 25

Tercera etapa: La norma protectora del bien jurídico. 25

D) Es Derecho Penal 26

§18.- La aplicación de la sanción internacional penal..... 27

El sistema descentralizado 28

El sistema institucionalizado..... 28

Pág.

§19.- Concepto de sanción internacional. 29

Clasificación de las sanciones internacionales..... 30

Conclusiones del Capítulo II 31

Capítulo III

Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional

§20.- Conceptos y contenidos 33

§21.- El Derecho Penal Internacional..... 34

§22.- Contenido del Derecho Penal Internacional..... 35

§23.- Diferencias con el Derecho Penal Internacional..... 36

§24.- Supremacía jerárquica del Derecho Internacional Penal. 38

Conclusiones del Capítulo III..... 39

Capítulo IV

Derecho Internacional Penal General y el Derecho Internacional Penal Particular

§25.- Concepto 41

§26.- El pluriverso normativo del Derecho Internacional Penal..... 43

§27.- El Derecho Internacional Penal General y el Derecho Internacional Penal Particular 44

§28.- La constitución de Tribunales Internacionales. El problema en el Derecho Internacional Penal General 46

§29.- Las jurisdicciones nacionales en ejercicio de la competencia universal. Alemania, Francia, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos de Norteamérica, Holanda, Suiza..... 47

§30.- Los tribunales del Derecho Internacional Penal Particular. La subjetividad jurídica internacional..... 53

Pág.

§31.- Modos de constitución de los sistemas del Derecho Internacional Penal Particular 54

§32.- Régimen establecido por Estados vencedores en un conflicto armado: Tratado de Londres de 1944.-El Estatuto Internacional del Tribunal de Nüremberg. 55

§33.- La validación jurídica de la actuación de los Tribunales de Nüremberg y Tokio 58

§34.- Regímenes establecidos por un Organismo Internacional en forma compulsiva y con posterioridad de la comisión del crimen. Resoluciones 827/1993 y 955/94 del Consejo de Seguridad. Los Tribunales constituidos ad hoc 58

§35.- El Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia. 59

§36.- El Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda. 60

§37- Régimen penal establecido por una convención multilateral abierta. La Convención de Roma de 1998. 60

§38.- Régimen penal establecido por un tratado bilateral entre las Naciones Unidas y un Estado. El Estatuto del Tribunal Internacional de Sierra Leona. 61

Conclusiones del Capítulo IV 63

PARTE II

LOS DELICTA IURIS GENTIUM

CAPÍTULO V

LOS DELITOS INTERNACIONALES

DELICTA IURIS GENTIUM

§39.- Concepto 67

§40.- Elementos del delictum iuris gentium 69

A.- El delictum iuris gentium como acción 69

Pág.

B.- La múltiple incriminación penal 70

C.- La acción por omisión 71

D.- La multiplicidad de acciones 72

E.- La acción por autoría directa o mediata 72

§41.- Sujetos activos del delictum iuris gentium. La persona física. La cuestión del Estado como sujeto activo 73

A.- Sistemas del Derecho Internacional Penal Particular: inexistencia de responsabilidad penal de los Estados. 74

B.- Sistema del Derecho Internacional Penal General: la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. 74

C.- La responsabilidad de los Estados en la Comisión de Derecho Internacional 77

D.- La oposición de los Estados a reconocer la responsabilidad penal 78

§42.- El delictum iuris gentium como acción típica. 79

A.- El principio "Nullum crimen sine lege" en el Derecho Internacional Penal 81

B.- La innovación del Tratado de Roma de 1998 sobre los principios del derecho penal 83

C.- El principio del nullum crimen sine lege en el Derecho Internacional Público convencional 84

§43.- El delictum iuris gentium como acción contraria al derecho ... 85

A.-La antijuridicidad formal y material 86

§44.- El delictum iuris gentium como acción culpable 87

§45.- El delictum iuris gentium como acción punible 89

A.- La cuestión de la pena respecto de la responsabilidad penal de los Estados 90

Pág.

B.- La pena en el Derecho Internacional Penal 91

Conclusiones del Capítulo V 93

CAPÍTULO VI

DELITOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES

§46.- Clasificación de los "delicta iuris gentium" 95

§47.- Delitos y crímenes internacionales 99

A.- Delitos internacionales. Concepto 100

B.- Crímenes internacionales. Concepto 100

C.- Reparos a la clasificación de crímenes y delitos internacionales. 102

D.- Nuestra opinión 103

§48.- La obligatoriedad y exigibilidad erga omnes de los crímenes internacionales. Normas del ius cogens. 103

A.- Modos de determinación de la calidad de crimen internacional de una conducta delictiva 104

B.- La generalidad de la norma penal. El concepto espacial 105

C.- La aceptación y reconocimiento universal de la norma penal. 105

D.- La imperatividad. Inderogabilidad de la norma penal. El aspecto cualitativo 106

E.- La exigibilidad "erga omnes" de la norma penal. El aspecto cuantitativo. 107

e.1.- No toda norma imperativa es norma del ius cogens 107

e.2.- No toda norma "erga omnes" es norma imperativa 108

e.3.- No toda norma imperativa es norma exigible "erga omnes" 109

F.- Fuentes de la imperatividad y exigibilidad erga omnes de una norma 110

Pág.

§49.- Efectos del delito y del crimen internacional 112

A.- Efectos de los delitos internacionales 112

B.- Efectos de los crímenes internacionales 113

b.1.- Los crímenes internacionales obligan penalmente a todos los Estados de la Comunidad Internacional y a todo habitante. 113

b.2.- Los crímenes internacionales surgen de normas oponibles "erga omnes". 114

b.3.- Los crímenes internacionales no prescriben. 114

b.4.- Los crímenes internacionales no reconocen inmunidades 115

b.5.- Son crímenes respecto de los cuales existe la obligación internacional de juzgar o extraditar. Aut dedere, aut iudicare. 117

b.6.- Los Estados pueden invocar la competencia universal para su persecución y juzgamiento 118

b.7.- El crimen internacional genera la aplicación de una doble sanción. 118

Conclusiones al Capítulo VI 119

PARTE III

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

PARTE GENERAL

CAPÍTULO VII

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

PARTE GENERAL

§50.- Introducción 123

§51.- La doctrina de las fuentes del Derecho Internacional Público. . 124

La Escuela Iusnatural-racionalista de los siglos XVII y XVIII 124

La Escuela Histórica del siglo XIX 124

Pág.

El positivismo jurídico 125

A.- Las fuentes como hechos o actos con capacidad para generar normas jurídicas. Fuentes de validación normativa. 125

B.-Teoría negatoria de fuentes en el Derecho Internacional Público. 127

C.- El Derecho espontáneo. Posición de Roberto Ago y Julio A. Barberis 128

D.- Teoría de la fuente única del Derecho Internacional Público..... 131

§52.- Fuentes formales y fuentes materiales..... 132

§53.- Fuente material 133

§54.- Fuente formal 134

Conclusiones del Capítulo VII..... 134

Capítulo VIII

Las Fuentes Formales del Derecho Internacional Penal

Introducción 137

§55.- El art. 38 del Estatuto de la CIJ 138

A.- Enumeración ejemplificativa o taxativa del art. 38 del Estatuto... 139

§56.- Jerarquía entre las fuentes formales del Derecho Internacional Público..... 139

§57.- Jerarquía entre normas penales de distintas fuentes formales.. 141

A.- Criterio de selección según la naturaleza de las normas internacionales penales 141

B.- Criterio de selección según el principio de especialidad. 142

C.- Criterio de selección por el orden cronológico..... 143

58.- Principios generales penales como criterio de aplicación de normas penales. 145

Pág.

A.- Irretroactividad de la norma penal internacional 145

B.- Norma penal posterior más benigna. 145

C.- Norma del Derecho Internacional Penal General "abrogatoria" de los sistemas del Derecho Internacional Penal Particular. 147

Conclusiones del Capítulo VIII 148

Parte IV

Fuentes del Derecho Internacional Penal
Parte Especial

Introducción 153

Capítulo IX

El Derecho Convencional – Los Tratados y Convenciones

§59.- Introducción..... 155

§60.- Desventajas del derecho convencional como fuente del Derecho Internacional Penal..... 156

A.- El principio "res inter alios acta"..... 156

B.- La vigencia condicionada a la voluntad de las partes 157

1.- el derecho de hacer reservas 157

2.- el derecho de la denuncia del Tratado 157

3.- la terminación o suspensión de los tratados 158

C.- La falta de una sistemática normativa en los tratados internacionales 158

- Crimen de Lesa Humanidad 159

D.- Falta de una adecuada técnica tipificante 160

- Caso Furundzija y la interpretación extensiva y analógica 160

§61.- Convenciones y tratados internacionales del Derecho Internacional Penal 161

Pág.

§62.-Relaciones entre tratados y el derecho consuetudinario. 165

A.- El efecto declarativo de un tratado. La costumbre escrita 165

B.- El efecto cristalización del tratado. La costumbre "in status nascendi" o en vías de formación 166

C.- El efecto generador del tratado: "la convención consuetudinaria" 167

D.- El triple efecto simultáneo entre la norma convencional y las normas no escritas 168

a.- receptan normas penales no escritas y ya vigentes..... 168

b.- consolidan jurídicamente aspectos de normas penales aún en curso de formación 168

c.- generan la norma consuetudinaria penal..... 168

Conclusiones del Capítulo IX 169

CAPÍTULO X

EL DERECHO CONSUETUDINARIO COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

§63.- Introducción..... 171

§64.- Importancia de la costumbre 172

§65.- Concepciones de la costumbre internacional como fuente del derecho 173

A.- La costumbre como el modo de manifestación de una norma ya existente: 173

B.- La costumbre como fuente normativa: 174

b.1.- la costumbre como un tratado tácito: Posición consensualista de la costumbre. 174

b.2.- la costumbre como modo de creación autónomo de normas.... 175

C.- Teoría negatoria de la costumbre como fuente del derecho..... 176

§66.- Elementos de la costumbre..... 177

Pág.

A.- El elemento material de la norma consuetudinaria. El análisis cuantitativo del acto material 177

a.- La duración de la práctica internacional. 179

b.- La repetición de los actos materiales 180

c.- La continuidad del uso. 180

d.- La uniformidad de la práctica internacional..... 180

e.- La generalidad de la práctica internacional..... 181

B.- El elemento psicológico: la opinio iuris sive necessitatis..... 181

a.- Concepto..... 182

b.- Presencia de la opinio iuris en las distintas fuentes formales..... 182

c.- La opinio iuris en la jurisprudencia internacional 183

- La Corte Permanente de Justicia 183

- La Corte Internacional de Justicia 184

§67.- Técnicas de identificación de las normas consuetudinarias 184

A.-El método de constatación clásico..... 185

B.-El método moderno de constatación consuetudinaria..... 186

Preliminar 186

a.- Doctrina de la "coutume sauvage" 187

b.- Doctrina de la "instant customary law"..... 189

c.- Doctrina del "soft law"..... 190

- Las recomendaciones de organizaciones internacionales..... 190

- Los acuerdos internacionales no normativos (no jurídicos)..... 191

- Los tratados y convenciones que contienen prescripciones vagas o difusas 192

Pág.

§68.- La técnica moderna de constatación de normas consuetudinarias internacionales. 193

§69.- El derecho consuetudinario como fuente del Derecho Internacional Penal 194

A.- Antecedentes jurisprudenciales sobre la práctica negativa 195

§70.- Proceso de formación de la norma consuetudinaria en el Derecho Internacional Penal 196

A.- El elemento material – las conductas: 197

B.- El elemento psicológico: la convicción de cumplir una obligación jurídica 197

C.- La opinio iuris sive necessitatis como elemento en la norma penal internacional consuetudinaria 197

§71.- El derecho consuetudinario como fuente de la responsabilidad penal individual 200

A.- El derecho consuetudinario como fuente de la responsabilidad penal de Jefes de Estado y gobernantes 201

B.- El derecho consuetudinario como fuente de la responsabilidad penal sin perjuicio de la obediencia debida 202

§72.- El derecho consuetudinario como fuente de la creación de tipos penales internacionales. 203

A.- Crimen de Genocidio: 203

B.- Crimen de lesa humanidad 204

a.- la inhumanidad del acto 205

b.- la generalidad del acto 205

c.- ataque a la población civil 206

C.- Crímenes de guerra. 206

Conclusiones del Capítulo X 208

Pág.

CAPÍTULO XI

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

§73.- Concepto 214

§74.- Los Principios Generales del Derecho Internacional Público.... 216

A.- Los principios del Derecho Internacional Público en el Tratado de Roma 217

§75.- Caracteres de los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas 217

A.- Los principios Generales del Derecho son de aplicación supletoria 218

B.- Los principios Generales del Derecho son normas del derecho interno estatal (forum domesticum) 218

Normas de derecho positivo estatal 218

Normas del derecho sustancial o formal 218

Las normas del derecho interno no son de aplicación automática. .. 219

§76.- Proceso de formación de los principios generales 220

A.- El análisis de una multiplicidad de legislaciones 220

B.- La cantidad de legislaciones a evaluar 221

C.- La depuración de los elementos accidentales y propios 221

D.- La determinación de la norma general: Principio General del Derecho 222

§77.- Efecto de reciprocidad entre los principios generales y las restantes fuentes 222

§78.- Principios Generales del Derecho Penal reconocidos por las naciones civilizadas 223

§79.- Los Principios Generales del Derecho Internacional Penal plasmados en convenciones internacionales y decisiones de Organizaciones Internacionales. 223

Pág.

A.- Declaración Universal de los Derechos Humanos 224

B.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..... 225

C.- Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" 227

D.- Convenio Europeo para "la protección de los derechos y de las libertades fundamentales". 230

E.- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea..... 232

F.- Tratado de Roma de julio de 1998. 234

G.- Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas . 236

Conclusiones del Capítulo XI 238

CAPÍTULO XII

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE HUMANIDAD COMO FUENTES DE NORMAS INTERNACIONALES PENALES

SECCIÓN I

§80.- Preliminar. 241

§81- Teoría de los derechos implícitos 247

§82.- El Derecho Natural en el Derecho Internacional Público y Penal 250

A.- Concepto del Derecho Natural..... 250

B.- El Derecho Natural como "lo justo natural" 251

C.- Función orientadora del Derecho Natural 252

D.- Modo de acceso al orden natural. El sentido común..... 254

SECCIÓN II

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

Pág.

§84.- Los Principios Generales de Humanidad como fuente propia de normas internacionales penales 256

§85.- Concepto de los Principios Generales de Humanidad..... 257

§86.- Características de los Principios Generales de Humanidad 258

A.- Genera normas no escritas 258

B.- Es una fuente de normas de contenido genérico..... 259

C.- Es una fuente normativa de excepción..... 259

D.- Es una fuente normativa supletoria. 260

E.- Es una fuente normativa de vigencia universal..... 260

F.- Es una fuente que genera normas dinámicas y mutables en el tiempo. 260

G.- Es una fuente normativa que tiene ínsito el principio de la "gravedad" 261

H.- El Tratado de Roma y el principio de la gravedad..... 262

I.- Las Convenciones de Ginebra de 1949 y las "graves violaciones".. 263

§87.- La opinio iuris internacional como elemento de los Principios Generales de Humanidad..... 264

§88.- El Orden Natural y los Principios Generales de Humanidad 266

A.- Los Principios Generales de Humanidad como derecho implícito en la Comunidad Internacional 267

B.- El Derecho Natural como derecho implícito en el Derecho Internacional Público..... 268

1.- La cláusula Martens. 268

2.- El Pacto Briang Kellogg. La Carta de las Naciones Unidas y el derecho a la legítima defensa..... 268

3.- La Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 y el ius cogens..... 269

Pág.

§89.- La Corte Internacional de Justicia y los Principios Generales de Humanidad 269

§90.- Los Principios Generales de Humanidad en el derecho convencional internacional 271

Conclusiones del Capítulo XII 274

CAPÍTULO XIII

LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES COMO FUENTE FORMAL DE LAS NORMAS PENALES

§91.- Concepto 277

§92.- Características 278

A.- Acto jurídico unilateral 278

B.- La intención de crear, modificar o extinguir una norma prescriptiva o definitoria 279

C.- La vigencia de la norma no se encuentra condicionada a la conformidad del sujeto obligado. 279

D.- Ejercicio de las facultades expresas o implícitas del Organismo Internacional. 281

§93.- Organismos internacionales vinculados a la creación y aplicación de normas internacionales penales 281

A- Organismos Internacionales Jurisdiccionales. Los Tribunales Internacionales 282

B.- Los Organismos Internacionales con facultades normativas penales 284

§94.- Facultades para constituir tribunales y crear normas penales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 284

§95.- La capacidad para crear Tribunales Internacionales del Consejo de Seguridad. El caso Tadic, Dusko s/ excepción preliminar de incompetencia. 285

A.- Precedente de la facultad de creación de tribunales internacionales por un órgano de las Naciones Unidas. El Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas 287

Pág.

B.- Las facultades implícitas de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Resolución 377 "Unión Pro Paz" 288

§96.- La capacidad para crear normas penales del Consejo de Seguridad. 289

Conclusiones del Capítulo XIII 291

CAPÍTULO XIV

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE AUXILIAR DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

§97.- Introducción 295

§98.- Concepto 296

§99.- Efectos de la jurisprudencia en la normativa internacional 296

A.- Efecto generativo de la jurisprudencia 296

1.- La jurisprudencia como fuente formal del Dipen 297

2.- La jurisprudencia como fuente material del Dipen 298

B.- Efecto verificador 299

C.- Efecto determinativo. El poder "cuasi normativo" de la jurisprudencia 300

§100.- Clasificación de la jurisdicción internacional. 302

A.- Jurisdicción nacional y jurisdicción internacional 302

B.- Jurisdicción "ad hoc" y jurisdicción permanente 305

C.- Jurisdicción convencional y jurisdicción imperativa o compulsiva 306

D.- Jurisdicción suplementaria y jurisdicción excluyente 307

E.- Jurisdicción con competencia universal o limitada 309

1.- Terminología 309

Pág.

2.- Convenciones internacionales que establecen la "competencia universal" 310

§101.-Jurisprudencia nacional 315

Conclusiones del Capítulo XIV 316

BIBLIOGRAFÍA 319